

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

Decimoséptima sesión
Ginebra, 6 a 10 de diciembre de 2010

LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES: OBJETIVOS Y PRINCIPIOS REVISADOS

Documento preparado por la Secretaría

INTRODUCCIÓN

1. En su decimosexta sesión, celebrada del 3 al 7 de mayo de 2010, el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore ("el Comité") decidió que la Secretaría debe "preparar y poner a disposición del Comité en su siguiente sesión, en calidad de documento de trabajo, un nuevo proyecto del documento WIPO/GRTKF/IC/16/5. La Secretaría debe poner a disposición dicho proyecto antes del 30 de septiembre de 2010. En dicho proyecto deben señalarse claramente las propuestas de texto y los comentarios formulados por los participantes en la decimosexta sesión del Comité y las propuestas y comentarios presentados a la Secretaría por escrito antes del 31 de julio de 2010. Toda propuesta específica de texto debe ser atribuida a quien proceda y figurar en una nota a pie de página. Deben reflejarse las observaciones realizadas, atribuyéndose a quien proceda en un comentario. En el proyecto debe explicarse claramente de qué forma se ha dejado constancia de las adiciones, supresiones, modificaciones y comentarios propuestos. Toda propuesta de texto formulada por observadores debe ser señalada a los fines de su examen por los Estados miembros".¹
2. El presente documento constituye la versión revisada del documento de trabajo WIPO/GRTKF/IC/16/5, en la que se reflejan las modificaciones propuestas y los comentarios formulados en el transcurso de la decimosexta sesión del Comité, así como los comentarios presentados durante el proceso de presentación de comentarios por escrito entre sesiones al que se hace referencia en la referida decimosexta sesión. Se

¹ Proyecto de informe de la decimosexta sesión del Comité (WIPO/GRTKF/IC/16/8 Prov. 2).

recibieron comentarios de los siguientes Estados miembros: Colombia, Federación de Rusia, Japón, Suiza y Zambia; y de los siguientes observadores acreditados: *Association des étudiants et chercheurs sur la gouvernance des états insulaires* (AECG), Cámara de Comercio Internacional (CCI) y *Southeast Indigenous Peoples' Center* (SIPC). Los comentarios formulados, tal y como se han recibido, están disponibles en Internet, en la dirección http://www.wipo.int/tk/es/consultations/draft_provisions/comments-3.html.

Preparación y estructura del presente documento

3. Teniendo en cuenta el interés por que el presente documento sea lo más conciso y actualizado posible:
 - a) En el Anexo, se han mantenido los comentarios sobre cada uno de los objetivos y principios del documento WIPO/GRTKF/IC/9/5. En los comentarios se incluyen también comentarios y preguntas formulados en las decimoquinta y decimosexta sesiones y durante sus respectivos procesos de presentación de comentarios por escrito entre sesiones. Los comentarios formulados previamente en el documento WIPO/GRTKF/IC/9/5 pueden seguir consultándose en Internet;²
 - b) de conformidad con las decisiones que el Comité adoptó en su decimoquinta y decimosexta sesiones, las enmiendas concretas propuestas por los Estados miembros en dicha sesión y durante los procesos de presentación de comentarios por escrito entre sesiones se han tomado en cuenta en los objetivos y principios recogidos en el Anexo. Las inserciones y adiciones propuestas se han subrayado y las palabras o frases que los Estados miembros han propuesto suprimir o han objetado se han puesto entre corchetes. Cada propuesta de redacción va acompañada de una nota a pie de página en la que se indica la delegación que ha realizado la propuesta, y, cuando proceda las delegaciones que apoyan la propuesta o que se oponen a ella. Además, cuando la delegación proporciona una explicación sobre la propuesta, esta se registra asimismo en la nota a pie de página. A menos que se indique lo contrario, ninguno de los textos explicativos que figuran en las notas a pie de página proviene de la Secretaría. El Anexo también registra y atribuye otros comentarios y preguntas formulados en las decimoquinta y decimosexta sesiones y durante los procesos de presentación de comentarios por escrito así como las propuestas de redacción, comentarios y preguntas de los observadores, a fin de que las examinen los Estados miembros. En la medida de lo posible, se han agrupado por temas los comentarios y preguntas. Los comentarios que de modo general se refieren a la totalidad del documento se reflejan al final del documento.

4. *Se invita al Comité a que siga examinando el proyecto de disposiciones que figura en el Anexo, y formulando observaciones al respecto, con miras a elaborar una versión revisada y actualizada.*

[Sigue el Anexo]

² http://www.wipo.int/tk/en/consultations/draft_provisions/comments-1.html.

ANEXO

DISPOSICIONES REVISADAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS
TRADICIONALES

OBJETIVOS POLÍTICOS Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

ÍNDICE

I. OBJETIVOS POLÍTICOS

- i) [Reconocer el valor] Reconocer el carácter global de los conocimientos tradicionales y su importancia social, espiritual, económica, intelectual, educativa y cultural³
- ii) Promover el respeto de los sistemas de conocimientos tradicionales, así como de la dignidad, la integridad cultural y los valores intelectuales y espirituales de los poseedores de conocimientos tradicionales que preservan y mantienen esos sistemas⁴
- iii) Responder a las verdaderas necesidades de los poseedores de los⁵ conocimientos tradicionales
- iv) Promover la conservación y la preservación de los conocimientos tradicionales
- v) [Potenciar a los poseedores de los conocimientos tradicionales y reconocer el carácter distintivo de los sistemas de conocimientos tradicionales]⁶
- vi) Apoyar los sistemas de conocimientos tradicionales
- vii) [Contribuir a la salvaguardia de los conocimientos tradicionales]⁷
- viii) Impedir la utilización desleal e injusta de los conocimientos tradicionales⁸
- ix) [Estar en concordancia] Actuar en consonancia⁹ con los acuerdos y procesos internacionales pertinentes
- x) [Promover la innovación y la creatividad]¹⁰
- xi) [Garantizar el consentimiento fundamentado previo y los intercambios basados en condiciones mutuamente convenidas]¹¹
- xii) [Promover la participación equitativa en los beneficios] Promover la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de los conocimientos tradicionales¹²
- xiii) [Promover el desarrollo de las comunidades y las actividades comerciales legítimas]¹³
- xiv) [Impedir la concesión de derechos de propiedad intelectual sin validez legal a partes no autorizadas]¹⁴
- xv) Aumentar la transparencia y la confianza mutua en las relaciones entre los poseedores de conocimientos tradicionales, por un lado, y los miembros de los círculos académicos, comerciales, educativos, gubernamentales y demás usuarios de conocimientos tradicionales, por otro, por ejemplo, promoviendo la adhesión a códigos éticos de conducta y al principio del consentimiento fundamentado previo¹⁵

3 Delegación de la Federación de Rusia.
4 Delegación de la Federación de Rusia.
5 Delegación de la Federación de Rusia.
6 Delegación de la Federación de Rusia.
7 Delegación de la Federación de Rusia.
8 Delegación de la Federación de Rusia.
9 Delegación de la Federación de Rusia.
10 Delegación de la Federación de Rusia.
11 Delegación de la Federación de Rusia.
12 Delegación de la Federación de Rusia.
13 Delegación de la Federación de Rusia.
14 Delegación de la Federación de Rusia.
15 Delegación de la Federación de Rusia.

xvi) [Complementar la protección de las expresiones culturales tradicionales]¹⁶

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

II. PRINCIPIOS RECTORES GENERALES

- a) Receptividad a las necesidades y expectativas de los poseedores de conocimientos tradicionales
- b) Reconocimiento de los derechos
- c) Efectividad y accesibilidad de la protección
- d) Flexibilidad y exhaustividad
- e) Equidad y participación en los beneficios
- f) Concordancia con los sistemas jurídicos vigentes aplicables al acceso a los recursos genéticos conexos
- g) Respeto de los instrumentos y procesos internacionales y regionales y cooperación con los mismos
- h) Respeto del uso y la transmisión consuetudinarios de los conocimientos tradicionales
- i) Reconocimiento de las características específicas de los conocimientos tradicionales
- j) Prestación de asistencia para atender las necesidades de los poseedores de conocimientos tradicionales

III. PRINCIPIOS SUSTANTIVOS

- 1. Protección contra la apropiación indebida
- 2. Forma jurídica de protección
- 3. Alcance general de la materia protegida
- 4. Criterios en los que se basa la protección
- 5. Beneficiarios de la protección
- 6. Participación justa y equitativa en los beneficios y reconocimiento de los poseedores de los conocimientos
- 7. Principio de consentimiento fundamentado previo
- 8. Excepciones y limitaciones
- 9. Duración de la protección
- 10. Medidas transitorias
- 11. Formalidades
- 12. Coherencia con el marco jurídico general
- 13. Administración y observancia de la protección
- 14. Protección internacional y regional

¹⁶ Delegación de la Federación de Rusia.

I. OBJETIVOS POLÍTICOS

La protección de los conocimientos tradicionales debe tender a:

[Reconocer el valor

- i) reconocer el carácter [global]¹⁷ y el valor intrínseco de los conocimientos tradicionales, en particular, su valor social, espiritual, [económico]¹⁸, intelectual, científico, ecológico, tecnológico, [comercial]¹⁹, educativo y cultural, y admitir que los sistemas de conocimientos tradicionales constituyen marcos de innovación permanente y de vida intelectual y creativa propias que revisten una importancia fundamental para las comunidades indígenas y locales y un valor científico igual al de otros sistemas de conocimientos;

Promover el respeto

- ii) promover el respeto de los sistemas de conocimientos tradicionales, así como de la dignidad, la integridad cultural y los valores intelectuales y espirituales de los poseedores de conocimientos tradicionales que preservan, desarrollan²⁰ y mantienen esos sistemas; de la contribución que han realizado los conocimientos tradicionales al mantenimiento de los medios de subsistencia y la identidad de los poseedores de conocimientos tradicionales; y de la contribución que han realizado los poseedores de conocimientos tradicionales a la [conservación del medio ambiente] conservación y uso sostenible de la diversidad biológica²¹, a la seguridad alimentaria y a la agricultura sostenible, así como al avance de la ciencia y la tecnología;

*Responder a [las verdaderas] los derechos y a*²² *las necesidades de los poseedores de conocimientos tradicionales*

- iii) adecuarse a las aspiraciones y expectativas expresadas directamente por los poseedores de los conocimientos tradicionales, respetar sus derechos en tanto que poseedores y custodios de conocimientos tradicionales, contribuir a su bienestar económico, cultural y social, y [recompensar] reconocer el valor de²³ la aportación que realizan a sus comunidades y al avance de la ciencia y de las tecnologías que redundan en beneficio de la sociedad;

Promover la conservación y la preservación de los conocimientos tradicionales

- iv) promover y respaldar la conservación y la preservación de los conocimientos tradicionales a través del respeto, la preservación, la protección y el mantenimiento de los sistemas de conocimientos tradicionales e incentivando a los custodios de dichos sistemas de conocimientos para que mantengan y salvaguarden sus sistemas de conocimientos;

Potenciar a los poseedores de los conocimientos tradicionales y reconocer el carácter distintivo de los sistemas de conocimientos tradicionales

- v) actuar con vistas a potenciar a los poseedores de conocimientos tradicionales de modo que se protejan sus conocimientos mediante el pleno reconocimiento del carácter distintivo de los sistemas de conocimientos tradicionales y de la necesidad de soluciones adaptadas a su

¹⁷ Delegación de Colombia.

¹⁸ Delegación de Colombia.

¹⁹ Delegación de Colombia. La Delegación solicitó que se aclarase la diferencia entre los conceptos de “valor económico” y “valor comercial” a fin de examinar estos factores.

²⁰ Delegación de Colombia.

²¹ Delegación de Colombia. La Delegación afirmó que el alcance de la referencia a la conservación del medio ambiente sería más adecuado mediante el empleo de la terminología del CDB, es decir, “la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica”.

²² Delegación de Colombia.

²³ Delegación de Colombia.

carácter distintivo, recordando que esas soluciones deberán ser equilibradas y equitativas, garantizar que los regímenes de propiedad intelectual convencionales se apliquen de modo que fomenten la protección de los conocimientos tradicionales contra la apropiación y la utilización²⁴ indebidas, y potenciar a los poseedores de conocimientos tradicionales conexos²⁵ para que puedan realmente ejercer sobre sus conocimientos los debidos derechos y la autoridad que les corresponde;

Apoyar los sistemas de conocimientos tradicionales

- vi) respetar y facilitar el intercambio y la transmisión, el uso y el desarrollo tradicional de los conocimientos tradicionales por y entre los poseedores de dichos conocimientos; y apoyar y reforzar la custodia tradicional de los conocimientos y los recursos genéticos conexos, y promover el desarrollo de sistemas de conocimientos tradicionales;

Contribuir a la salvaguardia de los conocimientos tradicionales

- vii) sin [dejar de reconocer el valor de un dominio público en auge^{26,27}, contribuir a la preservación y la salvaguardia de los conocimientos tradicionales y el equilibrio adecuado entre los medios de desarrollo, preservación y transmisión de los mismos consuetudinarios y de otra índole, y promover la conservación, el mantenimiento, la aplicación y un uso más difundido de los conocimientos tradicionales, conforme a las prácticas, las normas, las leyes y los acuerdos consuetudinarios pertinentes de los poseedores de conocimientos tradicionales, que redunde principal y directamente en beneficio de sus poseedores, y de la humanidad en general sobre la base del consentimiento fundamentado previo y las condiciones mutuamente acordadas con los poseedores de dichos conocimientos²⁸;

*Impedir la [utilización desleal e injusta] apropiación y el uso indebidos*²⁹

- viii) impedir la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales y otros actos comerciales y no comerciales desleales, reconociendo la necesidad de enfocar la lucha contra la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales a las necesidades nacionales y locales;

Estar en concordancia con los acuerdos y procesos internacionales pertinentes

- ix) tener en cuenta y actuar en concordancia con otros instrumentos y procesos internacionales y regionales, especialmente en el caso de los regímenes que reglamentan el acceso y la participación en los beneficios relativos a los recursos genéticos que están vinculados a esos conocimientos tradicionales;

Promover la innovación y la creatividad

- x) fomentar, recompensar y proteger la creatividad y la innovación basadas en las tradiciones, y reforzar la transmisión interna de los conocimientos tradicionales en las comunidades indígenas y [tradicionales] locales³⁰, particularmente, si así lo permiten los poseedores de los conocimientos tradicionales, mediante la integración de dichos conocimientos en las iniciativas educativas llevadas a cabo en las comunidades, en beneficio de los poseedores y los custodios de los conocimientos tradicionales;

²⁴ Delegación de Colombia.

²⁵ Delegación de Colombia.

²⁶ Delegación de los Estados Unidos de América.

²⁷ Delegación de Colombia. La Delegación de Colombia afirmó que no quedaba claro el alcance de la frase "dominio público en auge".

²⁸ Delegación de Colombia.

²⁹ Delegación de Colombia.

³⁰ Delegación de Colombia.

Garantizar el consentimiento fundamentado previo y los intercambios basados en condiciones mutuamente convenidas

- xi) garantizar la utilización de los conocimientos tradicionales mediante³¹ el consentimiento fundamentado previo y los intercambios basados en condiciones mutuamente convenidas, en coordinación con los regímenes internacionales y nacionales que rigen el acceso a los recursos genéticos;

Promover la participación equitativa en los beneficios

- xii) promover la participación y la distribución justa y equitativa en los beneficios monetarios y de otro tipo que se deriven del uso de los conocimientos tradicionales, en consonancia con otros regímenes internacionales aplicables, el principio del consentimiento fundamentado previo, y mediante [una compensación justa y equitativa en los casos especiales en que no se pueda identificar a un poseedor individual o se hayan divulgado los conocimientos]³²;

Promover el desarrollo de las comunidades y las actividades comerciales legítimas

- xiii) fomentar la utilización de los conocimientos tradicionales para el desarrollo de las comunidades, si así lo desean los poseedores de los conocimientos tradicionales, reconociendo los derechos de las comunidades tradicionales y locales sobre sus conocimientos; y promover la creación y la ampliación de oportunidades comerciales para los productos genuinamente derivados de los conocimientos tradicionales y de las industrias comunitarias conexas, cuando los poseedores de los conocimientos tradicionales reclamen esa promoción y esas oportunidades, conforme a su derecho a lograr libremente el desarrollo económico;

Impedir la concesión de derechos de propiedad intelectual sin validez legal a partes no autorizadas

- xiv) restringir la concesión o el ejercicio de derechos de propiedad intelectual sin validez legal sobre conocimientos tradicionales y recursos genéticos conexos, [en particular,] exigiendo [la creación de bibliotecas digitales de conocimientos tradicionales conocidos públicamente y recursos genéticos conexos^{33,34}], [como condición previa a la concesión de derechos de

³¹ Delegación de Colombia.

³² Delegación de Colombia. La Delegación afirmó que era necesario aclarar el significado de la expresión "poseedor individual", ya que hay una serie de situaciones que se podrían derivar que no eximen de la aplicación del principio del consentimiento fundamentado previo. Se necesita adaptar los procedimientos no solo en relación con la obtención del consentimiento, sino también con la forma de compensación y de participación en los beneficios, dependiendo de si se trata de conocimientos compartidos a nivel nacional o internacional y de si es una comunidad la que consta como poseedor sin que esté clara la autoridad representativa, etcétera. La Delegación señaló que es necesario asimismo analizar más en profundidad el tratamiento de la protección de los derechos sobre conocimientos "divulgados" o conocimientos que han pasado a formar parte del "dominio público" (conocimientos públicos), con el consentimiento de los poseedores o sin él, puesto que esta divulgación no debe conllevar la anulación de la pertenencia de los conocimientos o de los derechos derivados del consentimiento fundamentado previo a la celebración de acuerdos sobre las condiciones de utilización y la participación en los beneficios. La Delegación preguntó qué entiende exactamente el Comité por "dominio público" en relación con los CC.TT. Aunque la disposición es positiva, es importante que haya más claridad y sobre todo que no implique que el derecho a compensación se conserve solo cuando sea posible aplicar también los demás derechos. No se debe olvidar que la mayoría de los conocimientos se hicieron públicos sin la existencia de procesos de consentimiento fundamentado, o cuando hubo consentimiento, en ocasiones se limitó a fines específicos de investigación y no a otras posibles utilidades, y en todos los casos en los que se pueda identificar al poseedor, se deberían elaborar mecanismos de reconocimiento público de la pertenencia, de negociación de las condiciones de utilización cuando sea posible, y de compensación.

³³ Delegación de los Estados Unidos de América.

³⁴ Delegación de Colombia. La Delegación no estaba de acuerdo con el empleo de la expresión "exigiendo la creación de bibliotecas digitales de conocimientos", no solo porque no deberían

patentes que los solicitantes de patentes sobre invenciones en las que se incluyan conocimientos tradicionales y recursos genéticos conexos divulguen la fuente y el país de origen de dichos recursos, así como pruebas de que se ha obtenido el consentimiento fundamentado previo y las condiciones de participación en los beneficios en el país de origen]³⁵;

Ampliar la transparencia y la confianza mutua

- xv) aumentar la seguridad, la transparencia, y la comprensión y el respeto en las relaciones entre los poseedores de conocimientos tradicionales, por un lado, y los miembros de los círculos académicos, comerciales, educativos, gubernamentales y demás usuarios de conocimientos tradicionales, por otro, por ejemplo, promoviendo la adhesión a códigos éticos de conducta y al principio del consentimiento fundamentado previo;

Complementar la protección de las expresiones culturales tradicionales

- xvi) aplicarse en consonancia con la protección de las expresiones culturales tradicionales y las expresiones del folclore, respetando el hecho de que para muchas comunidades, los conocimientos y las expresiones culturales son una parte indisoluble de su [identidad global]³⁶.]
- i) reconocer el carácter global de los conocimientos tradicionales y su importancia social, espiritual, económica, intelectual, educativa y cultural;
- ii) promover el respeto de los sistemas de conocimientos tradicionales, así como de la dignidad, la integridad cultural y los valores intelectuales y espirituales de los poseedores de conocimientos tradicionales que preservan y mantienen esos sistemas;
- iii) responder a las verdaderas necesidades de los poseedores de conocimientos tradicionales;
- iv) promover la conservación y la preservación de los conocimientos tradicionales;
- v) apoyar los sistemas de conocimientos tradicionales;
- vi) impedir la utilización desleal e injusta de los conocimientos tradicionales;
- vii) actuar en consonancia con los acuerdos y procesos internacionales pertinentes;
- viii) promover la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de los conocimientos tradicionales;
- ix) Aumentar la transparencia y la confianza mutua en las relaciones entre los poseedores de conocimientos tradicionales, por un lado, y los miembros de los círculos académicos, comerciales, educativos, gubernamentales y demás usuarios de conocimientos tradicionales, por otro, por ejemplo, promoviendo la adhesión a códigos éticos de conducta y al principio del consentimiento fundamentado previo.³⁷

[Siguen los comentarios sobre los objetivos]

limitarse los medios ni los mecanismos de dicha restricción, sino porque las librerías digitales plantean problemas como mecanismo de protección en relación con los conocimientos no divulgados. Este mecanismo no puede establecerse de forma obligatoria hasta que se establezcan principios nacionales e internacionales de protección positiva *sui generis* a fin de evitar que se destruya la novedad de dichos conocimientos.

³⁵

³⁶

³⁷

Delegación de los Estados Unidos de América.

Delegación de Colombia. La Delegación afirmó que el término "identidad global" no es muy claro, ni tampoco queda clara su utilidad en el desarrollo del concepto.

Párrafos i) a ix) propuestos por la Delegación de la Federación de Rusia.

COMENTARIOS SOBRE LOS OBJETIVOS POLÍTICOS

Antecedentes

En la mayoría de las medidas, los sistemas jurídicos y los debates políticos existentes en relación con la protección de los conocimientos tradicionales se han señalado expresamente los objetivos políticos perseguidos con la protección de los CC.TT., compartiendo a menudo objetivos comunes. Dichos objetivos se suelen plasmar en los preámbulos de las leyes y los instrumentos jurídicos, con el fin de delimitar el contexto político y jurídico. Los objetivos políticos se basan en las metas comunes señaladas por el Comité como objetivos comunes de la protección internacional.

En la Parte A figuran los objetivos políticos de la protección de los conocimientos tradicionales (CC.TT.), tal y como los ha articulado el Comité. Dichos objetivos ofrecen una orientación común para la protección, establecida en los principios de la Parte B. Estos objetivos podrían conformar típicamente el preámbulo de una ley u otro instrumento. Los objetivos señalados no se excluyen mutuamente, sino que son más bien complementarios. No se trata de una lista exhaustiva de objetivos y, dado que las disposiciones van evolucionando, los miembros del Comité podrán completar la lista actual con objetivos adicionales u optar por combinar los objetivos de la lista actual que se refieran a una misma noción.

Comentarios y preguntas formulados

La Delegación de los Estados Unidos de América planteó las siguientes preguntas: 1) En términos generales, ¿qué objetivo se pretendía lograr mediante la concesión de protección de propiedad intelectual (derechos patrimoniales, derechos morales)? Tradicionalmente, la información se intercambiaba de forma gratuita, salvo en circunstancias concretas y períodos de duración limitada. Además, incluso en casos concretos de derechos de propiedad intelectual como puedan constituir el derecho de autor y las patentes, en dichos sistemas jurídicos subyacía el concepto de uso leal o uso con fines de investigación, ¿cómo deberían equilibrarse tales normas con los nuevos derechos exclusivos que se concedan respecto de los CC.TT.? Por otra parte, en el caso de las patentes, no todos los países que conceden patentes las conceden en todos los ámbitos de la tecnología. En algunos países no se consideran patentables “los métodos de tratamiento quirúrgico, terapéutico o de diagnóstico aplicables al cuerpo humano y a los animales”, al considerar que nadie debería tener derechos exclusivos sobre tales innovaciones. ¿Deberían tales países tener la facultad de excluir de la protección los CC.TT. relacionados con los métodos de tratamiento quirúrgico, terapéutico o de diagnóstico aplicables al cuerpo humano y a los animales? ¿Quiénes deberían beneficiarse de la protección de los CC.TT.? ¿Quiénes deberían ser los poseedores de los derechos sobre los CC.TT. susceptibles de protección? ¿Debe otorgarse el mismo trato a los poseedores de CC.TT. que residen en el territorio originario de tales CC.TT. que a los que ya no residen en dicho territorio? ¿En qué modo modificaría un nuevo sistema de protección de los CC.TT. el derecho de los poseedores a seguir utilizando sus CC.TT.? ¿Cómo se aplicaría el concepto internacional de no discriminación? Si los CC.TT. pudieran protegerse mediante patente, derecho de autor u otros derechos tradicionales de propiedad intelectual, ¿deberían ser también susceptibles de protección por otros medios, por ejemplo, mediante nuevas leyes nacionales? 2) En lo que respecta al objetivo político iv), ¿en qué modo un instrumento jurídico internacional fomentaría la conservación y preservación de los CC.TT. con más eficacia que mediante activos mecanismos de conservación y preservación de los CC.TT., como los archivos, las bases de datos y otros mecanismos de registro? 3) En lo que respecta al objetivo político viii), ¿qué se considera apropiación indebida de los CC.TT.? ¿Puede considerarse apropiación indebida en determinados casos el acceso a dichos conocimientos mediante canales que guarden plena conformidad con las leyes nacionales? En caso afirmativo, ¿en qué situaciones? En lo que

respecta al objetivo político viii), ¿qué usos de los CC.TT. se consideran desleales e injustos? Convendría proporcionar algunos ejemplos de usos leales y desleales de los CC.TT. 4) En lo que respecta al objetivo político x), ¿en qué modo la restricción de la facultad para utilizar los CC.TT. fomentaría la innovación y la creatividad? 5) En lo que respecta al objetivo político xiv), en el caso de los Estados miembros que exigen que los solicitantes de patentes sobre invenciones que incluyan CC.TT. y recursos genéticos conexos divulguen la fuente y el país de origen de dichos CC.TT., así como pruebas de que han obtenido el consentimiento fundamentado previo o condiciones mutuamente convenidas, ¿cuáles son las disposiciones al margen del régimen de patentes que garantizan que los usos comerciales de los CC.TT. tienen el consentimiento fundamentado previo y se llevan a cabo en condiciones mutuamente convenidas? En lo que respecta a los Estados miembros que exigen a los solicitantes de patentes sobre invenciones que incluyan CC.TT. que divulguen la fuente y el país de origen de tales CC.TT., así como pruebas de que han obtenido el consentimiento fundamentado previo y condiciones mutuamente convenidas, debe explicarse en qué circunstancias debe cumplirse dicha exigencia. Deben proporcionarse además ejemplos de invenciones que incluyan CC.TT. en que deba cumplirse la exigencia descrita y las situaciones en que, por el contrario, no deba cumplirse. Por ejemplo, si el CC.TT. es notoriamente conocido y la invención consiste en una mejora basada en dicho CC.TT., ¿debe cumplirse el requisito de divulgación? En lo que respecta a los Estados miembros que establecen algún tipo de requisito de divulgación en el ámbito de las patentes, ¿por qué tal requisito es más apropiado que el de divulgar la información que sea pertinente desde el punto de vista de la patentabilidad de una invención?

La Delegación de Australia señaló que, en general, los “objetivos” deben describir lo que el instrumento pretende lograr y no los medios. En consecuencia, la delegación no respaldó la identificación de mecanismos específicos de acuerdo con el objetivo político xiv) para la puesta en práctica de este objetivo.

La Delegación de Zambia afirmó que, en lo que respecta a las ECT, entre los valores de los CC.TT. debería incluirse su valor en relación con la “moral” y el “orden público”. Además, podría ser necesario aclarar qué constituyen “sistemas de conocimientos” en el apartado “Promover el respeto”. Del mismo modo, deberían incluirse los “intereses comerciales” entre los “intereses” que se mencionan bajo el epígrafe “Promover la conservación y la preservación de los conocimientos tradicionales”.

Propuestas de redacción de los observadores

El Representante de la *Association des étudiants et chercheurs sur la gouvernance des états insulaires* (AECG) propuso reemplazar el término “respaldar” en el objetivo político iv), por “fomentar”.

La Representante del *Southeast Indigenous Peoples' Center* propuso añadir un nuevo objetivo político justo al principio, que sería “*Proteger los derechos humanos*: Proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas que han desarrollado conocimientos tradicionales con potencial para beneficiar al mundo entero”. En relación con el objetivo político ii), propuso incluir “y de los sistemas jurídicos indígenas que los protegen” después de “esos sistemas”. Asimismo, propuso cambiar el objetivo político iv) por “*Promover la conservación y la preservación de los poseedores, los usuarios y los impulsores de los conocimientos tradicionales*: Proteger a los poseedores, creadores, promotores e impulsores frente a la coacción o las represalias de las que puedan ser objeto por parte de los que necesitan su autorización para utilizar sus CC.TT.” Propuso añadir “y proteger” después de “potenciar”, así como “Proteger a los pueblos indígenas de la violencia y de las represalias al garantizar de forma no violenta este derecho a proteger los conocimientos tradicionales” al final del objetivo político v). También propuso reemplazar el objetivo político vii) por “*Contribuir a la salvaguardia de los conocimientos tradicionales*”:

contribuir a la salvaguardia de los conocimientos tradicionales y el equilibrio adecuado entre los medios de desarrollo y transmisión de los mismos, consuetudinarios y de otra índole, conforme a las prácticas, las normas, las leyes y los acuerdos consuetudinarios pertinentes de los poseedores de conocimientos tradicionales, que redunden principal y directamente en beneficio de sus poseedores, y de la humanidad en general, según lo establezcan los poseedores de las tradiciones”. Propuso sustituir el objetivo político viii) por “*Acabar con la utilización desleal e injusta: Acabar con la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales y otros actos desleales, reconociendo la necesidad de enfocar la lucha para eliminar la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales a las necesidades nacionales y locales*”. En relación con el objetivo político ix) propuso añadir “indígenas” antes de “internacionales”. Propuso reemplazar el objetivo político xi) por “*Garantizar el consentimiento fundamentado previo y los intercambios basados en condiciones mutuamente convenidas: garantizar el consentimiento fundamentado previo y los intercambios basados en condiciones mutuamente convenidas por medio de conductas éticas según establezca el poseedor de los conocimientos tradicionales, en coordinación con los regímenes indígenas nacionales, internacionales y nacionales que rigen el acceso a los recursos genéticos*”. En cuanto al objetivo político xii), propuso insertar “con el consentimiento fundamentado previo del poseedor de los conocimientos” después de “los conocimientos tradicionales”. Asimismo, propuso reemplazar el objetivo político xiv) por “*Promover la resolución de controversias: Promover un mecanismo jurídico para resolver las controversias que permita a los pueblos indígenas estar en igualdad de condiciones con respecto a los Estados miembros de las Naciones Unidas. Promover la creación de un tribunal en el que se incluya a jueces indígenas de países que no son miembros de las Naciones Unidas (naciones originarias) y permitir a las organizaciones crear e investigar librerías y registros que faciliten relacionar los pueblos indígenas con sus CC.TT.*”, y sustituir el objetivo político xv) por “*Promover la transparencia y la conducta ética: Promover la transparencia y la comprensión en las relaciones entre los poseedores de conocimientos tradicionales y los miembros de los círculos académicos, comerciales, educativos, gubernamentales y demás usuarios de conocimientos tradicionales, promoviendo la adhesión a códigos éticos de conducta y al principio del consentimiento fundamentado previo de los poseedores de los conocimientos que permitan mantener la certeza de que los pueblos o naciones indígenas y sus ciudadanos podrán continuar con su papel dentro de sus sistemas ecológicos y espirituales*”.

PRINCIPIOS RECTORES GENERALES

Los principios generales deberán ser respetados a fin de garantizar que las disposiciones sustantivas específicas de protección resulten equitativas, equilibradas, eficaces y coherentes, y promuevan apropiadamente los objetivos de la protección:

- a) *Principio de receptividad a [las necesidades y expectativas de] los derechos y necesidades señalados por³⁸ los poseedores de conocimientos tradicionales*
- b) *Principio de reconocimiento de los derechos*
- c) *Principio de efectividad y accesibilidad de la protección*
- d) *Principio de flexibilidad y exhaustividad*
- e) *Principio de equidad y participación en los beneficios*
- f) *Principio de concordancia con los sistemas jurídicos vigentes aplicables al acceso a los recursos genéticos conexos*
- g) *Principio de respeto de los instrumentos y procesos internacionales y regionales y cooperación con los mismos*
- h) *Principio de respeto del uso y la transmisión consuetudinarios de los conocimientos tradicionales*
- i) *Principio de reconocimiento de las características específicas de los conocimientos tradicionales*
- j) *Principio de prestación de asistencia para atender las necesidades de los poseedores de conocimientos tradicionales*

[Siguen los comentarios sobre los principios rectores generales]

COMENTARIO SOBRE LOS PRINCIPIOS RECTORES GENERALES

Antecedentes

Las disposiciones sustantivas expuestas en la siguiente sección intentan dar carácter legal a ciertos principios rectores generales en los que están inspiradas y que han apuntalado gran parte de los debates celebrados en el Comité desde su creación y los debates y consultas internacionales que tuvieran lugar antes de su creación.

La elaboración y el examen de dichos principios constituyen una etapa crucial en la creación de un fundamento sólido para alcanzar el consenso sobre los aspectos más concretos de la protección. Los mecanismos jurídicos y políticos siguen evolucionando rápidamente en esta esfera, tanto a escala nacional y regional como a escala internacional. Asimismo, se ha hecho especial hincapié en la necesidad de consultar e involucrar a las comunidades. Un acuerdo amplio sobre los principios fundamentales podría sentar bases más sólidas y claras para la cooperación internacional, así como aclarar qué aspectos concretos deben seguir siendo competencia de las legislaciones y políticas nacionales, dejando espacio suficiente para la evolución y para que se produzcan nuevos avances. Podría servir para alcanzar el consenso y fomentar la coherencia y la concordancia entre las legislaciones nacionales, sin imponer un único modelo legislativo específico.

a) *Principio de receptividad a las necesidades y expectativas de los poseedores de conocimientos tradicionales*

En la protección deben reflejarse las verdaderas aspiraciones, expectativas y necesidades de los poseedores de conocimientos tradicionales; en particular, deben: reconocerse y respetarse las prácticas, los protocolos y las leyes indígenas y consuetudinarios en lo posible y cuando resulte apropiado; tenerse en cuenta los aspectos culturales y económicos que comporta el desarrollo; tomarse medidas contra los actos insultantes, injuriosos y ofensivos; permitirse la participación plena y efectiva de todos los poseedores de conocimientos tradicionales; y reconocerse el carácter inseparable que tienen los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales para muchas comunidades. También debe reconocerse que las medidas de protección jurídica de los conocimientos tradicionales son facultativas para los pueblos indígenas y demás comunidades tradicionales, que siempre tendrán derecho a basarse de manera exclusiva o complementaria en sus propias formas consuetudinarias y tradicionales de protección contra el acceso no autorizado de sus conocimientos tradicionales o la utilización indebida de los mismos.

b) *Principio de reconocimiento de los derechos*

Deben reconocerse los derechos de los poseedores de conocimientos tradicionales a la protección eficaz de sus conocimientos contra la apropiación indebida.

c) *Principio de efectividad y accesibilidad de la protección*

Las medidas destinadas a proteger los conocimientos tradicionales deben ser eficaces en relación con el cumplimiento de los objetivos fijados, así como comprensibles, asequibles y accesibles para sus futuros beneficiarios, teniendo en cuenta el contexto cultural, social y económico de los poseedores de los conocimientos. Cuando se adopten medidas de protección de los conocimientos tradicionales, deberán establecerse procedimientos de observancia adecuados que permitan tomar medidas eficaces contra

la apropiación indebida de conocimientos tradicionales y apoyar el principio más amplio de consentimiento fundamentado previo.

d) *Principio de flexibilidad y exhaustividad*

La protección debe respetar la diversidad de los conocimientos tradicionales que poseen unos y otros pueblos y comunidades, tener en cuenta las diferentes circunstancias nacionales y el contexto y el acervo jurídicos de las jurisdicciones nacionales, y otorgar suficiente flexibilidad para que las autoridades nacionales puedan determinar el medio apropiado de aplicar los presentes principios en el marco de los mecanismos legislativos vigentes y de otros mecanismos específicos, adaptando la protección de modo que se tomen en consideración los objetivos políticos propios de cada sector de conformidad con el derecho internacional, y respetando el hecho de que se puede lograr una protección eficaz y adecuada valiéndose de una amplia gama de mecanismos jurídicos, y de que un enfoque demasiado limitado o rígido podría dificultar las consultas necesarias con los poseedores de los conocimientos tradicionales.

A los fines de la protección podrán combinarse derechos de propiedad y medidas de otro tipo, y recurrirse a los derechos de P.I. vigentes (incluidas medidas destinadas a mejorar la aplicación y la accesibilidad en la práctica de dichos derechos), las ampliaciones o adaptaciones *sui generis* de derechos de P.I., y determinadas legislaciones *sui generis*. Entre las medidas de protección deben figurar medidas preventivas destinadas a impedir la adquisición ilegítima de derechos de propiedad industrial sobre los conocimientos tradicionales o los recursos genéticos conexos, y medidas positivas para establecer prerrogativas jurídicas en relación con los poseedores de conocimientos tradicionales.

e) *Principio de equidad y participación en los beneficios*

La protección debe reflejar la necesidad de velar por un justo equilibrio entre los derechos y los intereses de quienes desarrollan, preservan y perpetúan los conocimientos tradicionales, a saber, los poseedores de los conocimientos tradicionales, y los de quienes los utilizan y disfrutan de ellos; debe tener en cuenta también la necesidad de conciliar preocupaciones políticas diversas; y la necesidad de que las medidas concretas que se adopten con ese fin sean proporcionales a los objetivos de protección y al mantenimiento de un justo equilibrio de intereses. Al reflejar esas necesidades, la protección de los conocimientos tradicionales debe respetar el derecho de los poseedores de conocimientos tradicionales a autorizar o no el acceso a esos conocimientos y tener en cuenta el principio del consentimiento fundamentado previo.

Deben reconocerse y salvaguardarse los derechos de los poseedores de conocimientos tradicionales sobre sus conocimientos. Debe garantizarse el respeto del consentimiento fundamentado previo, y los poseedores de conocimientos tradicionales deben tener derecho a una participación justa y equitativa en los beneficios provenientes de la utilización de esos conocimientos. Cuando los conocimientos tradicionales estén vinculados a recursos genéticos, la distribución de los beneficios deberá estar en concordancia con las medidas previstas en el Convenio sobre la Diversidad Biológica en lo que respecta a la participación en los beneficios derivados de la utilización de esos recursos

La protección no debería limitarse a la aplicación del principio de equidad a la participación en los beneficios, sino que también debería garantizar que los derechos de los poseedores de conocimientos tradicionales sean debidamente reconocidos y, en

particular, respetar el derecho de los poseedores de conocimientos tradicionales a autorizar o no el acceso a esos conocimientos.

f) *Principio de concordancia con los sistemas jurídicos vigentes aplicables al acceso a los recursos genéticos conexos*

La facultad de otorgar acceso a los recursos genéticos, estén o no vinculados a conocimientos tradicionales, corresponde a los gobiernos nacionales y está sujeta a la legislación nacional. La protección de los conocimientos tradicionales vinculados a recursos genéticos estará en concordancia con la legislación aplicable que rija el acceso a esos recursos y la participación en los beneficios derivados de su utilización. Nada de lo dispuesto en los presentes principios se interpretará en el sentido de limitar los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales y la autoridad de los Gobiernos para autorizar el acceso a los recursos genéticos, independientemente de que dichos recursos estén vinculados a conocimientos tradicionales protegidos.

g) *Principio de respeto de otros instrumentos y procesos internacionales y regionales y cooperación con los mismos*

La protección de los conocimientos tradicionales debe realizarse en sintonía con los objetivos de otros instrumentos y procesos internacionales y regionales pertinentes, y sin menoscabar los derechos y obligaciones específicos ya codificados o establecidos en virtud de instrumentos jurídicos vinculantes y del derecho consuetudinario internacional.

Nada de lo dispuesto en los presentes principios afectará la interpretación de otros instrumentos o la labor de otros procesos que se ocupan de la función de los conocimientos tradicionales en esferas políticas conexas, incluida la función de los conocimientos tradicionales en la conservación de la diversidad biológica, la lucha contra la sequía y la desertificación, y la instrumentalización de los derechos de los agricultores reconocidos por los pertinentes instrumentos internacionales y sujetos a la legislación nacional.

h) *Principio de respeto del uso y la transmisión consuetudinarios de los conocimientos tradicionales*

Al proteger los conocimientos tradicionales deben respetarse y tenerse en debida cuenta el uso, las prácticas y las normas consuetudinarias, a reserva de lo dispuesto en la legislación y en las políticas nacionales. La protección que vaya más allá del contexto tradicional no debe ser incompatible con el acceso tradicional a los conocimientos tradicionales, ni con su uso y transmisión, y debe respetarse y fortalecerse ese marco consuetudinario. Si así lo desean los poseedores de conocimientos tradicionales, la protección deberá promover el uso, el desarrollo, el intercambio, la transmisión y la difusión de los conocimientos tradicionales por las comunidades correspondientes, de conformidad con sus leyes y prácticas consuetudinarias, teniendo en cuenta las diversas experiencias nacionales. No debe considerarse como uso ofensivo el uso innovador o modificado de los conocimientos tradicionales por parte de la comunidad que los ha desarrollado y perpetuado si dicha comunidad se siente identificada con ese uso de sus conocimientos tradicionales y con las modificaciones generadas por el mismo.

i) *Principio de reconocimiento de las características específicas de los conocimientos tradicionales*

La protección de los conocimientos tradicionales debe responder al contexto tradicional, al 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, y a su carácter en constante evolución dentro de las comunidades.

j) *Principio de la prestación de asistencia para atender las necesidades de los poseedores de conocimientos tradicionales*

Deberá prestarse asistencia a los poseedores de conocimientos tradicionales con el fin de fortalecer sus capacidades jurídicas y técnicas y crear la infraestructura institucional que necesitan para aprovechar y utilizar eficazmente la protección de la que disponen en virtud de los presentes principios, por ejemplo, desarrollando sistemas de gestión colectiva de sus derechos, creando recopilaciones de sus conocimientos tradicionales y satisfaciendo las necesidades de este tipo.

Comentarios y preguntas formulados

La Delegación de China estimó que, como logro provisional gracias a los esfuerzos concertados de los Estados miembros y la Secretaría después de años de labor, el documento sobre los objetivos políticos y los principios fundamentales para la protección de los CC.TT. representa una sólida base para la labor futura y, por consiguiente, se deberá aprovechar plenamente.

La Delegación de Australia consideró que, sin perjuicio de toda postura adoptada acerca de determinados elementos, los objetivos y principios establecidos en las Partes I y II deberán respaldar y ofrecer orientaciones con respecto a toda propuesta de texto provisional presentada en la Parte III. Cualquier enmienda propuesta en relación con la Parte III debe hacer referencia a los objetivos y principios en los que se basa con el fin de ofrecer suficiente información a los Estados miembros con respecto a la intención o el propósito de toda sugerencia relativa al documento. Señaló que la falta de acuerdo o de consenso sobre algunos elementos de esos objetivos y principios hacía muy difícil el examen de la Parte III. Señaló que de no haber acuerdo sobre lo que debe constituir el objetivo de protección, y los principios que han guiado al Comité hacia tales objetivos, no había mucha materia de examen. Con respecto a la Parte III, en general, señaló que las referencias a los “Artículos” daban la impresión de un proyecto de texto de tratado, y que condicionaban el examen acerca de la forma y la situación de cualquier instrumento jurídico internacional que garantice la protección de los CC.TT. Señaló la falta de consenso sobre la necesidad de un instrumento jurídicamente vinculante, e instó a que prosigan los debates generales en una fecha conveniente sobre la adopción de principios sustantivos centrados en conferir derechos legalmente ejecutorios a la luz del principio rector general g) relativo al “respeto de los instrumentos y procesos internacionales y regionales y cooperación con los mismos”.

La Delegación de Zambia afirmó que los principios de la divulgación y del consentimiento fundamentado previo también se pueden resaltar de manera individual.

La Delegación de la Federación de Rusia afirmó que los principios rectores generales expuestos en la Sección II del Anexo son importantes, incluido el principio de receptividad a las necesidades y expectativas de los poseedores de conocimientos tradicionales, el principio de efectividad y accesibilidad de la protección, el principio de respeto de los instrumentos y procesos internacionales y regionales y cooperación con los mismos, el principio de flexibilidad y

exhaustividad y el principio de respeto del uso y la transmisión consuetudinarios de los conocimientos tradicionales. Señaló que las disposiciones relativas a los objetivos y los principios rectores generales globalmente parecen ser aceptables.

El Representante de la Cámara de Comercio Internacional señaló que dos de los principios de la negociación mencionados debían ser objeto de mayor atención: la eficacia y el equilibrio. En el correspondiente documento relativo a las ECT, a saber, el documento WIPO/GRTKF/IC/16/4 Prov., el equilibrio entre los usuarios y los poseedores de los conocimientos se incluye específicamente como principio. El documento WIPO/GRTKF/IC/16/5 Prov. no contiene ese párrafo. El equilibrio es igualmente importante en ambos contextos.

Propuestas de redacción de los observadores

En relación con el principio rector general e), el Representante de la Cámara de Comercio Internacional sugirió sustituir el término “equidad” por “equilibrio equitativo”. En la línea 5 del párrafo 1 del principio rector general e), sugirió reemplazar “y al mantenimiento de” por “experiencias y necesidades concretas a fin de generar y mantener”. En la línea 2 del párrafo 2 del principio rector general e), sugirió añadir “definirse, aclararse” antes de “y salvaguardarse”.

La Representante del *Southeast Indigenous Peoples' Center* propuso añadir un nuevo párrafo en el encabezamiento “Los derechos que aquí se establecen se regirán por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y por la Convención sobre Desarrollo Sostenible”. Se propuso un nuevo principio rector general “Principio de rechazar la violencia y la intimidación como medios para obtener CC.TT.” Propuso reemplazar el principio rector general c) por “Principio de efectividad y accesibilidad de la protección para los pueblos indígenas”. Afirmó que el principio rector general f) aparentemente priva a los pueblos o naciones indígenas de sus derechos. En el documento actual se devalúa el derecho internacional al afirmar que los países miembros de las Naciones Unidas tienen derecho a los CC.TT y a los RR.GG. independientemente de que los obtengan de manera ilegal o violenta. Propuso sustituir “vigentes” por “indígenas” en f). En cuanto al principio rector general g), propuso introducir “indígenas” antes de “internacionales”. Propuso reemplazar el principio rector general h) por “Principio de respeto del uso y la transmisión consuetudinarios de los conocimientos tradicionales distintos de la supervisión colonial, que permita a los pueblos indígenas debatir sobre sus CC.TT. y ponerlos en práctica sin la presencia de las fuerzas coloniales”. En lo que respecta al principio rector general j), propuso añadir “solicitada” después de “asistencia”.

III. DISPOSICIONES SUSTANTIVAS

ARTÍCULO 1

PROTECCIÓN CONTRA LA APROPIACIÓN Y UTILIZACIÓN³⁹ INDEBIDAS

1. *Los conocimientos tradicionales deben estar protegidos contra [la apropiación y utilización⁴⁰ indebidas] los siguientes actos si tales actos se cometen con fines comerciales o al margen de los usos consuetudinarios o tradicionales de tales conocimientos tradicionales.⁴¹*
2. *Toda adquisición, apropiación, revelación⁴² o utilización de conocimientos tradicionales por medios desleales o ilícitos que constituya [constituirá⁴³] [constituye] un acto [de apropiación y utilización⁴⁴ indebidas]. La apropiación y utilización⁴⁵ indebidas también [puede consistir] consistirá⁴⁶ en] destinado a⁴⁷ obtener beneficios comerciales a partir de la adquisición, apropiación o utilización de conocimientos tradicionales cuando la persona que los utilice sepa o no sepa⁴⁸ [por negligencia], que han sido objeto de adquisición o apropiación por medios desleales; así como otras actividades comerciales contrarias a los usos honestos y mediante las cuales se obtengan beneficios inequitativos a partir de los conocimientos tradicionales.*
3. *En particular, [deben preverse] se preverán⁴⁹ medidas jurídicas para impedir:*
 - i) *la adquisición de conocimientos tradicionales mediante robo, soborno, coacción, fraude, violación de lo ajeno, incumplimiento de contrato o instigación al incumplimiento, abuso de confianza o instigación al abuso, incumplimiento de las obligaciones fiduciarias o de las derivadas de otro tipo de relación confidencial, engaño, impostura, el suministro de información engañosa, o por no suministrar o facilitar información relevante⁵⁰ al obtener el consentimiento fundamentado previo*

³⁹ Delegación de Indonesia. La Delegación de Australia señaló que utilización indebida es un término que se utilizó en el marco de la CDB en el proyecto de redacción de un texto de negociación relativo a un régimen internacional de acceso y participación en los beneficios en materia de RR.GG. y los CC.TT. conexos. Se utilizó para referirse a los actos que son contrarios a las condiciones convenidas de mutuo acuerdo, mientras la apropiación indebida se refiere específicamente a la adquisición sin consentimiento previo. Este punto debe ser objeto de un examen más detenido sobre el significado de estos términos en el contexto de este Comité y en relación con la P.I., más que con el acceso a los CC.TT. asociados con los RR.GG. La Delegación de Zambia señaló que podría ser necesario explicar con mayor detalle lo que constituye “utilización indebida”.

⁴⁰ Delegación de Indonesia. Las Delegaciones de Australia y Zambia solicitaron un debate más profundo. Véase la nota 37.

⁴¹ Delegación de Marruecos.

⁴² Delegación del Perú.

⁴³ Delegación de la India.

⁴⁴ Delegación de Indonesia. Las Delegaciones de Australia y Zambia solicitaron un debate más profundo. Véase la nota 37.

⁴⁵ Delegación de Indonesia. Las Delegaciones de Australia y Zambia solicitaron un debate más profundo. Véase la nota 37.

⁴⁶ Delegación del Camerún propuso eliminar “puede”. La Delegación de la India propuso sustituir “puede consistir” por “consistirá”.

⁴⁷ Delegación de la República Bolivariana de Venezuela propuso sustituir “constituirá un acto de apropiación indebida. La apropiación indebida también puede consistir en obtener” por “que constituya un acto destinado a obtener”.

⁴⁸ Delegación de la República Bolivariana de Venezuela.

⁴⁹ Delegación de la India.

⁵⁰ Delegación de Colombia.

para acceder a los conocimientos tradicionales, u otros actos desleales o deshonestos;

- ii) la adquisición o la utilización⁵¹ [el control]⁵² de los conocimientos tradicionales en violación de las medidas jurídicas que exigen el consentimiento fundamentado previo como condición para acceder a los conocimientos, y el uso de conocimientos tradicionales que conlleve el incumplimiento de condiciones mutuamente acordadas para obtener el consentimiento fundamentado previo en relación con el acceso a esos conocimientos;*
- iii) alegaciones o aseveraciones falsas sobre la pertenencia o [el control] la utilización⁵³ de los conocimientos tradicionales, en particular, la adquisición, reivindicación o aseveración de derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales cuando dichos derechos no tienen validez, habida cuenta de la naturaleza de los conocimientos y de las condiciones relativas al acceso a los mismos;*
- iv) [si se ha accedido a conocimientos tradicionales,]⁵⁴ el uso comercial o industrial de conocimientos tradicionales [sin [compensar] compartir los beneficios⁵⁵ de manera justa y adecuada [a] con los poseedores reconocidos de los conocimientos] infringiendo los derechos reconocidos de los poseedores de los conocimientos,⁵⁶ cuando se haga con ánimo de lucro y otorgue una ventaja tecnológica o comercial a su usuario[, y que sería legítimo compensar a los poseedores de los conocimientos]⁵⁷ habida cuenta de las circunstancias en las que el usuario los ha adquirido]⁵⁸ y de conformidad con [los regímenes nacionales e internacionales]⁵⁹ la legislación nacional e internacional aplicable[s]⁶⁰; y*
- v) el uso ofensivo [voluntario]⁶¹ fuera del contexto consuetudinario por terceras partes de conocimientos tradicionales con un valor moral o espiritual especial para sus poseedores, cuando constituya claramente una mutilación, distorsión o modificación injuriosa de esos conocimientos [y] y/o⁶² [sea contrario al orden público o a la moral.]⁶³;*

51 Delegación de Colombia.

52 Delegación de Colombia.

53 Delegación de Colombia.

54 Delegación del Brasil. La Delegación de los Estados Unidos de América comentó que con esa frase se pretendía aclarar que si alguien crease el mismo conocimiento por su cuenta tendría el derecho a utilizar su propia creación. Además, la delegación preguntó cómo debe tratarse el concepto de carácter evolutivo de los CC.TT.

55 Delegación del Brasil. La Delegación de Burundi se opuso.

56 Delegación de la India.

57 Delegación del Brasil.

58 Delegación de la India.

59 Delegación del Brasil.

60 Delegación de México. La Delegación propuso sustituir “regímenes” por “legislación aplicable”.

61 Delegación del Brasil.

62 Delegación de Colombia.

63 Delegación de México. El motivo es que tal y como figura en el texto del artículo parece que la sanción del uso ofensivo voluntario, fuera del contexto consuetudinario, por terceras partes, de conocimientos tradicionales con un valor moral o espiritual especial, solamente podría llevarse a cabo cuando dicha ofensa sea considerada como contraria al orden público o a la moral. La Delegación consideró que el uso ofensivo al que se alude debe ser sancionado en razón de la violación que representa para la esfera moral o espiritual de un pueblo o comunidad indígena, y al efecto que esto tiene en la vida e identidad de la comunidad.

- vi) la concesión de derechos de patente sobre invenciones en las que se incluyen conocimientos tradicionales [y] y/o⁶⁴ recursos genéticos conexos sin que se divulgue el país de origen de dichos conocimientos y/o recursos, así como pruebas de que se ha obtenido el consentimiento fundamentado previo y las condiciones de participación en los beneficios en el país de origen.⁶⁵
4. *Los poseedores de conocimientos tradicionales también deben estar protegidos contra otros actos de competencia desleal, incluidos los actos enumerados en el artículo 10bis del Convenio de París. Entre estos actos figuran las aseveraciones falsas o engañosas mediante las que se indica que un producto o servicio ha sido producido o suministrado con la participación o la aprobación de los poseedores de los conocimientos tradicionales o que la explotación comercial de los productos o servicios beneficia a los poseedores de los conocimientos tradicionales. También quedan incluido entre ellos los actos capaces de crear una confusión respecto de los productos o servicios de poseedores de conocimientos tradicionales; y las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, que desacreditan los productos o servicios de los poseedores de conocimientos tradicionales.*
5. *La aplicación, la interpretación y la ejecución de la protección de los conocimientos tradicionales y de otros derechos reconocidos⁶⁶ contra la apropiación y utilización⁶⁷ indebidas, en particular, la determinación de la participación y distribución equitativa de los beneficios, deben regirse, en la medida de lo posible [y según convenga]⁶⁸, por el respeto de las prácticas, las normas, las leyes y los acuerdos consuetudinarios del poseedor de los conocimientos, incluidas las características espirituales, sagradas o ceremoniales del origen tradicional de los conocimientos.*

⁶⁴ Delegación de Colombia.

⁶⁵ Delegación del Brasil.

⁶⁶ Delegación de la India.

⁶⁷ Delegación de Indonesia. Las Delegaciones de Australia y Zambia solicitaron un debate más profundo. Véase la nota 37.

⁶⁸ Delegación de Colombia.

COMENTARIOS SOBRE EL ARTÍCULO 1

La presente disposición se basa en el consenso internacional según el cual los conocimientos tradicionales no deben ser objeto de apropiación indebida, y es necesaria alguna forma de protección para que ello no suceda. La legislación internacional y nacional vigente ya incluye normas contra la apropiación indebida de objetos intangibles relacionados con la protección, tales como la buena voluntad, la reputación, los conocimientos especializados y los secretos comerciales. Esas normas pueden considerarse como parte de la legislación más amplia de competencia desleal y responsabilidad civil, más que como normas que necesariamente otorgan derechos exclusivos, como sucede con las ramas principales del Derecho de propiedad intelectual moderno. En virtud de la presente disposición se establece un principio general de lucha contra la apropiación indebida de los CC.TT. como marco de referencia común de protección, aunando los enfoques vigentes y basándose en los marcos jurídicos vigentes.

La norma general de lucha contra la apropiación indebida está organizada en tres etapas cumulativas. En primer lugar, se articula en esta disposición una norma básica contra la apropiación indebida como tal; en segundo, se elabora una definición de la naturaleza de la “apropiación indebida” mediante una descripción general y no exclusiva; y por último, se reseñan actos específicos de apropiación indebida con los que debería acabarse. Esta estructura textual (no su contenido jurídico) imita la estructura de una disposición del Convenio de París que ha resultado muy adaptable (el artículo 10*bis*) y ha dado lugar a varias formas de protección, por ejemplo, las indicaciones geográficas y la protección de la información no divulgada. Cabe resaltar como algo importante para la protección de los conocimientos tradicionales el hecho de que ese artículo no crea derechos de propiedad exclusivos sobre objetos intangibles. Más bien se refiere a la represión de los actos desleales en ciertos ámbitos de la actividad intelectual humana, sin crear títulos de propiedad privada diferenciados sobre los conocimientos que quedan protegidos frente a esos actos ilegítimos. Asimismo, en el primer párrafo de la presente disposición se define la apropiación indebida como un acto desleal contra el que se debe luchar, sin crear derechos de propiedad monopolísticos sobre los CC.TT.

En el segundo párrafo se describe la naturaleza de la apropiación indebida en términos generales y no exclusivos. Se sugiere un vínculo con la legislación sobre competencia desleal al hablar de adquisición *por medios desleales*. Al igual que sucede en el artículo 10*bis*, el término “medios desleales” puede definirse de distintas maneras, con arreglo a los marcos jurídicos concretos de las legislaciones nacionales. Esto permite que los países tengan en cuenta varios factores nacionales y locales a la hora de determinar en qué consiste la apropiación indebida, en particular los puntos de vista y las preocupaciones de las comunidades indígenas y locales. El carácter no exclusivo de esta descripción de la “apropiación indebida” permite abarcar en la definición y la estructura de la “apropiación indebida” distintos actos desleales, ilícitos e inequitativos que se deben reprimir.

En el párrafo 3 se presenta una lista completa de los actos concretos que constituirían, como mínimo, actos de apropiación indebida en relación con los CC.TT. abarcados por los presentes principios. Al considerarse como “medidas jurídicas” adecuadas de la legislación nacional toda una serie de medidas destinadas a impedir la realización de los actos señalados, se aplica en el encabezamiento de este párrafo el principio rector de la flexibilidad y la exhaustividad. En los distintos apartados del párrafo 3 del artículo 1 se exponen los actos específicos que constituyen apropiación indebida, entre ellos: i) la adquisición ilícita de CC.TT., mediante robo, coacción, fraude, incumplimiento de contrato, etc.; ii) la violación del principio de consentimiento fundamentado previo para acceder a CC.TT., cuando se exija su respeto en virtud de medidas nacionales o regionales; iii) la violación de medidas preventivas de protección de los CC.TT.; iv) el uso comercial o industrial que suponga una apropiación indebida del valor de los CC.TT. cuando sea razonable esperar que los poseedores de los CC.TT. participen en los beneficios

que se derivan de dicho uso; y v) los usos ofensivos voluntarios desde el punto de vista moral de los CC.TT. que revistan un valor moral o espiritual especial para sus poseedores. Esta disposición ofrece una gran flexibilidad para que los países puedan utilizar distintos medios jurídicos de lucha contra los actos enumerados. En los países donde sea admisible, las autoridades judiciales y administrativas pueden incluso inspirarse directamente en los presentes principios, sin que se exija la aprobación de ninguna legislación específica. Con la expresión “en particular” se deja a discreción de los encargados de la formulación de políticas nacionales la decisión de considerar otro tipo de actos como formas adicionales de apropiación indebida e incluirlos en su lista nacional. Entre ellos podrían incluirse, por ejemplo, el fraude comercial, el suministro de información falsa sobre la fuente de los CC.TT., o el incumplimiento de la obligación de reconocer el origen de los CC.TT.

El párrafo 4 completa la norma básica sobre la apropiación indebida, al aclarar que los actos de competencia desleal específicos que figuran en el artículo 10*bis* se aplican directamente a la materia objeto de los CC.TT. Tal como se solicitó en algunos comentarios, se ha ampliado el párrafo para aclarar la relación existente entre la protección contra la apropiación indebida y la protección que otorga el artículo 10*bis* del Convenio de París. Se señala expresamente en él que los poseedores de CC.TT. quedan asimismo protegidos contra las representaciones engañosas que pueden crear confusiones y las aseveraciones falsas relativas a los productos o servicios que ellos producen o proporcionan.

Dado que la noción de apropiación indebida necesitaría interpretarse más detalladamente en la legislación nacional, se indica en el párrafo 5 que los conceptos de “medidas desleales”, “distribución equitativa de beneficios” y “apropiación indebida” deben guiarse en cada caso por el contexto tradicional y los acuerdos consuetudinarios de los propios poseedores de los CC.TT. El contexto tradicional y los acuerdos consuetudinarios pueden estar reflejados en los protocolos o en las prácticas de las comunidades, o estar codificados en los sistemas jurídicos consuetudinarios.

Comentarios y preguntas formulados

Relación con elementos de los objetivos políticos y los principios fundamentales

La Delegación de Australia señaló que este artículo se refiere específicamente a elementos de algunos de los objetivos políticos y principios fundamentales del documento sustantivo, en particular, los objetivos políticos v) y viii) y los principios b) y c). Es conveniente examinar más a fondo algunos elementos de tales objetivos políticos y principios, lo que resultará útil para llevar a cabo un análisis completo de la aplicación de cualquier texto de esta naturaleza. Habría que examinar, por ejemplo, cuál sería la relación con el actual sistema de P.I.; en qué medida concuerda con la flexibilidad en la aplicación nacional y local; qué efecto tendría con respecto al conocimiento de dominio público; qué elementos de dicha protección están relacionados específicamente con el sistema de P.I. y cuáles no lo están. Por otra parte, el texto es muy denso y podría ser útil determinar los elementos sustantivos y examinarlos separadamente. Además, la delegación señaló que el texto actual de esta disposición es demasiado detallado y directivo, y no es compatible con el Artículo 2 y el principio de flexibilidad y exhaustividad. Esta disposición también contiene expresiones y frases subjetivas amplias tales como “medios desleales” y “contrarias a los usos honestos”, que requieren un examen detenido y una definición más precisa. La norma general enunciada en esta disposición en el documento de trabajo original refleja el objetivo político viii), a saber, “impedir la utilización desleal e injusta”. Este objetivo también responde a la necesidad de adaptar las estrategias de represión de la apropiación indebida de los CC.TT. a las necesidades nacionales y locales. El comentario sobre esta disposición establece varios puntos fundamentales. El párrafo 2 del comentario señala que la estructura textual original de esta parte refleja la estructura del Artículo 10*bis* del Convenio de

París. La delegación cuestionó la aplicabilidad de este artículo del Convenio de París con respecto a la protección de los CC.TT. y solicitó que esta cuestión siga siendo objeto de examen. Además, si el objetivo político viii) debía en parte servir de base para la elaboración de un instrumento jurídico, en cierta medida, la naturaleza de la apropiación indebida deberá describirse “en términos generales y no exclusivos” para que la definición pueda abarcar los distintos actos desleales. Asimismo, en el Artículo 10bis, el término “medios desleales” puede tener diferentes sentidos en función de la legislación nacional. Sin embargo, la delegación señaló que muchas de las sugerencias relacionadas con el presente documento de trabajo en la decimoquinta sesión del Comité parecerían limitar la capacidad de los Estados miembros para adaptar los enfoques que podrían adoptar de acuerdo a sus necesidades nacionales y locales. En consecuencia, el Comité se beneficiaría con el hecho de seguir examinando el objetivo político viii) para obtener orientaciones sobre la estructura textual apropiada para este objetivo. En relación con las enmiendas propuestas respecto al párrafo 2 referentes a suprimir la frase “sepa por negligencia”, esta supresión ampliaría el ámbito de “impedir la utilización desleal e injusta” a los actos que no implican falta. ¿En qué medida esta enmienda cumple con el objetivo político viii), o el concepto de “prácticas comerciales honestas” establecido en el Convenio de París? En relación con el párrafo 3 vi), la delegación señaló el vínculo con el objetivo político xi) “garantizar el consentimiento fundamentado previo y los intercambios basados en condiciones mutuamente convenidas”. Hasta donde era del conocimiento de la delegación, la cuestión del consentimiento fundamentado previo en la protección de los CC.TT. no había obtenido consenso entre los Estados miembros. Solicitó que prosigan los debates sobre la aplicabilidad de una obligación vinculante a este respecto.

Las Delegaciones del Japón, Nueva Zelandia y Suiza señalaron que para llevar a cabo el debate de las disposiciones sustantivas es necesario que previamente se examinen a fondo los objetivos políticos y los principios fundamentales.

La Delegación de Sudáfrica señaló que el objetivo de protección del documento es muy limitado. La protección contra la apropiación indebida no debería ser el único objetivo previsto. La protección de los CC.TT. debería ampliarse a otros ámbitos, como el desarrollo sostenible, el fomento de la innovación y la investigación y la protección de los derechos morales.

La Delegación de Suiza subrayó que la protección de los CC.TT. no debería enfocarse únicamente contra la apropiación indebida de tales CC.TT. Hay otros objetivos políticos que también son importantes para la protección de los CC.TT. y deberían quedar recogidos en toda disposición al respecto.

La Delegación de Alemania pidió que se aclaren mejor el objetivo y el fundamento concretos del artículo 1 en lo que respecta a la protección de los CC.TT. Se reservó el derecho a formular más observaciones acerca de otras disposiciones sustantivas una vez se haya aclarado convenientemente esta cuestión previa. Esto no implica su aceptación de las disposiciones sustantivas que se recogen en los anexos del presente documento como única base de los debates futuros.

El Representante de la Cámara de Comercio Internacional señaló que deben examinarse los objetivos.

El Representante del Movimiento Indio “Tupaj Amaru” señaló que el objeto de la protección son los pueblos indígenas y las comunidades locales.

Glosario

La Delegación de España pidió que se elabore un glosario.

La Delegación de Nigeria manifestó que es necesario disponer de definiciones precisas en todos los artículos para poder mantener una perspectiva clara de todas las cuestiones, ya que se ha observado que ciertas delegaciones atribuyen ciertos significados a determinados términos en función de su propia percepción, interpretación e intereses.

El Representante de la *Maya To'Onik Association* pidió que se elabore un glosario. Este glosario se elaborará de acuerdo con la perspectiva o visión del mundo de los pueblos indígenas, teniendo en cuenta el hecho de que ciertos conceptos, tales como adquisición, la apropiación indebida, la propiedad, etc. tienen otras connotaciones en la cosmovisión cultural de los pueblos indígenas, en particular en la cultura maya.

El Representante de la Cámara de Comercio Internacional señaló que la claridad es importante porque las empresas necesitan saber qué es lo que pueden hacer y qué es lo que no pueden hacer.

Definición de apropiación indebida

Las Delegaciones del Camerún, Marruecos, Nepal y Nigeria señalaron que debe definirse el término “apropiación indebida”.

La Delegación de Italia dijo que la lista de los posibles casos de apropiación indebida que figura en el párrafo 3 del artículo 1 no es necesaria.

La Delegación de Nigeria señaló que el Artículo 1 era restrictivo ya que la protección de los CC.TT no debe estar basada únicamente en los actos de apropiación indebida. Será necesario revisar todo el artículo para que tenga en cuenta todos los derechos relativos a los CC.TT. que deben ser objeto de una sólida protección, incluidos los derechos económicos y morales.

La Delegación de Zambia señaló que, en lo que respecta a las ECT, el presente artículo parece referirse solamente a los derechos negativos, por lo que podrían incluirse también los derechos positivos. Además, a menos que la intención del párrafo 3 del artículo 1 sea definir lo que constituye apropiación indebida, podría ser necesaria una definición.

El Representante de la Cámara de Comercio Internacional señaló que el concepto de apropiación indebida podía variar mucho. Como elemento fundamental, este concepto debía estar vinculado a las nociones pertinentes de acceso y participación en los beneficios mediante el respeto de las legislaciones nacionales sobre el acceso y la participación en los beneficios. En otras palabras, si no hay violación de la legislación nacional sobre el acceso y la participación en los beneficios, no hay “apropiación indebida”. A la hora de definir los casos específicos de “apropiación indebida” en virtud de las legislaciones nacionales, habría que tener en cuenta los siguientes aspectos: 1) si los CC.TT. en cuestión fueron comunicados directamente al usuario por los poseedores tradicionales; 2) si los CC.TT. en cuestión no se conocían, ni se habían divulgado o utilizado en otro lugar; 3) si se obtuvo el permiso para utilizar los CC.TT. en cuestión al menos de algunos de los poseedores legítimos; y 4) si existían o se respetaron los términos mutuamente acordados respecto a la participación en los beneficios. También podrían considerarse otros aspectos, pero es indispensable contar con reglas precisas para determinar las condiciones que son esenciales. Los gobiernos deben examinar muchas cuestiones pendientes. ¿Deben preverse condiciones especiales respecto a la investigación o uso no comercial o publicación de los CC.TT.? Si la información reivindicada como CC.TT. se ha dado

a conocer públicamente o es utilizada por otros pueblos indígenas, que tal vez no tengan ningún vínculo ¿seguirían siendo aplicables las legislaciones sobre el acceso y la participación en los beneficios? ¿De qué forma podría diseñarse un sistema que permita advertir a los usuarios de que la información publicada no está disponible para libre uso (como en el caso del sistema de patentes)? Si el conocimiento tradicional en cuestión no se ha publicado, ¿debería considerarse de la misma manera que toda otra información de dominio privado no publicada - de modo que, por ejemplo, si ha evolucionado independientemente, podría no estar sujeta a restricciones de uso?

Definición de CC.TT.

Las Delegaciones de Italia y Nepal señalaron que es absolutamente necesario disponer de una definición de los CC.TT. El tipo de definición que figura en el párrafo 2 del artículo 3 es insuficiente.

Las Delegaciones del Japón, Kenya, Marruecos y Nigeria indicaron que entre los miembros no hay un acuerdo sobre el significado fundamental de “CC.TT.” ni está claro qué aspectos engloba dicho término. El asunto de la definición debe resolverse antes de entablar un debate sustantivo sobre los correspondientes artículos.

La Delegación de Noruega subrayó que es necesario precisar mejor qué es exactamente la materia de protección, esto es, cómo deberían definirse los CC.TT. en ese sentido.

La Delegación de Australia señaló que el párrafo iv), en particular, es muy directivo y debe ser objeto de un examen más detenido en el contexto de los CC.TT., así como de forma más amplia en el contexto de la relación entre los RR.GG. y los CC.TT.

La Delegación de Zambia apuntó que la definición de los CC.TT. podía haberse incluido en el presente artículo, en lugar del artículo 3. En cualquier caso, la definición de los CC.TT. tal como se prevé en el artículo 3 es una réplica de la que se facilita en su proyecto de Ley.

Definición de poseedores y poseedores reconocidos

La Delegación de la Federación de Rusia señaló que los términos “poseedores” y “poseedores reconocidos” deben definirse: a) son conceptos sinónimos?; b) de no ser así, ¿cuál es el criterio para incluir a los poseedores entre los “poseedores reconocidos”?

La Representante del *Instituto Indígena Brasileiro da Propriedade Intelectual* (InBraPi) señaló que a lo largo del documento se hace referencia a los poseedores de los CC.TT., pero solo en el artículo 4 se expresa claramente que los pueblos indígenas y comunidades locales son los poseedores de dichos CC.TT. La Representante propuso que, de conformidad con el artículo 4 iii), la expresión “pueblos indígenas y comunidades locales” se preceda a la palabra “poseedores”.

Derechos de los poseedores

La Delegación de Italia propuso que lo primero que debe hacerse es definir los derechos que se reconocerán para los poseedores, ya que la apropiación indebida supone el incumplimiento de los derechos.

La Delegación de Kenya señaló que en su opinión el artículo 1 no especifica qué derecho se ofrece al poseedor de CC.TT. mediante el cual los poseedores podrían tratar de obtener una reparación legal en caso de apropiación indebida de sus CC.TT.

La Delegación de la India manifestó que en el artículo 1 deberían definirse en primer lugar los derechos de los poseedores de CC.TT. En dicho artículo da la impresión de que el instrumento recoge únicamente la protección frente a la apropiación y utilización indebidas. El enfoque es por tanto muy limitado en especial en el marco de los objetivos políticos y los principios rectores generales. Afirmó que debe ampliarse el alcance en ese artículo o mediante un nuevo artículo. En el artículo debería reafirmarse primero la pertenencia colectiva de los CC.TT. de las comunidades. Así se aclarará qué es la protección positiva de los CC.TT. En su estado actual, no se conceden derechos positivos a los poseedores de CC.TT. similares a los de las ECT. No existe justificación alguna para que el enfoque de los CC.TT. sea distinto. Además, si bien se presupone la base jurídica para adoptar medidas a fin de prevenir la apropiación indebida, ésta no se establece de forma explícita. Deberían definirse también los derechos mínimos que tienen las comunidades sobre sus CC.TT. Estos derechos deben abarcar los derechos a la pertenencia colectiva de los CC.TT., derechos a la gestión colectiva de los CC.TT., derechos contra la apropiación indebida, derechos a la exigencia del consentimiento fundamentado previo, derechos a la participación en los beneficios, derechos a la denegación del acceso a los mismos y derechos al reconocimiento de la identidad de los CC.TT.

El Representante de la *Association des étudiants et chercheurs sur la gouvernance des états insulaires* (AECG) afirmó que es cierto que las obligaciones de los poseedores no son las mismas que las de los poseedores reconocidos que están en el origen de una creación determinada y que han recibido los conocimientos de la generación anterior de acuerdo con las normas consuetudinarias de la región o del clan. Los poseedores son aquellos que pueden utilizar los conocimientos pero que no pueden transmitirlos consuetudinariamente. Se refirió también a los “custodios de los conocimientos” que, independientemente de su situación, tienen la autoridad de la custodia junto con el deber de transmitir dichos conocimientos a las generaciones siguientes. Debería mantenerse la lista de tipos de apropiación y no debería considerarse como restrictiva. Al referirse a la adquisición surgió de forma inevitable el aspecto comercial. Por lo tanto, es correcto mantener el concepto de compensación económica. En la región del Pacífico (Nueva Caledonia, Fiji, Vanuatu, Samoa, Tonga, Papua Nueva Guinea, Islas Salomón e Islas Cook), los CC.TT. se han convertido en una moneda. El antiguo sistema de trueque se encuentra en declive en favor del dinero.

Observancia

La Delegación del Camerún preguntó qué órgano debe encargarse de la penalización. Señaló además que en el párrafo 3 del artículo 1 no queda claro quién debería ofrecer los medios legales ni quiénes serían los destinatarios de tales medios.

Cuestiones relativas a los usos comerciales y no comerciales

La Delegación de Kenya dijo que el artículo 1 debería abarcar cuestiones más amplias sobre la explotación de los CC.TT. y no solo su explotación comercial.

La Delegación de Nueva Zelandia planteó la cuestión de la posibilidad de diferenciar la apropiación indebida con fines comerciales y no comerciales. Señaló que el artículo 1 establece un umbral más amplio en lo que respecta a la apropiación indebida con carácter no comercial que en lo que respecta a la apropiación indebida con carácter comercial. No obstante, el objetivo político (viii) tiene por objeto “impedir la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales y otros actos comerciales y no comerciales desleales”. Debería bastar con que la utilización tuviera un efecto ofensivo.

La Delegación de la India afirmó que la apropiación indebida no debería limitarse al uso comercial o industrial, sino que ha de incluir todo uso definido en el tratado y en la legislación nacional.

La Representante del *Indigenous Peoples Council on Biocolonialism* (IPCB) señaló que es importante que la forma jurídica de la protección se amplíe a los usos comerciales y no comerciales de los CC.TT., ya que la utilización indebida es a menudo el resultado de la utilización no comercial de los conocimientos tradicionales, y los conocimientos tradicionales adquiridos con fines no comerciales pueden fácilmente llegar a utilizarse con fines comerciales.

El orden público o la moral

La Delegación de Marruecos señaló que los principios de *orden público* y de moral difieren de un país a otro y la definición de tales términos no está clara.

La Delegación de los Estados Unidos de América preguntó cómo se harían cumplir las leyes de otro país cuando estuvieran implicados principios morales si se creara un régimen internacional, teniendo en cuenta que los enfoques del concepto de *orden público* o de moral pueden ser muy distintos.

Dominio público

La Delegación de Noruega manifestó que es especialmente importante encontrar el equilibrio entre los CC.TT. susceptibles de recibir protección y los conocimientos que han pasado a formar parte del dominio público. Y añadió que no hay un enfoque coherente en lo que respecta al verdadero significado del término “dominio público”.

La Delegación de Suecia preguntó lo siguiente: 1) ¿Qué relación hay entre la protección prevista para los CC.TT. y los conocimientos que ya forman parte del dominio público?, ¿dónde debe establecerse el punto pertinente para el acceso a los CC.TT. que no esté fijado a escala local? 2) ¿En qué modo prevén los Estados miembros la protección de los CC.TT. que contienen las bases de datos?

La Representante del InBraPi señaló que el concepto de dominio público no puede aplicarse a los CC.TT. Hay que distinguir entre los CC.TT. que están a disposición del público y los CC.TT. que forman parte del dominio público.

El Representante de la *Association des étudiants et chercheurs sur la gouvernance des états insulaires* (AECG) sostuvo que resulta difícil establecer los límites entre el dominio público y el dominio privado en el caso de los CC.TT. Hoy en día, se utilizan tanto los CC.TT. que la gente habla de “conocimientos que han pasado a formar parte del dominio público” porque son conocidos por todo el mundo. Opinó que las dificultades surgen porque a veces es imposible establecer quién es el autor individual de dichos conocimientos. Los conocimientos se suelen atribuir a un clan o a una comunidad sin que sea posible señalar quién es el autor de dicha creación. Incluso la definición del término “autor” difiere de la definición occidental en el sentido de que no se considera autor (y, por ende, poseedor de los derechos de autor) al creador, sino más bien a otra persona (el tío, la tribu, la madre, etcétera).

Requisito de divulgación

La Delegación de China estimó que el desarrollo y utilización de los CC.TT. obtenidos por terceros fuera del contexto tradicional deberán cumplir con los principios de consentimiento fundamentado previo y participación en los beneficios, y deberán indicar debida y fielmente la

fuentes, en particular sin ningún tipo de ocultamiento, representación indebida o distorsión, de forma que se dé muestras de respeto por la fuente de los CC.TT.

La Delegación de la India afirmó que el requisito de divulgación debería aplicarse a todas las formas de CC.TT. y no restringirse a los CC.TT. asociados a los recursos genéticos.

El Representante de la Cámara de Comercio Internacional objetó la enmienda de redacción específica respecto de la exigencia de que en las patentes se divulgue el origen del material biológico. No obstante, los participantes en la reunión acogieron favorablemente que entre los expertos se debata a fondo dicha propuesta.

Relación con el análisis de carencias

La Delegación de Australia señaló que el análisis de carencias (WIPO/GRTKF/IC/13/5(B)) ha demostrado que los medios jurídicos previstos en el párrafo 3 ya estaban disponibles, pero no todos (nota 3.iv)). La delegación se preguntó en qué medida este instrumento internacional permite colmar las carencias identificadas en dicho análisis.

Sugerencias de redacción de los observadores

La Representante del *Indigenous Peoples Council on Biocolonialism* (IPCB) propuso que en la línea 5 del párrafo 2 del artículo 1 se añada “o no comerciales” después de la palabra “comerciales”.

La Representante del InBraPi propuso que en la línea 2 del párrafo 3.ii) del artículo 1 se añada “de los pueblos indígenas y las comunidades locales, poseedores de los conocimientos tradicionales” después de “consentimiento fundamentado previo”.

En relación con el párrafo 2 del artículo 1, el Representante del Consejo Saami propuso que se suprima “por medios desleales o ilícitos” y se sustituya por “sin el consentimiento fundamentado previo otorgado libremente por los pueblos o las comunidades indígenas que han desarrollado tales conocimientos tradicionales”. Propuso además que se sustituya “toda adquisición, apropiación o utilización de conocimientos tradicionales” por “la utilización de conocimientos tradicionales que hayan pasado a formar parte del dominio público sin el consentimiento de los pueblos o las comunidades indígenas que han desarrollado tales conocimientos tradicionales”.

El Representante de las Tribus Tulalip de Washington propuso que en el párrafo 3.v) del artículo 1 se añada “de los pueblos indígenas y las comunidades locales” después de “el *orden público* o la moral”.

El Representante del Movimiento Indio “*Tupaj Amaru*” propuso que en el párrafo 1 del artículo 1 debería sustituirse la forma “deben” por la forma “deberían”. En lo que respecta al párrafo 2 del artículo 1, propuso que se sustituya “puede consistir” por “también consiste”; que se sustituya, en la línea 3, “a partir de” por “mediante”, y que se sustituya, en la línea 4 de ese mismo párrafo, “cuando la persona que los utilice sepa” por “la persona o personas que los utilicen sepan o debieran saber”. Propuso también añadir, en el párrafo 3 del artículo 1, “y sancionar” después de “impedir”. En el párrafo 3.i) del artículo 1 propuso que se añada, en la línea 1, “y la apropiación ilícita” después de “la adquisición” y también “incluido el recurso a la violencia” después de “robo”. En el punto ii) propuso que se añada “posesión” después de “adquisición”, y también, “la legislación actualmente en vigor” después de “en la violación de”. Propuso además cambiar la formulación del punto iii) por “reivindicaciones sin fundamento jurídico”. Señaló que el punto v) debe reformularse, ya que el texto en español no está claro. Propuso que el concepto “moral” se sustituya por “violación de los derechos consuetudinarios de los pueblos indígenas”.

Y por último, propuso que en el párrafo 4 del artículo 1 se añada “pueblos indígenas y comunidades locales” y en el párrafo 5 “leyes consuetudinarias de los pueblos indígenas y las comunidades locales”.

El Representante de la Cámara de Comercio Internacional propuso eliminar “o utilización” en el párrafo 2 del artículo 1. Sugirió añadir “en contravención del acceso nacional y de la legislación en materia de participación en los beneficios” antes de “por medios desleales o ilícitos”. Asimismo sugirió insertar “sin obtener el consentimiento fundamentado previo y sin suscribir las condiciones mutuamente convenidas en materia de acceso y participación en los beneficios derivados de la utilización de los conocimientos tradicionales” después de “por medios desleales o ilícitos”. Propuso eliminar el párrafo 3 del artículo 1 en su totalidad. En relación con el párrafo 5 del artículo 1, propuso añadir “con arreglo a la definición del párrafo 1” después de “apropiación indebidas”.

El Representante de la *Association des étudiants et chercheurs sur la gouvernance des états insulaires* (AECG) propuso reemplazar “objeto de adquisición o apropiación por medio desleales” por “objeto de adquisición u obtención por medios desleales” en el párrafo 2 del artículo 1. Afirmó que se debería reforzar el presente párrafo en el sentido de que debería aplicarse también a aquellos que conozcan a alguien que esté explotando conocimientos tradicionales sin preguntar si se adquirieron de forma legal, o continúen explotándolos aun cuando tengan dudas respecto de la legalidad de su adquisición. Se propuso añadir un nuevo apartado dentro del párrafo 3 del artículo 1, que sería el siguiente: “vii) los intentos fraudulentos de apropiación indebida, la adquisición ilícita o por medio de violencia, o actos que constituyan una agresión de los conocimientos tradicionales con fines comerciales que den lugar a beneficios económicos y a determinados beneficios para el autor o cuya finalidad sea hacer una utilización degradante de dichos conocimientos”.

La Representante del *Southeast Indigenous Peoples' Center* sugirió eliminar “si tales actos se cometen con fines comerciales o al margen de los usos consuetudinarios o tradicionales de tales conocimientos tradicionales” del párrafo 1 del artículo 1. En relación con el párrafo 3 del artículo 1, sugirió que se inserte “espionaje” antes de “u otros actos desleales o deshonestos”, así como que se añada “o por medio de violencia, secuestro, encarcelación, esclavitud, toma de rehenes, drogar a alguien, violación, abuso sexual, abuso físico o psicológico, hacer pasar hambre, incendio provocado, torturas, destrucción de ecosistemas o por amenazar con llevar a cabo cualquiera de las acciones anteriores” al final. Explicó que hay que proteger los CC.TT. del espionaje para que se puedan transmitir y desarrollar sin temor a que sean objeto de robo o apropiación indebida. Es necesario que los pueblos o naciones indígenas debatan acerca de sus CC.TT. o los pongan en práctica lejos de la presencia de las fuerzas coloniales. Por este motivo, los pueblos o naciones indígenas necesitan protección especial por parte de aquellos que dicen haber cogido los CC.TT. sin su consentimiento con fines de conservación, preservación, educativos o científicos. En cuanto al párrafo 3.ii) del artículo 1, propuso incluir “indígenas e internacionales” después de “medidas jurídicas”. En relación con el párrafo 3.iv) del artículo 1, propuso insertar “indígenas” antes de “nacionales e internacionales”. Respecto del párrafo 3.vi) del artículo 1, propuso sustituir “país” por “pueblos” en la segunda línea, y reemplazar “en el país” por “del pueblo” en la última línea.

Otras propuestas de los observadores

El Representante de la Organización Regional Africana de la Propiedad Intelectual (ARIPO) presentó la siguiente disposición del Protocolo de la ARIPO sobre conocimientos tradicionales: “Derechos conferidos a los titulares de conocimientos tradicionales

- 7.1 El presente Protocolo conferirá a los titulares de los derechos referidos en la sección 6 el derecho exclusivo a autorizar la explotación de sus conocimientos tradicionales.

- 7.2 Además, los titulares de conocimientos tradicionales protegidos tendrán el derecho a impedir que terceros los exploten sin su consentimiento fundamentado previo.
- 7.3 A los fines del presente Protocolo, el término “explotación” en referencia a los conocimientos tradicionales protegidos se aplicará a cualquiera de los siguientes actos:
- a) Cuando los conocimientos tradicionales son un producto:
 - i) fabricación, importación, oferta para la venta, venta o utilización al margen del contexto tradicional del producto;
 - ii) estar en posesión del producto a los fines de su oferta para la venta, su venta o su utilización al margen del contexto tradicional;
 - b) Cuando los conocimientos tradicionales son un proceso:
 - i) hacer uso del proceso al margen del contexto tradicional;
 - ii) cometer los actos que se mencionan en el apartado a) de esta subsección con respecto a un producto que sea el resultado directo de la aplicación del proceso”.

ARTÍCULO 2

FORMA JURÍDICA DE PROTECCIÓN

1. *La protección de los conocimientos tradicionales contra la apropiación y utilización indebidas deberá [podrá]⁶⁹ instrumentarse por medio de una serie de medidas jurídicas, entre otras⁷⁰: una ley especial sobre los conocimientos tradicionales; legislación sobre propiedad intelectual, incluidas leyes sobre la competencia desleal y el enriquecimiento indebido; el Derecho de contratos; el Derecho de responsabilidad civil, con inclusión del Derecho de daños y la responsabilidad; el Derecho penal; leyes relativas a los intereses de los pueblos indígenas; leyes pesqueras y medioambientales; regímenes de acceso y participación en los beneficios; o cualquier otra ley o combinación de esas leyes. [Este párrafo queda sujeto a lo dispuesto en el artículo 11. 1)].⁷¹*
2. *La protección [no tiene por qué otorgarse por medio de derechos de propiedad exclusivos] podrá otorgarse por medio del reconocimiento de derechos de propiedad⁷², aunque puedan concederse esos derechos[, cuando proceda.] a⁷³ los poseedores [individuales]⁷⁴ [y] y/o⁷⁵ colectivos de los conocimientos tradicionales, haciendo uso de los sistemas vigentes o de sistemas adaptados de derechos de propiedad intelectual, de conformidad con las necesidades y las aspiraciones de los poseedores de los conocimientos, y teniendo en cuenta las legislaciones y políticas nacionales y las obligaciones internacionales.*

⁶⁹ Delegación de Indonesia.

⁷⁰ Delegación de México.

⁷¹ Delegación de la Federación de Rusia. La Delegación señaló que en el párrafo 1 del artículo 2 se señala que “este párrafo queda sujeto a lo dispuesto en el artículo 11.1)”. No obstante, no todas la medidas jurídicas que se enumeran en dicho artículo pueden aplicarse conforme a las disposiciones del artículo 11.1), es decir, sin formalidades. Por ejemplo, la legislación de propiedad intelectual que se menciona en el párrafo 1 del artículo 2 exige, en relación con los derechos individuales de propiedad intelectual, que se lleven a cabo determinadas formalidades para proteger jurídicamente dicha propiedad intelectual, concretamente su registro.

⁷² Delegación de Colombia.

⁷³ Delegación de México.

⁷⁴ Delegaciones del Ecuador y la República Bolivariana de Venezuela. Señalaron que, en lo que respecta al párrafo 2 del artículo 2 sobre el alcance de los derechos de los poseedores de los conocimientos, debería revisarse la palabra “individuales”, debido al carácter colectivo de los CC.TT.

⁷⁵ Delegación de Colombia.

COMENTARIOS SOBRE EL ARTÍCULO 2

Las medidas *sui generis* vigentes para la protección de los CC.TT. en el ámbito del derecho nacional ya presentan una gran variedad de formas y mecanismos. Para que las disposiciones actuales no condicionen ni anulen las opciones disponibles a escala nacional y regional para la protección de los CC.TT., esos diversos mecanismos jurídicos deberán incorporarse a estas normas internacionales. Nuevamente, no se trata de un enfoque novedoso en la articulación de normas internacionales. Se pueden encontrar disposiciones similares al presente artículo en los instrumentos internacionales vigentes en muchos ámbitos de protección. Algunos ejemplos que ya se han citado anteriormente son el Tratado de Washington⁷⁶, el Convenio de París, y la Convención de Roma.⁷⁷ En esta disposición se aplica el principio rector de la flexibilidad para garantizar que tengan suficiente cabida las consultas nacionales, con la participación plena y eficaz de los poseedores de CC.TT., y la evolución jurídica de los mecanismos de protección a medida que se vayan desarrollando y aplicando en la práctica.

Por lo tanto, para adaptar los enfoques existentes y garantizar suficiente margen para el desarrollo de políticas internas, el párrafo 1 se rige por el principio rector de la flexibilidad y la exhaustividad, y refleja la práctica vigente en los países que ya han puesto en práctica formas de protección *sui generis* de los CC.TT. Permite adoptar los diversos enfoques jurídicos que ya se están utilizando para proteger los CC.TT. en varias jurisdicciones, concretamente en Brasil, China, Estados Unidos de América, India, Perú, Portugal y la Unión Africana. Ofrece la máxima flexibilidad para que las autoridades nacionales puedan determinar qué mecanismos jurídicos resultan más apropiados para reflejar de forma óptima las necesidades específicas de las comunidades locales e indígenas en su contexto nacional y corresponden a los sistemas jurídicos nacionales en el marco de los cuales se va a aplicar la protección. El párrafo se inspira en una disposición de un instrumento internacional vinculante, el artículo 4 del Tratado de Washington.

En el párrafo 2 se aclara que estos principios no requieren la creación de títulos de propiedad exclusivos respecto de los CC.TT., que muchos poseedores de CC.TT. consideran inadecuados (véanse los comentarios sobre el artículo 1). Muchos poseedores de CC.TT. han expresado la preocupación en el sentido de que las nuevas formas de protección de los CC.TT. contra la apropiación indebida no deberían otorgar derechos privados sobre sus CC.TT. Por el contrario, estos principios dan vigencia a una norma subyacente contra la apropiación indebida por terceras partes, y por ende contra la privatización ilegítima o la mercantilización de los CC.TT., por ejemplo a través de la concesión inadecuada de derechos de propiedad privada ilegítimos. Al contrario, dejan abierta la posibilidad de utilizar doctrinas jurídicas alternativas a la hora de formular políticas relativas a estas cuestiones, tal como lo propusieron varios participantes del Comité. No obstante, dado que varios países ya han fijado derechos *sui generis* exclusivos sobre los CC.TT., el párrafo da cabida a esos derechos exclusivos, siempre y cuando estén en concordancia con las necesidades y las elecciones de los poseedores de CC.TT., con las leyes y políticas nacionales, y con las obligaciones internacionales.

⁷⁶ Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los circuitos integrados (1989) (en adelante “el Tratado de Washington”).

⁷⁷ Convención internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (1961) (en adelante “la Convención de Roma”).

Comentarios y preguntas formulados

Formas o medidas jurídicas

La Delegación de China propuso que cualquier sanción o pena relativa a actos inaceptables o ilegales deberá incluir varias medidas punitivas que cubran las acciones jurídicas vinculadas con la P.I., tales como la denegación y la invalidación de solicitudes de patentes, así como acciones civiles y penales. La sanción o pena que se establezca deberá, por un lado, prever una compensación suficiente para la parte agraviada, y no añadir una carga excesiva para los participantes legales, y por otro lado, deberá constituir un mecanismo suficientemente disuasivo para los autores de actos ilegales.

La Delegación de Zambia afirmó que, aunque los Estados podrían elegir los medios de protección adecuados, es preferible el derecho estatutario al *common law*, por ejemplo.

El Representante de la Organización Regional Africana de la Propiedad Intelectual señaló que el artículo 2 establece diferentes formas o medidas jurídicas que pueden aplicarse para proteger los CC.TT. No obstante, las medidas que se señalan en el párrafo 1 del artículo 2, que se refieren principalmente a las formas de los actuales instrumentos jurídicos de propiedad intelectual y se basan además en el objetivo que se persigue mediante el correspondiente instrumento, están destinadas a impedir la apropiación indebida, finalidad que se ha considerado inadecuada o limitadora.

Derechos exclusivos

La Delegación de Australia señaló a la atención el siguiente comentario de un observador respecto a los derechos exclusivos, y solicitó que las cuestiones específicas relativas a los derechos colectivos en comparación con los derechos individuales sean objeto de un examen detenido en el marco de la protección de los CC.TT.

El Representante de la Organización Regional Africana de la Propiedad Intelectual señaló que en el comentario sobre el artículo 2 se sugiere que los poseedores de los CC.TT. no exigen el establecimiento de títulos de propiedad exclusivos respecto de tales conocimientos. Este principio no concuerda con las experiencias adquiridas con los poseedores de CC.TT. en África. Antes bien, la mayoría de los poseedores han pedido que se establezcan derechos colectivos sobre sus CC.TT. y no derechos privados o individuales como figura en el párrafo 2 del artículo 2. Si no se confieren derechos, no se pueden tomar medidas al respecto. Por ello, el observador señaló que debe enmendarse el fondo del artículo de modo que refleje las aspiraciones de los poseedores de los CC.TT. que han pedido que se establezca un nuevo sistema *sui generis* para proteger sus CC.TT. en lugar de disponer de un conglomerado de opciones jurídicas.

Relación con el principio d)

La Delegación de Australia declaró que esta disposición parte del principio d) de “flexibilidad y exclusividad”. Se ha afirmado que un enfoque flexible respecto a la protección de los CC.TT. contribuye a garantizar la disponibilidad de mecanismos adecuados para responder a la variedad de necesidades de los pueblos indígenas, y asegurar un adecuado equilibrio entre dichas necesidades y el mantenimiento de un marco estable favorable a la inversión. Esta flexibilidad también se extiende al respeto de la diversidad de los sistemas jurídicos entre los Estados miembros.

Propuestas de redacción de los observadores

El Representante de la Cámara de Comercio internacional propuso añadir “con arreglo a la definición del artículo 1” después de “apropiación indebidas” en el párrafo 1 del artículo 2.

El Representante de la *Association des étudiants et chercheurs sur la gouvernance des états insulaires* (AECG) se mostró de acuerdo con las Delegaciones del Ecuador y la República Bolivariana de Venezuela en cuanto al significado del término “individuales”.

En relación con el párrafo 1 del artículo 2, la Representante del *Southeast Indigenous Peoples' Center* propuso añadir “leyes indígenas” antes de “una ley especial” y añadir “incluidas la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la Convención sobre Desarrollo Sostenible” después de “esas leyes”. En cuanto al párrafo 2 del artículo 2, sugirió que se inserte “indígenas” después de “legislaciones y políticas”.

ARTÍCULO 3

ALCANCE GENERAL DE LA MATERIA PROTEGIDA

Fomentar, recompensar y proteger la creatividad y la innovación basadas en las tradiciones, y reforzar la transmisión interna de los conocimientos tradicionales en las comunidades indígenas y tradicionales.⁷⁸

En el marco de la protección de los conocimientos tradicionales se debería garantizar:

a) la salvaguardia y preservación de los conocimientos tradicionales;

[b) el reconocimiento y el respeto de los conocimientos tradicionales así como de la dignidad, la integridad cultural y los valores intelectuales y espirituales de los poseedores de conocimientos tradicionales que preservan y mantienen esos sistemas; de la contribución que han realizado los conocimientos tradicionales al mantenimiento de los medios de subsistencia y la identidad de los poseedores de conocimientos tradicionales; y de la contribución que han realizado los poseedores de conocimientos tradicionales a la conservación del medio ambiente, a la seguridad alimentaria y a la agricultura sostenible, así como al avance de la ciencia y la tecnología.]⁷⁹

c) un enfoque equilibrado entre los poseedores de los conocimientos tradicionales y los usuarios, que debería tener en cuenta también la necesidad de facilitar el acceso y la difusión de los CC.TT. destinados a la innovación y de velar por que el dominio público tenga un carácter dinámico y vigoroso⁸⁰, y garantizar la participación equitativa en los beneficios⁸¹.]⁸²

1. *Los presentes principios guardan relación con la protección de los conocimientos tradicionales protegidos⁸³ contra la apropiación y la utilización indebidas [fuera de su contexto tradicional]⁸⁴, y no deben interpretarse en el sentido de limitar o definir desde*

⁷⁸ Delegación del Canadá. La Delegación estimó que este objetivo es de suma importancia en el marco del artículo 3.

⁷⁹ Delegación del Canadá. La Delegación propuso añadir “así como de la dignidad...así como al avance de la ciencia y la tecnología”.

⁸⁰ Delegación de España en nombre de la Unión europea y sus Estados miembros. La Delegación propuso que se añadiera “[e]n el marco de la protección de los conocimientos tradicionales se debería garantizar a) la salvaguardia y preservación de los conocimientos tradicionales; b) el reconocimiento y el respeto de los conocimientos tradicionales; y c) un enfoque equilibrado entre los poseedores de los conocimientos tradicionales y los usuarios, que debería tener en cuenta también la necesidad de facilitar el acceso y la difusión de los CC.TT. destinados a la innovación y de velar por que el dominio público tenga un carácter dinámico y vigoroso”. La Delegación del Canadá apoyó la propuesta en el párrafo c) sobre la necesidad de aplicar un enfoque equilibrado. Dijo que se trata de un complemento muy útil y que solo será posible promover el respeto de los CC.TT. si en ese enfoque equilibrado se tienen en cuenta las opiniones de todos los creadores y usuarios de CC.TT., y del público en general.

⁸¹ Delegación de Sudáfrica. La Delegación propuso que se añadiera “y garantizar la participación equitativa en los beneficios”. Para establecer un enfoque equilibrado entre los poseedores y los usuarios de CC.TT., es necesario distinguirlos claramente y debe lograrse el equilibrio teniendo en cuenta los intereses de los poseedores de los conocimientos.

⁸² Delegación de Nigeria. La Delegación propuso que se eliminaran los párrafos b) y c). Señaló que varias propuestas están totalmente fuera de contexto teniendo en cuenta el alcance general que se estableció inicialmente. Por ejemplo, todas las comunidades de África tienen CC.TT. desde hace muchos años y éstos se han transmitido de generación en generación. Sobre la base de esas nuevas propuestas, muchísimos CC.TT. de África que han sido patentados pertenecen ahora al dominio público. Por lo tanto, han perdido su conexión con las comunidades que los crearon.

⁸³ Delegación de los Estados Unidos de América.

⁸⁴ Delegación de los Estados Unidos de América. El motivo es que podría incluirse la utilización de Internet y es posible que los usos no estén, en sentido estricto, dentro del contexto tradicional.

fuera las concepciones diversas y globales holísticas de los conocimientos dentro del contexto tradicional. Los presentes principios deberían interpretarse y aplicarse teniendo en cuenta el carácter de proceso⁸⁵ evolutivo e intergeneracional⁸⁶ de los conocimientos tradicionales y el papel de los sistemas de conocimientos tradicionales como marcos de innovación continua.

2. *[A los fines únicamente de los presentes principios]⁸⁷, por “conocimientos tradicionales” se entenderá el contenido o el fundamento de los conocimientos relativos a la actividad intelectual en un contexto tradicional, en particular, los conocimientos especializados, capacidades, innovaciones, prácticas y enseñanzas que forman parte de los sistemas de conocimientos tradicionales, y los conocimientos que entrañan el modo de vida tradicional de un pueblo o comunidad, o que están contenidos en sistemas codificados de conocimientos transmitidos de una generación a otra y desarrollados constantemente para responder a toda modificación del entorno, las condiciones geográficas y otros factores.⁸⁸ El término no se limita a ningún ámbito concreto de la técnica, y puede abarcar los conocimientos agrícolas, medioambientales y medicinales, así como todo conocimiento tradicional⁸⁹ asociado a las expresiones culturales y⁹⁰ los recursos genéticos.*

[Viene de la página anterior]

La Delegación de Sudáfrica se opuso ya que por ese motivo se producen la apropiación y utilización indebidas fuera del control de las comunidades y es por ello que necesitan protección. La apropiación y utilización indebidas en el seno de las comunidades tradicionales están reglamentadas por el derecho consuetudinario de dichas comunidades. Suprimir la frase “fuera de su contexto tradicional” significa que se elimina de hecho la protección que está fuera de sus límites en ese contexto.

La Delegación de la República Islámica del Irán coincidió con la Delegación de Sudáfrica.

La Delegación de Nigeria coincidió con la Delegación de Sudáfrica ya que la utilización indebida de CC.TT. no se produce en el seno de las sociedades tradicionales que han perdido el control de esos conocimientos. Por ello, si se pretende proteger a las comunidades tradicionales y sus conocimientos, debe llegarse a la esencia de la cuestión.

⁸⁵ Delegación del Ecuador. La delegación afirmó que la evolución de los CC.TT. es permanente y hay un proceso detrás.

⁸⁶ Delegación de Sudáfrica.

⁸⁷ Delegación de Colombia. La Delegación señaló que no quedaba claro por qué la definición empleada se limita a los principios y no a las disposiciones operativas.

⁸⁸ Delegación de Indonesia.

⁸⁹ Delegación de México.

⁹⁰ Delegación de la República Islámica del Irán. El motivo es que podrían fusionarse los CC.TT. no solo a los que están asociados a los recursos genéticos sino también al folclore.

COMENTARIOS SOBRE EL ARTÍCULO 3

Esta disposición cumple dos funciones: clarifica el carácter general de los conocimientos tradicionales a los fines de las presentes disposiciones, y fija unos límites adecuados para el alcance de la materia protegida. Por lo tanto, responde a la preocupación por que las disposiciones internacionales sobre CC.TT. reflejen las cualidades distintivas de los CC.TT., pero también al temor de que las disposiciones contra la apropiación indebida de los CC.TT. no interfieran en el contexto tradicional, ni impongan limitaciones o interpretaciones externas en relación con la forma en que los poseedores de CC.TT. deben considerar, gestionar o definir sus conocimientos en el contexto consuetudinario o tradicional.

Habitualmente, las normas internacionales de P.I. se remiten al ámbito nacional al determinar el alcance preciso de la materia protegida. En el ámbito internacional, su definición puede ir desde una descripción general de lo que se considera materia susceptible de protección hasta una serie de criterios para delimitar la materia susceptible de protección, pasando incluso por la ausencia de toda definición. Por ejemplo, en el Convenio de París y en el Acuerdo sobre los ADPIC no se define en qué consiste una “invención”. En el Convenio de París la “propiedad industrial” se define con términos amplios y expansivos. En la presente disposición se adopta un enfoque similar, que consiste en reconocer las diversas definiciones y el alcance de los CC.TT. que ya se aplican en las legislaciones vigentes a escala nacional en materia de CC.TT., sin tratar de aplicar una definición única y exhaustiva. Sin embargo, al inspirarse en las leyes nacionales vigentes, la presente disposición aclara de forma descriptiva cuál es el alcance de la materia protegida. Su formulación se basa en una descripción normalizada que ha sido elaborada y utilizada de forma coherente por el Comité, y basada a su vez en el análisis del Comité de las leyes nacionales vigentes en materia de protección de los CC.TT. En esencia, para que la materia intangible forme parte de los conocimientos tradicionales a los fines de las presentes disposiciones, deberá ser “tradicional”, en el sentido de estar relacionada con tradiciones transmitidas de una generación a otra, así como consistir en “conocimientos”, es decir, ser producto de la actividad intelectual.

En el segundo párrafo se aclara que las presentes disposiciones abarcan los conocimientos tradicionales como tales. Esto significa que no se aplicarían a las ETC/EF, que quedan recogidas en disposiciones complementarias y paralelas (documento WIPO/GRTKF/IC/8/4). En cuanto a su estructura general, pero no a su contenido, el párrafo está inspirado en el artículo 21) del Convenio de Berna, en el que se delimita el alcance de la materia protegida por dicho Convenio, mediante una descripción general inicialmente, y posteriormente a través de una lista ilustrativa de elementos que quedarían abarcados por él. Al adoptar un enfoque similar en el presente párrafo, no se trata de definir el término de forma absoluta. Una única definición exhaustiva podría no resultar adecuada debido al carácter variado y dinámico de los CC.TT. y a las diferencias existentes entre las legislaciones nacionales vigentes en materia de CC.TT.

Comentarios y preguntas formulados

Relación con el artículo 1

Las Delegaciones de El Salvador, Marruecos y la República Bolivariana de Venezuela propusieron que el artículo 3 se sintetice con el artículo 1 o se traslade a una posición anterior al artículo 1.

La Delegación del Canadá sugirió que en el artículo 3 la definición del alcance general de la materia protegida debería ir en primer lugar, seguida por la disposición relativa a la protección contra la apropiación y utilización indebidas.

La Delegación de Zambia señaló que este artículo podía haber ido antes del relativo a la apropiación indebida. Hay que dejar claro cuál es la materia protegida antes de valorar cómo ha de protegerse.

Significado de “comunidades indígenas y locales”

La Delegación de Italia señaló la incoherencia que existe entre el artículo 4, en el que no se consideran las “comunidades locales”, y otras disposiciones. Dijo, además, que la formulación y las definiciones que se utilizan deberían ser las mismas en todo el documento.

La Delegación de Suiza señaló que el término “pueblo o comunidad” que figura en el párrafo 2 del artículo 3 debería entenderse en el mismo sentido amplio e integrador que el del término “comunidades” que figura en la nota N° 23 de pie de página del Anexo del proyecto de disposiciones sobre ECT.

Definición de CC.TT.

La Delegación de la Federación de Rusia manifestó que la disposición del párrafo 2 del artículo 3 es una definición adecuada de lo que se entiende por protección de conformidad con el presente documento.

La Delegación de Sudáfrica señaló que el artículo 3 debería ser más claro y preciso.

La Delegación de Suiza señaló que la concreción de una definición de trabajo del término “CC.TT.” es uno de los requisitos previos al debate sustantivo. La definición de “CC.TT.” que se ofrece en el párrafo 2 del artículo 3 constituye una buena definición de trabajo. El Comité podrá retomar dicha definición en el curso de sus negociaciones para enmendarla o modificarla si fuera necesario. Se hizo hincapié en que la definición de CC.TT. debería englobar todos los CC.TT., esto es, los de los países en desarrollo y los de los países desarrollados.

La Delegación de España, en nombre de la Unión Europea y sus Estados miembros, afirmó que los CC.TT. tienen significados distintos para las diferentes personas que participan en los diversos foros. A los fines de la labor del Comité, en lo que respecta a la definición actual de CC.TT. y los criterios con respecto a la concesión de protección, sería favorable mantener un debate en profundidad, encaminado a establecer más adecuadamente los requisitos, distinguiendo lo que quedaría comprendido en el ámbito de un instrumento internacional y lo que no. Debería definirse claramente lo que abarcará y lo que no abarcará el instrumento internacional. Como primera medida para establecer una definición de trabajo acordada internacionalmente, se pidió a la Secretaría que complementara el análisis de carencias con un análisis por categorías de las diferentes manifestaciones de los CC.TT. En dicha categorización, se tendrán en cuenta, entre otros aspectos, las diferentes formas en que se mantienen y transmiten los CC.TT. y los CC.TT. que están públicamente disponibles o accesibles, bajo el control directo o no de las comunidades indígenas y locales, y que estén ya en el dominio público pero sin que hayan sido comercializados previamente. Tales aspectos podrán utilizarse como criterios básicos en el proceso de categorización. A fin de lograr progresos efectivos, se ha relegado el modelo único de protección para un tipo de CC.TT. Y señaló que en cada una de tales categorías podría ser necesario adoptar un enfoque diferente sobre el tipo de protección, según decida cada país.

La Delegación del Japón formuló las siguientes preguntas: 1) ¿Qué es lo que entra dentro del ámbito de “tradicional”? Por ejemplo, ¿cuántas generaciones serán suficientes para que la transmisión de información a las generaciones futuras se considere “tradicional”? 2) ¿Existen requisitos para que una comunidad cuyos conocimientos se comparten y se transmiten se

considere “tradicional”? Por ejemplo, ¿pueden considerarse “tradicionales” los conocimientos que se comparten y transmiten en todo un país? 3) ¿Cómo se puede definir el ámbito de los CC.TT. específicos a fin de garantizar la previsibilidad a los usuarios de dichos conocimientos y a las terceras partes?

El Representante de la Cámara de Comercio Internacional señaló que el concepto de “conocimientos tradicionales” es difícil de definir con precisión debido a sus características holísticas, contextuales, dinámicas e intergeneracionales. Sin embargo, una definición basada en criterios claros es indispensable para que los CC.TT. sean respetados. Las definiciones actuales son muy vagas y, por tal razón, su aplicación sería muy difícil. Es esencial establecer criterios claros para ayudar a los Estados miembros a distinguir entre los CC.TT. que deben ser objeto de protección de conformidad con la legislación nacional, y los conocimientos generales que están disponibles para todos.

El Representante de la *Association des étudiants et chercheurs sur la gouvernance des états insulaires* (AECG) señaló que en el presente artículo quedaban cubiertos los aspectos fundamentales a fin de definir los CC.TT., pero que tenía que ser más concreto. Los conocimientos relativos a la actividad intelectual pueden ser conocimientos intangibles imposibles de reproducir y fijar de forma material. Además, en el párrafo 3 del artículo 1 no se establece cuál será el órgano sancionador ni los poderes de este. Expresó su deseo de que se conozca la identidad de dicho órgano y de que sea un órgano independiente de las autoridades públicas. Por ejemplo, podría crearse un organismo administrativo independiente que sería el responsable de velar por el cumplimiento de las medidas que se estipulan en el presente documento.

Glosario

La Delegación de España, en nombre de la Unión Europea y sus Estados miembros, afirmó que también podría ser necesario definir otros conceptos introducidos en el texto actual. En lo que respecta al instrumento internacional, sería muy útil incorporar un glosario de términos técnicos.

Dominio público

La Delegación de España, en nombre de la Unión Europea y sus Estados miembros, opinó que el concepto de dominio público es otro elemento fundamental de los debates, dado que establece que debe haber un equilibrio entre los derechos de los poseedores de la P.I. y los derechos de terceros. Es necesario seguir reflexionando acerca de lo que puede considerarse que pertenece al dominio público en el ámbito de los CC.TT. La Delegación reconoció que hay que estudiar esa cuestión y pidió a la Secretaría que prepare dicho estudio para presentarlo en la siguiente sesión del Comité.

La Delegación de Noruega señaló, como ya hicieran varias delegaciones en sesiones anteriores, que es necesario aclarar más qué se entiende en realidad por materia protegida, es decir cómo deben definirse los CC.TT. protegidos. Como parte de la aclaración, es particularmente importante encontrar el equilibrio adecuado entre los CC.TT. que reciben protección y los conocimientos que son del dominio público o han pasado a formar parte del mismo. En ese marco, no hay una opinión coherente sobre lo que significa realmente la noción de dominio público. A ese respecto, los artículos 3 y 4 son decisivos. Hay que relacionar estos dos artículos con el alcance seguro y apropiado de la protección de los CC.TT. El artículo 4 es particularmente importante. La Delegación señaló que toda obligación internacional en materia de protección de los CC.TT. debería aplicarse únicamente a los que están recogidos en la definición del artículo 3 y que además cumplen con todos los criterios estipulados en el artículo 4. Por consiguiente, los criterios en los que se basa la protección establecidos en el artículo 4 deberían ser acumulativos. Debe trazarse una línea de separación entre los CC.TT.

protegidos y los conocimientos que forman parte del dominio público. En la redacción anterior del apartado ii) del artículo 4 se señalaba un elemento esencial en cuanto a la delimitación de la protección de los CC.TT. Por lo tanto, se opone a la modificación propuesta de suprimir la palabra “particularmente”. Los criterios en los que se basa la protección de los CC.TT. tienen que estar particularmente vinculados a un pueblo o comunidad indígena o tradicional. Así se lograría que los conocimientos que pertenecen al dominio público queden fuera del alcance de la protección y cualquiera pueda seguir utilizándolos de forma gratuita. En primer lugar, el criterio de “particularmente vinculados” quiere decir que los conocimientos que han desarrollado por separado varias comunidades o pueblos tradicionales o indígenas o personas que no forman parte de una comunidad tradicional o un pueblo indígena, pertenecen al dominio público y cualquiera puede utilizarlos de forma gratuita. El hecho de que varios grupos de personas generen los mismos conocimientos y los desarrollen de manera independiente indica que no es justo otorgar a un determinado grupo derechos exclusivos sobre estos conocimientos. Éste es un ejemplo claro de conocimientos que deben considerarse como parte del dominio público. Este elemento importante no queda suficientemente claro si solo se enuncia el criterio “particularmente vinculados a un pueblo o comunidad indígena o tradicional”. La Delegación afirmó que la definición de los CC.TT. debe establecer claramente que los conocimientos que se desarrollan de forma independiente o que pertenecen a varios grupos de personas no gozan de la protección de los CC.TT. En segundo lugar, el criterio “particularmente vinculados a un pueblo o comunidad indígena o tradicional” significa que los conocimientos que inicialmente reunían las características de CC.TT. protegidos ya no gozarán de protección una vez que han sido ampliamente conocidos y utilizados por el público en general durante un período determinado. Según el artículo 9, los CC.TT. gozan de protección siempre que se cumplan los criterios establecidos en el artículo 4. Esto refleja los aspectos dinámicos del desarrollo y la difusión de conocimientos. Los conocimientos que en un momento determinado están protegidos pueden, en una fase ulterior, tener una difusión pública de tal magnitud que ya no sea razonable exigir el consentimiento para utilizar tales conocimientos. Es esencial establecer asimismo esa distinción entre los CC.TT. protegidos y los conocimientos que cualquiera puede utilizar de forma gratuita. La Delegación señaló que el criterio “particularmente vinculados a un pueblo o comunidad indígena o tradicional” por sí solo no basta para preservar esa distinción fundamental. La definición de CC.TT. protegidos debería aclarar de forma más explícita el criterio sobre cuándo debe considerarse que el conocimiento tradicional inicialmente protegido pasa a pertenecer al dominio público. Por lo tanto, el criterio básico es la difusión y el uso de los conocimientos fuera de la comunidad que los ha creado. Dijo que, como mínimo, éstos deben considerarse como parte del dominio público cuando se han difundido ampliamente fuera de la comunidad que los ha generado y, por consiguiente, el público puede acceder fácilmente a ellos a partir de otras fuentes ajenas a la comunidad que los ha generado o representantes de dicha comunidad. El criterio decisivo para determinar en qué momento los CC.TT. pasan a formar parte del dominio público será entonces el grado de difusión de los mismos fuera del grupo que los ha desarrollado. La forma en que se difundieron los conocimientos no debería contar para nada en esa evaluación, debe ser simplemente una evaluación objetiva. La idea de trazar una línea de separación entre los CC.TT. protegidos y los conocimientos que pertenecen al dominio público según el alcance de su difusión al público no quiere decir que éstos pierden su protección debido solamente a que alguien fuera de la comunidad ha obtenido los conocimientos o que se puede acceder a éstos fuera de la comunidad (entre otras cosas, mediante las bases de datos). Señaló que el propósito es evitar que se produzca una situación en la que una persona reclama derechos sobre conocimientos que han sido tan ampliamente difundidos que es justo considerar que todos pueden acceder a los mismos y utilizarlos de forma gratuita. Si se puede acceder a los CC.TT. protegidos también fuera de la comunidad del poseedor, a medida que pase el tiempo, éstos se difundirán de forma generalizada en tal magnitud que dará lugar a que los conocimientos ya no estén particularmente vinculados a un grupo determinado de personas y, por consiguiente, dejarán de estar protegidos. Esto es el resultado de características dinámicas que son consustanciales a todo conocimiento. Los conocimientos que en una fase pueden representar un aporte fundamental para el público, transcurrido un tiempo, pasan a formar parte de la base común de conocimientos. Ello se refleja en que la protección de otros tipos de conocimientos y obras tiene una duración limitada, por ejemplo, en el caso de las patentes o los derechos de autor.

La Delegación del Japón formuló la siguiente pregunta: ¿cómo se tratarían los conocimientos que pertenecen al dominio público y cómo se definiría el dominio público en este contexto?

El Representante de las Tribus Tulalip formuló observaciones sobre la cuestión fundamental del dominio público. Cuando se comparten los conocimientos, se comparten también responsabilidades y obligaciones. Esas responsabilidades y obligaciones seguirán existiendo durante un tiempo indeterminado. Y entre esas obligaciones se encuentra el uso de los conocimientos. Se trata de una cosmovisión indígena común en relación con sus sistemas de conocimientos, y hay un derecho consuetudinario sustantivo al respecto. El dominio público es un concepto occidental ideado para el comercio, y un acuerdo que se estableció con objeto de otorgar derechos de propiedad privada por un período de tiempo limitado tras el cual los conocimientos pasan a ser del dominio público. Un concepto de esa clase no existe necesariamente en los sistemas de conocimientos indígenas. Cuando se reclama que los CC.TT. pertenecen al dominio público, las demandas de sociedades muy grandes desplazan las de sociedades pequeñas, por ejemplo las comunidades indígenas. De los más de 6.000 millones de personas que hay en el planeta, 20 millones son indígenas. Esas reclamaciones llevarían a que los conocimientos indígenas pasaran al dominio público, utilizando por ejemplo el criterio de difusión. En primer lugar, los conocimientos podrían difundirse y limitarse su distribución pero a la larga se extenderían cada vez más. Y, si no existen mecanismos de protección, habría un flujo que los llevaría al dominio público. El Representante afirmó que si bien debe promoverse un dominio público fuerte, esas ideas deben elaborarse con sumo cuidado. Respaldó la solicitud de la Unión Europea de que se presente un informe, pero considera que en la elaboración de dicho informe han de participar los pueblos indígenas y las comunidades locales que pueden proporcionar aportes fundamentales.

El Representante de Tupaj Amaru señaló que la Delegación de España, haciendo uso de la palabra en nombre de la UE y sus Estados miembros, ha confundido las distintas cuestiones relacionadas con el dominio público y los usuarios, y unas condiciones de uso equilibradas y equitativas. Dijo que las modificaciones propuestas se apartan del tema. Los principales elementos de la cuestión en los que se basa el artículo 3 son qué debe ser objeto de protección y qué no, y las cuestiones relativas al dominio público. Durante muchos años los CC.TT. han sido utilizados y han sido objeto de apropiación y utilización indebidas durante 500 años como mínimo. Gran parte de los CC.TT. son secretos, incluso para los pueblos indígenas. Algunos CC.TT. se han transmitido de una generación a otra pero no forzosamente entre pueblos indígenas, y se han mantenido en un lugar muy secreto para que no fuera posible difundirlos o divulgarlos en el dominio público.

La Representante del *Indigenous Peoples Council on Biocolonialism* apoyó las observaciones realizadas por el Representante de las Tribus Tulalip de Washington en el sentido de que el concepto de dominio público no es compatible con los derechos que tienen los pueblos indígenas de controlar y proteger sus conocimientos. La Representante señaló que los conocimientos indígenas no pertenecen al dominio público, en particular si se han puesto a disposición del público sin el consentimiento explícito del pueblo indígena de que se trate.

El Representante del Consejo Saami opinó que el problema preciso es que se ha definido de forma equivocada el dominio público y que el concepto permitió la apropiación indebida de los CC.TT. de los pueblos indígenas. Debe decidirse qué clase de CC.TT. merecen ser protegidos para que no pasen a formar parte del dominio público, y no en sentido inverso.

Necesidad de equilibrio

La Representante del *Indigenous Peoples Council on Biocolonialism* afirmó que el artículo 3, en su versión inicial, tiene por objeto prevenir la apropiación y utilización indebidas de los CC.TT. En su forma modificada, el artículo 3 da a entender que los pueblos indígenas aportarán

gratuitamente sus conocimientos para que los utilicen otras personas. El texto modificado del párrafo c) está en contradicción con la necesidad de proteger primero los derechos de los poseedores de los conocimientos indígenas, en lugar de dar prioridad o ceder sus derechos en pro de los intereses del público en general. La Representante afirmó que los conocimientos indígenas han de beneficiar a los pueblos a los que pertenecen y que los sistemas de conocimientos indígenas son hereditarios, inalienables y se supone que existirán siempre como sistemas de conocimientos dinámicos y en constante evolución en tanto que haya pueblos indígenas. Sugirió que los Estados miembros estudien el texto que reconoce los derechos de los poseedores o propietarios de los CC.TT. y su derecho a proteger dichos conocimientos en el marco de sus derechos humanos.

Respecto del párrafo c), el Representante del Consejo Saami afirmó que tampoco sirve deliberar sobre el equilibrio de los intereses ya que podría ser un objetivo, pero no una parte de un párrafo dispositivo. Señaló además que no es necesario abordar la forma de definir la materia protegida ni el equilibrio dado que se hará cuando se haya llegado a un acuerdo sobre la materia protegida.

Definición de identidad cultural

La Delegación de Marruecos propuso que se aclare la definición de “identidad cultural”.

Patrimonio tradicional y obras artesanales

La Delegación de Omán propuso que en el artículo 3 se mencione el patrimonio tradicional y las obras artesanales.

Relación con los objetivos políticos

Al tomar nota de la pertinencia del objetivo político vi) “apoyar los sistemas de conocimientos tradicionales”, y la enmienda del párrafo 1 propuesta con el fin de incluir el término “intergeneracional”, la Delegación de Australia instó a proseguir los debates sobre la intención de esta enmienda, y la medida en que la definición de trabajo utilizada actualmente responde a las necesidades de los Estados miembros. Se trata de una cuestión compleja que requiere un examen más detenido. Señaló, en particular, el objetivo político ii) “promover el respeto” y objetivo político iii) “responder a las verdaderas necesidades de los poseedores de conocimientos tradicionales”. No está claro en qué medida una definición más precisa contribuiría al respeto de los sistemas de CC.TT. y a la integridad cultural. En cierto modo, una definición “abierto” permitiría responder mejor a las verdaderas necesidades de los distintos poseedores de CC.TT.

El Representante del Consejo Saami señaló que no considera útil añadir varios objetivos en esos artículos. Sería mejor mantener la estructura actual y que los objetivos se expongan en otra sección anterior.

El representante de la *Association des étudiants et chercheurs sur la gouvernance des états insulaires* (AECG) afirmó que la medida de compensación es de gran relevancia, puesto que permite que se compense a las poblaciones afectadas. No obstante, hay que elegir entre una medida persuasoria o una que no restrinja los CC.TT. Las medidas demasiado persuasorias alejan a los usuarios potenciales de los conocimientos en cuestión, y estos conocimientos acaban desapareciendo. Esta cuestión guarda relación con los derechos exclusivos. La pertenencia sobre unos derechos exclusivos no implica el derecho a prohibir por completo la

utilización de los conocimientos de que se trate. Se hizo mención de los objetivos políticos xiii) y xii).

Texto *sui generis*

El Representante de la *Association des étudiants et chercheurs sur la gouvernance des états insulaires* (AECG) señaló que el problema principal en el caso de Nueva Caledonia radica en saber quién es el autor individual de los CC.TT. Allí, todos los CC.TT. pertenecen a clanes, tribus o comunidades. Esta situación no se contempla en la legislación francesa, en la que es necesario conocer el autor para contar con protección en el marco del código de propiedad intelectual de Francia. Este es el motivo por el que solicita que se elabore un texto *sui generis* en el que tengan cabida todos los derechos colectivos.

Medida de compensación

El Representante de la *Association des étudiants et chercheurs sur la gouvernance des états insulaires* (AECG) afirmó que en el párrafo 3 del artículo 1 no se establece cuál será el órgano sancionador ni los poderes de este. Expresó su deseo de que se conozca la identidad de dicho órgano y de que sea un órgano independiente de las autoridades públicas. Por ejemplo, podría crearse un organismo administrativo independiente que sería el responsable de velar por el cumplimiento de las medidas que se estipulan en el presente documento.

Sugerencias de redacción de los observadores

El Representante de la Organización Regional Africana de la Propiedad Intelectual propuso que se añada, después del párrafo 2 del artículo 3, la frase “La elección concreta de términos para referirse al material protegido en el marco de los conocimientos tradicionales puede determinarse a escala nacional”.

La Representante del InBraPi propuso que en la línea 2 del párrafo 2 del artículo 3 se añada “llevada a cabo” después de “actividad intelectual”.

El Representante de la Cámara de Comercio Internacional sugirió que se elimine “y la utilización” e “y holísticas” del párrafo 1 del artículo 3, y que se añada “con arreglo a la definición de la legislación nacional” en el párrafo 2 del artículo 3.

La Representante del *Southeast Indigenous Peoples' Center* propuso añadir “Por ejemplo: métodos de gobierno, comerciales, matemáticos, de caza, de cría de animales, de pastoreo, de agricultura, de acuicultura, de pesca, de agrupamiento de animales, curativos, de crianza, nutricionales, de enterramiento, artísticos, de liderazgo, de construcción, de construcción naval, de establecimiento de la paz, guerreros y de fabricación de medicamentos; recetas tradicionales, fórmulas, esquemas, gráficos o instrucciones sobre cómo combinar elementos; información contenida en mapas, técnicas de elaboración de mapas, métodos conceptuales y fonéticos de narrativa escrita o de formación de patrones lingüísticos y del significado de los símbolos, conocimientos descubiertos en relación con restos humanos, enterramientos, y en representaciones realizadas por pueblos o naciones indígenas, o derivados de ellos...” al final del párrafo 2 del artículo 2.

ARTÍCULO 4

CRITERIOS EN LOS QUE SE BASA LA PROTECCIÓN

La protección [debe]⁹¹ deberá⁹² aplicarse [al menos]⁹³ a los conocimientos tradicionales que cumplan alguno de los siguientes requisitos⁹⁴:

- i) *[se crean, constituyen⁹⁵, desarrollan⁹⁶ y preservan en un contexto tradicional y se transmiten de una generación a otra; o⁹⁷*

- ii) *[están [particularmente⁹⁸] vinculados]] y son consuetudinariamente reconocidos como pertenecientes a⁹⁹ un pueblo, [o] comunidad indígena o tradicional, comunidad local¹⁰⁰ o grupo étnico¹⁰¹ que los preserva y transmite de una generación a otra; [y]o¹⁰²] se crean, constituyen y preservan en un contexto*

91 Delegación de los Estados Unidos de América. La Delegación asumió que no era necesario que se volviera a insertar “debe”, que se sustituyó por “deberá”.

92 Delegación de la República Bolivariana de Venezuela e Indonesia.

93 Delegación de la República Bolivariana de Venezuela. La Delegación de la India se opuso.

94 Delegación de la India.

95 Delegación del Sudán.

96 Delegación de Marruecos. La Delegación propuso añadir “constituyen, desarrollan” de manera que todos estos factores tengan que ser compatibles.

97 Delegación de la India.

98 Delegación de la India y del Sudán. Las Delegaciones de Noruega y de los Estados Unidos de América se opusieron. La Delegación de Noruega señaló que debe trazarse una línea de separación entre los CC.TT. protegidos y los conocimientos que forman parte del dominio público. El término “particularmente” señala un elemento esencial en cuanto a la delimitación de la protección de los CC.TT. Por lo tanto, se opone a suprimirlo. Los criterios en los que se basa la protección de los CC.TT. tienen que estar particularmente vinculados a un pueblo o comunidad indígena o tradicional. Así se lograría que los conocimientos que pertenecen al dominio público queden fuera del alcance de la protección y cualquiera pueda seguir utilizándolos de forma gratuita. En primer lugar, el criterio de “particularmente vinculados” quiere decir que los conocimientos que han desarrollado por separado varias comunidades o pueblos tradicionales o indígenas o/y personas que no forman parte de una comunidad tradicional o un pueblo indígena, pertenecen al dominio público y cualquiera puede utilizarlos de forma gratuita. El hecho de que varios grupos de personas generen los mismos conocimientos y los desarrollen de manera independiente indica que no es justo otorgar a un determinado grupo derechos exclusivos sobre estos conocimientos. Éste es un ejemplo claro de conocimientos que deben considerarse como parte del dominio público. Este elemento importante no queda suficientemente claro si solo se enuncia el criterio “particularmente vinculados a un pueblo o comunidad indígena o tradicional”. La Delegación afirmó que la definición de los CC.TT. debe establecer claramente que los conocimientos que se desarrollan de forma independiente o que pertenecen a varios grupos de personas no gozan de la protección de los CC.TT. En segundo lugar, el criterio “particularmente vinculados a un pueblo o comunidad indígena o tradicional” significa que los conocimientos que inicialmente reunían las características de CC.TT. protegidos ya no gozarán de protección una vez que han sido ampliamente conocidos y utilizados por el público en general durante un período determinado. La Delegación señaló que el criterio “particularmente vinculados a un pueblo o comunidad indígena o tradicional” por sí solo no basta para preservar esa distinción fundamental. La Delegación de los Estados Unidos de América señaló que el término “particularmente” tiene un significado especial y refleja que los CC.TT. están asociados de modo característico con la comunidad indígena y no con el público en su conjunto.

99 Delegación de Marruecos. La Delegación de Marruecos propuso sustituir “están particularmente vinculados a” por “son consuetudinariamente reconocidos como pertenecientes a”.

100 Delegación de los Estados Unidos de América.

101 Delegación de China. La Delegación señaló que, en China, los CC.TT. pertenecen a veces grupos étnicos.

102 Delegación de la India.

tradicional y se comparten de forma colectiva o en el seno de una comunidad, y se suelen transmitir de una generación a otra; y/o¹⁰³

- iii) [son parte integrante de] la identidad cultural de¹⁰⁴ [una nación y¹⁰⁵] una comunidad [indígena] local¹⁰⁶ o tradicional, [o] de la identidad cultural de¹⁰⁷ un pueblo o grupo étnico¹⁰⁸ que es reconocido como su poseedor porque sobre ellos ejerce su custodia, conservación, pertenencia colectiva o responsabilidad cultural. Esta relación podría expresarse oficial u oficiosamente en las prácticas, protocolos o leyes consuetudinarios o tradicionales o en leyes nacionales aplicables¹⁰⁹; y
- iv) [no se han hecho públicos;]¹¹⁰ [no se han difundido ampliamente y voluntariamente fuera de la comunidad;]¹¹¹
- v) están contenidos en sistemas codificados de conocimientos;
- vi) son transmitidos de generación en generación, y tal vez no se limiten necesariamente a una comunidad.¹¹²

¹⁰³ Delegación de Colombia. La Delegación unió los puntos i) y ii) del artículo 4.
¹⁰⁴ La Delegación de la India propuso que se elimine “son parte integrante de la identidad cultural de”. La Delegación de México se opuso. La Delegación del Uruguay propuso que se elimine “la identidad cultural de”.
¹⁰⁵ Delegación de Marruecos. La Delegación señaló que una nación es parte de la identidad cultural de un pueblo o una nación.
¹⁰⁶ Delegación de Zambia. La Delegación afirmó que este artículo refleja con la misma imparcialidad su proyecto de Ley y propuso para el mismo la siguiente redacción: “...son parte integrante de la identidad cultural de una comunidad local o tradicional que es reconocida como...”.
¹⁰⁷ Delegación del Uruguay.
¹⁰⁸ Delegación de China. Véase la nota 96.
¹⁰⁹ Delegación de Indonesia.
¹¹⁰ Delegación de los Estados Unidos de América. La Delegación de la República Bolivariana de Venezuela se opuso. La Delegación afirmó que los conceptos de “dominio público” y “dominio privado” se refieren en realidad a la propiedad pública y privada, incluido el derecho legal que ha sido examinado en los tribunales. Esta cuestión no está clara. Las legislaciones que abordan los conceptos de dominio público o privado varían de un país a otro y de una sociedad a otra. La Delegación afirmó que incluir debates en este ámbito crearía condiciones desfavorables y que no estén en consonancia con los objetivos del documento.
¹¹¹ Delegación de Noruega. La Delegación de Turquía coincidió con la Delegación de Noruega. La Delegación de la República Bolivariana de Venezuela refutó esta opinión porque si se utiliza la expresión “difundido ampliamente” o “difundido voluntariamente”, se planteará la pregunta de difundido entre quiénes, cuándo y dónde. La Delegación de Noruega respondió a los comentarios relativos a la expresión “fuera de la comunidad”. No se plantearon sugerencias sobre la forma de definir una comunidad, por lo que propuso redactar un texto que tenga en cuenta el problema planteado por otras delegaciones y representantes.
¹¹² Delegación de la India. La Delegación reiteró que cumplir con cualquiera de las condiciones debería ser suficiente para recibir protección.

COMENTARIOS SOBRE EL ARTÍCULO 4

En esta disposición se aclaran las cualidades mínimas que deberían tener los CC.TT. para ser protegidos contra la apropiación indebida conforme a las presentes disposiciones. Nuevamente, sin inmiscuirse en el terreno tradicional, esta disposición podría ayudar a fijar los criterios que deberían cumplir los CC.TT. para garantizar su protección contra la apropiación indebida por terceras partes en el entorno externo, más allá del contexto tradicional. Deja abierta la posibilidad de una protección más amplia en cuanto a su aplicación, cuando sea conforme a decisiones y necesidades nacionales particulares.

Esta disposición se inspira en los criterios aplicados en las leyes nacionales *sui generis* vigentes en el ámbito de la protección de los CC.TT., y en los amplios debates celebrados en el Comité en relación con los criterios aplicables a la protección de los CC.TT. Esas leyes nacionales y los debates del Comité se refieren a criterios diversos, pero se han hallado elementos comunes. En la presente disposición se articulan esos elementos comunes: en esencia, siempre y cuando los CC.TT. tengan i) un carácter tradicional e intergeneracional, ii) una identificación distintiva con sus poseedores tradicionales, y iii) una suerte de vínculo con la identidad de la comunidad poseedora de los CC.TT. (que es más amplia que las formas de “pertenencia” reconocidas convencionalmente y abarca conceptos como el de custodia). Por ejemplo, los CC.TT. pueden ser parte integrante de la identidad de una comunidad indígena o tradicional si ésta se siente obligada a preservar, utilizar y transmitir adecuadamente los conocimientos entre los miembros del pueblo o comunidad, o si tiene el sentimiento de que la apropiación indebida o el uso ofensivo de los CC.TT. resultarían nocivos. Las legislaciones nacionales vigentes pueden ofrecer cierta información acerca de estos conceptos. Por ejemplo, en la Ley de Artes y Artesanía Indígenas de los Estados Unidos de América se especifica que se considera que un producto es de una tribu determinada cuando “se identifica como origen de un producto una tribu indígena determinada o una organización de artes y artesanía indígenas determinada”¹¹³. Esto podría consistir en una forma de “vinculación especial”, como se indica en el subpárrafo ii).

La presente disposición se basa en la descripción general de los CC.TT. que figura en el artículo 3, y se relaciona con el concepto de los beneficiarios de la protección, que quedan definidos en el artículo 5. En su conjunto, estos tres artículos aclaran el vínculo tradicional mínimo que ha de existir entre los CC.TT. y sus poseedores para que se pueda garantizar la protección contra la apropiación indebida en virtud de las presentes disposiciones. No queda excluido un marco de protección más amplio, puesto que estos artículos solo definen una norma mínima (ésta es la intención de la expresión “al menos”, que figura en el encabezamiento). No obstante, el uso de la expresión “al menos” en el encabezamiento de la disposición deja claro que los encargados de formular políticas pueden optar por criterios más inclusivos para tener en cuenta el contexto y las necesidades nacionales.

Comentarios y preguntas formulados

Criterios

La Delegación del Camerún señaló que en el artículo 4 no debería aplicarse un método de acumulación de criterios. Y añadió que el único criterio de protección necesario es el que se expone en el punto iii) de ese artículo.

La Delegación de El Salvador señaló que la protección debería ser más amplia.

¹¹³ (Artículo 309.2 f), 25 CFR Capítulo II 309 (Protección de los productos de las artes y la artesanía indígenas)).

La Delegación de los Estados Unidos de América preguntó si los conocimientos tradicionales creados por una única persona física serían susceptibles de recibir protección y cuál es el fundamento para ello. Preguntó además cuáles son los motivos de establecer protección para determinadas innovaciones en el marco del sistema de protección de los CC.TT. y de otras innovaciones en el marco del sistema de patentes.

La Delegación de Australia señaló la inserción de la palabra “o”, sin embargo se interrogó sobre la medida en que los criterios no acumulativos en los que se basa la protección satisficían las necesidades o intereses de los poseedores de CC.TT. Un tema constantemente presente en los debates internacionales sobre los CC.TT. se refiere al hecho de que los CC.TT., de forma general: i) son propiedad de, ii) están asociados con y iii) relacionados con la identidad cultural de una comunidad como se refleja en el artículo 5. Una visión basada en criterios no acumulativos respecto al derecho a la protección ofrece un ámbito más amplio, y ello planteaba el principio de reconocimiento de las características específicas de los conocimientos tradicionales enunciados en el principio i). Este principio no acumulativo también planteaba la cuestión de saber si una “definición” estricta estaba adaptada a la diversidad de poseedores de CC.TT. Solicitó que este principio fuera objeto de un debate más detenido en relación con los criterios en los que se basa la protección.

Definición de CC.TT.

La Delegación de Australia dijo que deben examinarse más detenidamente las definiciones así como las flexibilidades necesarias en las distintas circunstancias locales. En particular, por ejemplo, se preguntó en qué modo alude la formulación del artículo 4 a la posible protección de los conocimientos tradicionales producidos por una generación contemporánea.

La Delegación de la India sugirió que se incluyan los CC.TT. que ya no se limitan a una comunidad sino que son utilizados de forma generalizada. Dijo que los sistemas de conocimientos codificados abarcan la medicina, la agricultura y el medio ambiente tradicionales, que están codificados por escrito desde la antigüedad y se transmiten de generación en generación por medio de dichos escritos o mediante cursos oficiales de estudio.

Propuesta de añadir “no se han hecho públicos”

El Representante de las Tribus Tulalip formuló comentarios sobre la propuesta de añadir “no se han hecho públicos” realizada por la Delegación de los Estados Unidos de América. Aparentemente, esa propuesta impone condiciones a los pueblos indígenas para utilizar sus conocimientos. Cuando los pueblos indígenas utilizan los conocimientos, a menudo los difunden entre ellos. Por ejemplo, una canción familiar que posee una familia individual podría cantarse en público, otras personas tal vez conozcan la canción y también la música. Otras personas procedentes de fuera de la comunidad llegan y ven la ceremonia que es pública. Ahora bien, en virtud del derecho consuetudinario, eso no otorga a otros el derecho a utilizar esa canción familiar. El Representante señaló que, por lo tanto, se trata de una condición previa que impone criterios externos a los sistemas de conocimientos indígenas, y espera que retiren la propuesta.

El Representante del *Ethio-Africa Diaspora Union Millennium Council* apoyó las declaraciones del Representante de las Tribus Tulalip. Señaló que la relación entre las comunidades, los pueblos indígenas y sus conocimientos se ha complicado debido al dominio público. No es necesario lograr el equilibrio. Sin embargo, no se puede hacer prevalecer el dominio público sobre los derechos.

Propuesta de decir “no se han difundido ampliamente y voluntariamente fuera de la comunidad”

El Representante de las Tribus Tulalip dijo que sigue habiendo un problema y espera que se ponga entre corchetes porque no está claro. Por ejemplo, en el caso en que los pueblos indígenas han compartido algunos conocimientos con un investigador académico, pero no conocen el sistema de publicación o lo que sucederá una vez se publiquen los conocimientos. No hay duda de que han sido compartidos de forma voluntaria y se han difundido. La cuestión es si cumplen los criterios para la protección. Reiteró que si es necesario reflejar las ideas y los conceptos de los pueblos indígenas, éstos han de dar el consentimiento fundamentado previo para hacerlo. Hay que examinar más en profundidad la cuestión del carácter voluntario en este ámbito.

El Representante del *Indigenous People (Bethechilokono) of Saint Lucia Governing Council* (BGC), afirmó que la propuesta formulada por la Delegación de Noruega arremete indudablemente contra los pueblos indígenas de Santa Lucía que pueden encontrarse en 17 circunscripciones de los alrededores de Santa Lucía. El Representante señaló que le resulta muy difícil aceptar esa propuesta ya que les plantearía algunos problemas. Dijo que desea colaborar con la Delegación de Noruega para resolver este asunto concreto ya que es imperativo que los países desarrollados comprendan exactamente de dónde procede. En la región del Caribe tienen una situación excepcional que ha de tomarse en consideración.

Relación con el artículo 3

La Delegación del Brasil propuso que el texto del punto i) del artículo 4 se incluya en el párrafo 2 del artículo 3.

Ubicación

La Delegación del Canadá sugirió que el artículo 3 (Alcance general de la materia protegida) debería ser el artículo 1, y que los Criterios en los que se basa la protección deberían pasar a ser el artículo 2. La Delegación de Marruecos apoyó los comentarios formulados por la Delegación del Canadá

Términos utilizados en el artículo 4

La Delegación de Italia señaló que en el documento deberían utilizarse los mismos términos. Por ejemplo, los términos “pueblo o comunidad” que se utilizan en el párrafo 2 del artículo 3 deberían emplearse también en el artículo 4. Destacó además que es necesario precisar el alcance del término “comunidad local”.

La Delegación del Uruguay propuso que se aclaren los términos “pueblo o comunidad indígena o tradicional” e “identidad cultural”.

La Delegación de Australia señaló que las sugerencias en relación con el párrafo iii) se centran en esa parte del artículo 4 sobre los poseedores y no en los propios conocimientos. Solicitó que se examine más detenidamente si los criterios en los que se basa la protección están centrados en la naturaleza de los propios conocimientos, o en la naturaleza de los poseedores de conocimientos. Otra cuestión relativa a los criterios en los que se basa la protección se refiere a las reclamaciones concurrentes entre poseedores de CC.TT. que satisfacen los criterios pero que tienen identidades culturales distintas. Esta fue una cuestión fundamental que exigía un examen más detenido.

La Delegación del Canadá afirmó que la definición de comunidades indígenas o tradicionales aclarará a quiénes se incluye en esos grupos y si se excluye a los grupos no indígenas.

El Representante del *Indigenous Peoples (Bethechilokono) of Saint Lucia Governing Council* señaló que el término “pueblo o comunidad indígena o tradicional” que figura en el punto ii) del artículo 4 es confuso. Y añadió que debería ofrecerse una explicación tras mantener consultas al margen del CIG con miras a elaborar un estudio de los términos.

Medicina tradicional

La Delegación de la India señaló que debería presentarse más documentación jurídica por escrito. Añadió que los conocimientos de medicina tradicional no siempre están vinculados a las comunidades.

La Delegación de Nigeria sugirió que el punto iii) del artículo 4 debería incluir una referencia al carácter de la pertenencia de los conocimientos de medicina tradicional y, en particular, a la dinámica del uso intergeneracional que se haga de ellos así como de su creación, preservación y transmisión.

Relación con los objetivos políticos

La Delegación del Canadá dijo que el artículo 4 es incompatible con el objetivo de promover la innovación y la creatividad, y mejorar la transparencia y el respeto mutuo ya que dispone la protección permanente y no considera la posibilidad de que pasen a formar parte del dominio público. Por lo tanto, este artículo despierta gran preocupación entre creadores y usuarios, y ello repercute en los intereses del público en su conjunto. Añadió que es necesario que esa disposición guarde un cierto grado de equilibrio.

Sugerencias de redacción de los observadores

La Representante del *Arts Law Center* de Australia propuso que se suprima el término “particularmente” que figura en el punto ii) del artículo 4. Propuso además que el término “indígena” se escriba con “I” mayúscula inicial.

El Representante del Consejo Saami dijo que los criterios expuestos en el apartado i), en su formulación actual, limitan las reclamaciones demasiado porque dan a entender que los CC.TT. susceptibles de protección han ser utilizados en la comunidad. El Representante sugirió sustituir las palabras “se crean, preservan” que inician la frase por las palabras “han sido creados, preservados”. En los apartados ii) y iii) se aborda la cuestión de que los CC.TT. deberían además estar asociados a la cultura y el pueblo específicos pero no deberían aplicarse. Por tanto, debe suprimirse la palabra “is” en el primer apartado y añadirse al principio de los apartados ii) y iii) (no afecta a la versión en español). La modificación importante es sustituir las palabras “se crean, preservan” del apartado i) por las palabras “han sido creados, preservados”.

El Representante de la Cámara de Comercio Internacional propuso incluir un nuevo párrafo “La protección no se aplicará a los conocimientos tradicionales que se hagan conocidos fuera de su contexto tradicional”.

El Representante de la *Association des étudiants et chercheurs sur la gouvernance des états insulaires* (AECG) propuso añadir la expresión “se adquieren” en el apartado i) del artículo 4 y reemplazar la palabra “vinculados” por “reconocidos” en el apartado ii) del artículo 4. El motivo por el que debe emplearse la expresión “se adquieren” es que algunos CC.TT. se adquieren por medio de intercambios consuetudinarios (trueques) entre las tribus indígenas y las comunidades

locales. En algunos casos, aquellas son castas. Estos conocimientos se acaban convirtiendo en parte de su patrimonio que ha de ser protegido y transmitido a las generaciones futuras. Como se señaló con anterioridad, el poseedor también puede tener la consideración de custodio o de entidad a la que se atribuye cierta responsabilidad en el seno de la comunidad.

La Representante del *Southeast Indigenous Peoples' Center* propuso añadir “por los pueblos o naciones indígenas” después de “reconocidos” en el apartado ii) del artículo 4. Propuso eliminar “o grupo étnico” del apartado ii) del artículo 4. En cuanto al apartado iii) del artículo 4, sugirió que se inserte “indígenas” después de leyes nacionales”.

ARTÍCULO 5

BENEFICIARIOS DE LA PROTECCIÓN

La protección de los conocimientos tradicionales debe redundar en beneficio de las comunidades que generan, protegen,¹¹⁴ preservan y transmiten los conocimientos en un contexto tradicional de una generación a otra, [y se asocian]¹¹⁵ y se identifican con ellos de conformidad con el artículo 4. La protección debe por lo tanto beneficiar a las comunidades indígenas y tradicionales o locales¹¹⁶ que detienen conocimientos tradicionales de ese modo, [así como a ciertos individuos que gozan de reconocimiento en el seno de estos pueblos y comunidades]¹¹⁷ ciertos individuos en el seno de las comunidades que son reconocidos, conforme a los protocolos, leyes y prácticas consuetudinarias, como los poseedores de los conocimientos de la comunidad, o que son designados administradores de esos conocimientos por los procesos, costumbres o instituciones tradicionales apropiadas¹¹⁸ /teniendo en cuenta especialmente a los individuos que ejercen como custodios de dichos conocimientos y que gozan de reconocimiento especial en el seno de estos pueblos y comunidades.¹¹⁹ [En la medida de lo posible y si resulta adecuado]¹²⁰, [a la hora de conceder] [e]l derecho a gozar de los beneficios de la protección debe[n tenerse en cuenta] concederse conforme a¹²¹ los protocolos, acuerdos, leyes y prácticas consuetudinarios de esos pueblos y comunidades.

Cuando se trata de conocimientos tradicionales codificados, ya sea en la forma de antiguos escritos o bibliotecas digitales de textos públicos, o en caso de que los conocimientos no se limiten a una comunidad sino que se utilicen de forma generalizada, la legislación pertinente de los Estados miembros dispondrá la determinación del beneficiario.¹²²

-
- ¹¹⁴ Delegación de los Estados Unidos de América. Si los conocimientos no se protegen en las comunidades indígenas y locales, la comunidad internacional tampoco debe tener la obligación de proteger esa información.
- ¹¹⁵ Delegación de Suiza. A la delegación no le queda claro el significado de la frase “y se asocian y se identifican con ellos de conformidad con el artículo 4”. Dijo que no está segura de cuál es el requisito adicional si se compara con los apartados ii) y iii) del artículo 4 que dice “asociados a” e “identidad cultural”.
- ¹¹⁶ Delegación del Uruguay. En algunas partes del documento se utiliza la expresión “comunidades tradicionales y otras comunidades locales”. Parece haber un problema de definición. No debería excluirse a nadie. Hay una diferencia entre comunidades tradicionales y locales y la Delegación es consciente de ello. Sugirió insertar las palabras “o locales” hasta que se decida cómo se definirán los distintos grupos.
- ¹¹⁷ Delegaciones de Zambia y Colombia.
- ¹¹⁸ Delegación de Zambia. No queda claro quiénes les otorgan reconocimiento, conforme a qué legislación y si también podría ser una persona ajena a la comunidad. La última frase aumenta la ambigüedad ya que da a entender que la ley consuetudinaria es una de las leyes que debe tenerse en cuenta en la identificación de esas personas. Asimismo, señaló que en el marco de su proyecto de Ley se reconoce como beneficiarios a “ciertos individuos en el seno de las comunidades que son reconocidos, conforme a los protocolos, leyes y prácticas consuetudinarias, como los poseedores de los conocimientos de la comunidad, o que son designados administradores de esos conocimientos por los procesos, costumbres o instituciones tradicionales apropiados”.
- ¹¹⁹ Delegación de Colombia.
- ¹²⁰ Delegación de Colombia.
- ¹²¹ Delegación de los Estados Unidos de América. Han de ser los protocolos consuetudinarios los que sustenten el beneficio que supone la protección, no necesariamente la legislación nacional.
- ¹²² Delegación de la India.

COMENTARIOS SOBRE EL ARTÍCULO 5

Los principios anteriores se han centrado en la materia protegida. En esta disposición se trata de aclarar quién debería beneficiarse principalmente de la protección de los CC.TT. Se articula en ella el principio según el cual los beneficiarios deberían ser los poseedores tradicionales de los CC.TT. Esto se basa en la práctica establecida en los sistemas nacionales vigentes y es un tema recurrente en los debates internacionales sobre CC.TT. En las propuestas relativas a los marcos de protección internacionales, también se adopta el mismo enfoque.

Dado que, en general, una comunidad es poseedora de los CC.TT. asociados y relacionados con su identidad cultural, el principio básico estipula que esa comunidad se beneficiará colectivamente de la protección. Sin embargo, los estudios y casos reales han demostrado que, en alguna ocasión, un miembro individual de una comunidad puede gozar de prerrogativas específicas con respecto a los beneficios derivados de la utilización de los CC.TT., tal como sucede con ciertos curanderos tradicionales o campesinos particulares que trabajan en el seno de la comunidad. En esta disposición, se aclara por lo tanto que entre los beneficiarios pueden también incluirse personas que gozan de cierto reconocimiento en la comunidad. Habitualmente, ese reconocimiento se otorga o se reconoce a través de acuerdos, protocolos y leyes consuetudinarios.

El derecho al disfrute y a la participación en los beneficios dentro de una comunidad (con inclusión del reconocimiento de las prerrogativas de ciertos individuos) puede regirse por el derecho y las prácticas consuetudinarios que la propia comunidad aplique. Es un aspecto esencial con respecto al cual los mecanismos jurídicos externos de protección de los CC.TT. pueden tener que reconocer y respetar las leyes, los protocolos y las prácticas consuetudinarios. La jurisprudencia señala que las penalidades impuestas por violación de la P.I. pueden distribuirse de conformidad con las leyes consuetudinarias. Las condiciones mutuamente convenidas para el acceso y los acuerdos de participación en los beneficios también pueden dotar de efectos prácticos a las leyes y los protocolos consuetudinarios, ya que permiten que las comunidades identifiquen a los beneficiarios de la protección conforme a sus propias leyes, prácticas y acuerdos. Esta posibilidad queda recogida en la tercera frase.

Esta disposición refleja un equilibrio entre las distintas formas de custodia de los CC.TT. a escala nacional y en la comunidad, y la necesidad de contar con orientaciones relativas a la identificación de los beneficiarios de la protección, lo cual implica una solución de transacción en la que quepan la flexibilidad y la exhaustividad, por una parte, y la precisión y la claridad, por otra. La legislación vigente a escala nacional y en la comunidad ya permite definir a las comunidades susceptibles de gozar de la protección. (Véase el debate pormenorizado sobre esta cuestión reflejado en el documento WIPO/GRTKF/IC/8/6). En lugar de intentar crear un nuevo corpus de leyes *ab initio* en relación con la identidad de las comunidades indígenas y otras comunidades locales, el presente texto permite actualmente referirse a las leyes nacionales del país de origen a la hora de determinar estas cuestiones. Las leyes pertinentes a escala nacional o local pueden definir cuáles son las comunidades o los individuos pertinentes.¹²³

¹²³

Por ejemplo, la Ley de Artes y Artesanía Indígenas de los Estados Unidos, citada en el documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF/6, especifica que el término "tribu indígena" se refiere a "cualquier tribu indígena, grupo, nación, pueblo nativo de Alaska u otro grupo organizado o comunidad susceptible de beneficiarse... los Estados Unidos...; o 2) cualquier grupo indígena que haya sido reconocido formalmente como tribu indígena por parte de los órganos legislativos de un Estado o por una comisión u organización estatal similar investida de la potestad legislativa del Estado para reconocer a una tribu como indígena". (Artículo 309.2.e), 25 CFR Capítulo II 309).

Comentarios y preguntas formulados

Relación con el Artículo 4

En relación con los comentarios relativos al artículo 4, la Delegación de China estimó que a la hora de determinar los beneficiarios de la protección, convendría tener en cuenta la existencia de grupos étnicos como custodios de los CC.TT. Además, la transmisión de los CC.TT. no deberá afectar el carácter único de su fuente original, con el fin de asegurar el respeto y la protección de sus fuentes y creadores de origen.

La Delegación de Australia señaló que era necesario examinar las sugerencias relativas a los criterios en los que se basa la protección definidos en el artículo 4 a la luz de los beneficiarios de la protección en esta parte.

La Delegación de la India dijo que incluso en el caso de que los CC.TT. hayan perdido su identidad comunitaria y sean utilizados por muchas personas, el beneficio debe fluir hacia la comunidad. En esos casos, la institución/autoridad definida por la legislación nacional debería ser la beneficiaria y ésta ha de revertir el beneficio a la comunidad o las comunidades identificables que en ese momento preservan, conservan y transmiten los CC.TT. La forma de garantizar esto puede dejarse a cargo de la legislación nacional. No debería hacerse ninguna referencia al artículo 4 si no se amplía para abarcar todas las formas de CC.TT. Deben respetarse los siguientes principios: i) el derecho corresponde a la comunidad si se identifica con los CC.TT.; ii) el derecho de la autoridad nacional a ser la beneficiaria en caso de que los CC.TT. no tengan relación directa con una comunidad y que compartan el beneficio con la comunidad que los creó en un principio y los protege y promueve en la actualidad.

La Delegación de Marruecos afirmó que el artículo 4 es mucho más detallado que el artículo 5. En el artículo 5 se hace referencia únicamente a las comunidades indígenas y tradicionales. En cambio, en otras partes del documento, se mencionan las comunidades locales, e incluso se habla de pueblos o naciones. Por consiguiente, debe velarse por que los artículos 4 y 5 estén en total consonancia entre sí y se redacten de manera uniforme.

Legislación nacional

La Delegación de Australia señaló que el comentario sugería que era posible hacer referencia a la legislación nacional para que estatuyera en la materia. Solicitó que se realice un examen más detenido sobre la medida en que ese punto se refleja en esta parte.

Contexto tradicional

La Delegación de Australia señaló que una cuestión fundamental que debe examinarse es la vinculación entre el contexto tradicional y el derecho a la protección. También señaló que la expresión de la última frase pone de manifiesto un vínculo entre el custodio tradicional y la identificación de los beneficiarios que sería útil examinar más detenidamente.

“Detienen” o “poseen”

La Delegación del Perú señaló que en la versión española dice que la protección “debe por lo tanto beneficiar a las comunidades indígenas y tradicionales que detienen conocimientos tradicionales de ese modo”. La Delegación indicó que la palabra “detienen” que figura en el texto en español tal vez no sea la más apropiada. Sugirió que se utilice en su lugar la palabra “poseen”. Indicó que si bien es probable que sea un problema de traducción, espera que conste en actas que su Delegación prefiere la palabra “poseen” en lugar de “detienen”.

Propuesta en relación con “protegen”

El Representante de las Tribus Tulalip pidió que se aclare cuál es el propósito de insertar esa palabra. El Representante volvió a referirse a la cuestión de esas comunidades en las que tal vez se compartan los conocimientos de forma ingenua o con una percepción distinta a la que tienen las personas con quienes los comparten. La cuestión reside en si se consideraría que estas comunidades no han adoptado las medidas para proteger sus conocimientos. El término protección da por supuesto que se comprende qué sucede cuando se comparten o transmiten los conocimientos. Numerosos pueblos indígenas nunca han tenido mucha relación con el sistema occidental de P.I. Ellos no comprenden que cuando se comparten los conocimientos de inmediato pasan a estar regidos por el sistema occidental de P.I. y su destino será finalmente pasar a formar parte del dominio público. Por tanto, el Representante señaló que utilizar esta palabra sin restricciones plantea un problema.

Relación con el Artículo 1

La Delegación de Marruecos afirmó que ya se ha hecho referencia a los beneficiarios de la protección. Debe quedar totalmente claro desde el principio del artículo en qué beneficiarios se hará hincapié. Quiénes deben ser los beneficiarios de la protección conforme a lo que se ha decidido en el artículo 1 dado que en ese artículo se menciona el término protección. Convendría aclarar muy bien que esos beneficiarios van a recibir los beneficios de la protección, como se dispone y define en el artículo 1.

Beneficiarios de los CC.TT. específicos

La Delegación del Japón formuló las siguientes preguntas: 1) ¿Cómo pueden determinarse los beneficiarios de los CC.TT. específicos? 2) ¿Cuáles son los requisitos objetivos para definir quiénes son los beneficiarios de los CC.TT. específicos? Por ejemplo, ¿es necesario un vínculo biológico de parentesco? 3) ¿Cómo se podría garantizar a los usuarios la previsibilidad a este respecto?

Generalidades

El Representante de la *Association des étudiants et chercheurs sur la gouvernance des états insulaires* (AECG) afirmó que se corre el riesgo de que determinados usos consuetudinarios no escritos y que, por consiguiente, los miembros más distinguidos pueden adaptar según su voluntad, debiliten el artículo en su totalidad. Por lo tanto, no cabe duda de que hay que analizar esta disposición con más detenimiento.

ARTÍCULO 6

PARTICIPACIÓN [JUSTA] DIRECTA¹²⁴ Y EQUITATIVA EN LOS BENEFICIOS Y RECONOCIMIENTO DE LOS POSEEDORES DE LOS CONOCIMIENTOS

[La protección debe reflejar la necesidad de que haya un justo equilibrio entre los derechos y los intereses de quienes desarrollan, preservan y perpetúan los conocimientos tradicionales, a saber, los poseedores de los conocimientos tradicionales, y los de quienes los utilizan y disfrutan de ellos].¹²⁵

1. [[Los beneficios de la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y locales¹²⁶, en la forma expuesta en el artículo 4, a los que [Cuando los conocimientos tradicionales están protegidos en virtud del artículo 4.]¹²⁷ sus poseedores

¹²⁴ Delegación de Panamá. La palabra “justa” contradice de alguna manera el derecho a la participación directa o el intercambio directo dado que las comunidades indígenas no tienen acceso directo a esos beneficios. Por tanto, propuso sustituir la palabra “justa” por “directa”.

¹²⁵ Delegación del Canadá. Destacó de forma reiterada que es fundamental el equilibrio entre los intereses de los poseedores de los CC.TT. y los intereses de la sociedad en su conjunto. En el texto propuesto quedaría reflejada su preocupación en cuanto a los intereses de la sociedad en general y la protección del dominio público. Las Delegaciones de Australia y los Estados Unidos de América coincidieron con la Delegación del Canadá.

La Delegación de Australia dijo además que el principio i) relativo al reconocimiento de las características específicas de los CC.TT. es importante.

La Delegación de los Estados Unidos de América afirmó que la noción de equilibrio es decisiva, al igual que en todas las formas de propiedad, ya sean bienes raíces o propiedad intelectual tradicional.

Las Delegaciones de Zambia, la India y Bolivia (Estado Plurinacional de) se opusieron.

La Delegación de Zambia afirmó que el instrumento que el Comité intenta elaborar es *sui generis*. No entra necesariamente dentro del régimen de P.I. en el que ha de lograrse el equilibrio entre usuarios y poseedores de la propiedad. Por lo tanto, sugirió que tal vez la propuesta de lograr el equilibrio en su totalidad esté fuera de lugar. Se trata de una cuestión que deben abordar las comunidades cuando lo consideren conveniente.

La Delegación de la India señaló que debe definirse claramente qué derecho tiene el poseedor de los CC.TT. y ello velará por el equilibrio. Ese párrafo añadido específico no debe formar parte de las disposiciones sustantivas del texto jurídico. Debería incluirse en los principios rectores. De hecho, es necesario seguir examinando la cuestión en su totalidad porque solo puede lograrse el equilibrio una vez que los derechos hayan sido definidos. En el documento todavía no se han definido los derechos.

La Delegación de Bolivia (Estado Plurinacional de) sostuvo que se podría poner a modo de preámbulo.

¹²⁶ Delegación de Panamá.

¹²⁷ Delegación de los Estados Unidos de América. La Delegación sugirió que se suprima “Los beneficios de la protección de los conocimientos tradicionales a los que” y se sustituya por “Cuando los conocimientos tradicionales están protegidos,” y que se reemplace la palabra “incluyen” por “a incluir”. El texto debe decir “Cuando los conocimientos tradicionales están protegidos sus poseedores tienen derecho a incluir...”.

Las Delegaciones de Zambia, la India, Bolivia (Estado Plurinacional de), Sudáfrica, el Yemen y el Perú se opusieron.

La Delegación de Zambia afirmó que los CC.TT. son algo que pertenece a esas comunidades. Por lo tanto, ellas tienen derechos exclusivos. Resulta difícil comprender y aceptar que para gozar de los beneficios sea necesaria la protección. Si alguien tiene bienes, hay ejemplos de derechos de propiedad que tienen esas personas como propietarios de los bienes. El que las personas gocen de los beneficios de sus bienes no puede estar condicionado a que estén protegidos.

La Delegación de la India señaló que, sin duda, no tiene en cuenta los distintos tipos de CC.TT. existentes.

La Delegación del Yemen apoyó que se suprima la palabra “protegidos” porque así es posible que los pueblos indígenas sigan recibiendo los beneficios de un grado determinado de protección.

[Sigue en la página siguiente]

[o custodios]¹²⁸ tienen derecho a incluir [incluirán]¹²⁹ [incluyen] la participación [justa] directa¹³⁰ y equitativa en los beneficios que se deriven de[] [uso comercial o industrial] la comercialización industrial¹³¹ de dichos conocimientos tradicionales, [conforme a la legislación nacional]¹³². La protección de los conocimientos tradicionales incluye la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven del uso de dichos conocimientos tradicionales a fin de respetar los sistemas de conocimientos tradicionales e incentivar a los pueblos indígenas y comunidades locales para que preserven, protejan y mantengan sus sistemas de conocimientos tradicionales.¹³³

[Viene de la página anterior]

La Delegación de los Estados Unidos de América respondió que, al proponer añadir la palabra “protegidos”, su propósito no fue imponer más obligaciones a las comunidades tradicionales o locales indígenas, sino establecer claramente la referencia a los artículos 4 y 5. En el artículo 4 se disponen los criterios en los que se basa la protección. El artículo 6 se titula “Beneficiarios de la protección”. En el artículo 4 se definen con exactitud los elementos que son objeto de protección jurídica. Dado que el Comité trata de crear un instrumento que exponga nuevas normas jurídicas, es muy importante estar unidos y ser capaces de comprender las distintas posiciones. Si el desacuerdo principal es que el artículo 6 no tiene relación con los artículos 4 y 5, la Delegación manifestó con todo respeto que no está de acuerdo y señaló al Comité que ésta no es la manera apropiada de elaborar normas jurídicas internacionales.

La Delegación de Zambia aclaró la respuesta dada a la Delegación de los Estados Unidos de América. Dijo que considera que no hay derechos con carácter absoluto, ni siquiera el derecho a la vida. Si han de respetarse los derechos a que haya un equilibrio, la cuestión es de qué equilibrio se está hablando. Por ejemplo, si alguien tiene un coche, es evidente que esa persona puede conducirlo. Si otra persona que acaba de llegar se lleva el coche y lo utiliza de cualquier forma no es posible imponerle la obligación de proteger el coche y gozar del beneficio. Una de las bases del sistema de P.I. es lograr el equilibrio entre la sociedad y esos recursos. No obstante, la Delegación dijo que ese enfoque no es correcto. Si bien, el propósito del Comité es aclarar una idea novedosa, basarse en el sistema de P.I. es algo muy distinto. Considera que esos recursos pertenecen a los pueblos que los poseen. Son su propiedad. Señaló que es fundamental aclarar qué equilibrio se persigue.

La Delegación del Perú dijo que no comprende la mención del artículo 4 porque la frase podría interpretarse de forma errónea. La Delegación señaló que, según su interpretación, los poseedores de los CC.TT. han de cumplir con la condición de proteger sus CC.TT.

La Delegación del Brasil dijo que considera que no es necesario incluir la palabra “protegidos” y pidió que se haga referencia al artículo 4. Por lo tanto, la Delegación preguntó si es posible mantener la frase como está y hacer referencia al artículo 4.

La Delegación de los Estados Unidos de América afirmó que, si no se añade texto, el párrafo podría quedar así “Los beneficios de la protección de los conocimientos tradicionales en la forma expuesta en el artículo 4” o “Cuando los conocimientos tradicionales están protegidos en virtud del artículo 4”. Así se creará un vínculo coherente apropiado entre esos artículos.

128 Delegación de México. La Delegación de la Federación de Rusia coincidió con la Delegación de México porque los poseedores o custodios de los CC.TT. tendrán derecho a participar en los beneficios derivados de los mismos. La Delegación de Suiza se opuso. Esto se debió a que en el apartado iii) del artículo 4, las comunidades ejercen “su custodia, conservación, pertenencia colectiva o responsabilidad cultural”. Por tanto, la “custodia” es solo una forma de poseer CC.TT. y no algo distinto.

129 Delegación de la India.

130 Delegación de Panamá. Véase la nota 122.

131 Delegación de Panamá.

132 Las Delegaciones de Australia. La Delegación de Bolivia (Estado Plurinacional de) y Sudáfrica se opusieron. La Delegación de Bolivia (Estado Plurinacional de) señaló que se pretende establecer la participación en los beneficios en un contexto mundial y podría estudiarse la forma de que este marco mundial pueda expresarse realmente en la legislación nacional. La Delegación de Sudáfrica afirmó que, como se trata de una norma internacional, no es pertinente referirse a la legislación nacional.

133 Delegación de Suiza. La Delegación de Suiza resaltó que el objetivo político iv) no queda reflejado de forma adecuada en las disposiciones sustantivas, por lo que propuso reformular el párrafo 1 del artículo 6.

2. *El uso de los conocimientos tradicionales [protegidos]¹³⁴ [con fines no comerciales] sin fines de lucro¹³⁵ [solo tendrá que] podrá¹³⁶ dar lugar a beneficios [no monetarios¹³⁷ razonables¹³⁸], tales como el acceso a los resultados de las investigaciones sin fines de lucro¹³⁹ y la participación [de la comunidad de origen] de los poseedores [o custodios]¹⁴⁰ de los conocimientos¹⁴¹ tradicionales¹⁴² [protegidos]¹⁴³ en actividades de investigación y educativas.*
3. *Quienes, sin ser los poseedores de los conocimientos tradicionales,¹⁴⁴ utilicen los conocimientos tradicionales fuera de su contexto tradicional deberán mencionar la fuente, reconocer a sus poseedores, y utilizarlos de manera adecuada¹⁴⁵ [que se respeten] y respetando los valores [culturales]¹⁴⁶ de sus poseedores.*
4. *Deberán preverse medidas jurídicas, en función de su naturaleza¹⁴⁷ que ofrezcan soluciones a los poseedores de los¹⁴⁸ conocimientos tradicionales [protegidos]¹⁴⁹ en los casos en que no se haya respetado la participación [justa] directa¹⁵⁰ y equitativa en los beneficios que se estipula en los párrafos 1 y 2, o en los que no se haya reconocido a los poseedores de los conocimientos, como se estipula en el párrafo 3.*
5. *Las leyes consuetudinarias [de las comunidades locales] y sistemas normativos consuetudinarios de los poseedores [o custodios]¹⁵¹¹⁵² pueden desempeñar un papel importante en relación con la participación en los beneficios que pueden derivarse del uso de los conocimientos tradicionales [protegidos]¹⁵³.*

¹³⁴ Delegación de los Estados Unidos de América. La Delegación de Zambia, la India, Bolivia (Estado Plurinacional de), Sudáfrica, el Yemen y el Perú se opusieron. Véase la nota 122.

¹³⁵ Delegación de Panamá.

¹³⁶ Delegación de Colombia.

¹³⁷ Delegación de Sudáfrica. El motivo es que se introduce una condición restrictiva.

¹³⁸ Delegación de Australia.

¹³⁹ Delegación de Sudáfrica. La Delegación afirmó, en cuanto a la expresión “sin fines de lucro”, que, aparentemente, el acceso a la investigación deja abierta la cuestión de que la investigación ha de comercializarse así como la investigación que no tiene fines de lucro. Por tanto, es coherente dejar la cuestión abierta, ya que no se menciona la investigación, brinda también la posibilidad de tener fines de lucro.

¹⁴⁰ Delegación de Suiza. Véase la nota 126.

¹⁴¹ Delegación de México. La Delegación sugirió sustituir “de la comunidad de origen” por “de los poseedores o custodios de los conocimientos”.

¹⁴² Delegación de los Estados Unidos de América. Se añadió “tradicionales protegidos”.

¹⁴³ Delegaciones de Zambia, la India, Bolivia (Estado Plurinacional de), Sudáfrica, el Yemen y el Perú. Véase la nota 125.

¹⁴⁴ Delegación de los Estados Unidos de América.

¹⁴⁵ Delegación de Australia.

¹⁴⁶ Delegación de Suiza. En el objetivo político i) se exponen varios valores que tienen los poseedores de los CC.TT. En el objetivo político ii) se enumeran valores fundamentales de los CC.TT. propiamente dichos – no solo valores culturales, sino también otros valores como por ejemplo los sociales, espirituales y ecológicos. Señaló que, por tanto, esos valores deben añadirse también o bien debe suprimirse la palabra “culturales”.

¹⁴⁷ Delegación de Panamá.

¹⁴⁸ Delegación de los Estados Unidos de América.

¹⁴⁹ Delegaciones de Zambia, la India, Bolivia (Estado Plurinacional de), Sudáfrica, el Yemen y el Perú. Véase la nota 121.

¹⁵⁰ Delegación de Panamá. Véase la nota 122.

¹⁵¹ Delegación de México. La Delegación sugirió sustituir “de las comunidades locales” por “y sistemas normativos consuetudinarios de los poseedores o custodios”.

¹⁵² Delegación de Suiza. Véase la nota 126.

¹⁵³ Delegación de los Estados Unidos de América. Las Delegaciones de Zambia, la India, Bolivia (Estado Plurinacional de), Sudáfrica y el Perú se opusieron. Véase la nota 125.

COMENTARIOS SOBRE EL ARTÍCULO 6

La apropiación indebida de los conocimientos tradicionales puede conllevar la obtención de beneficios, en particular beneficios comerciales, derivados del uso de los conocimientos sin proporcionar un trato equitativo de los poseedores de los conocimientos. Esto suele corresponder a las preocupaciones expresadas en el sentido de que los CC.TT. no deberían ser objeto de un enriquecimiento injusto ni generar beneficios inequitativos para terceras partes. En consecuencia, la elaboración de un sistema de protección de los CC.TT. contra la apropiación indebida puede precisar de normas positivas en materia de participación equitativa en los beneficios derivados del uso de los CC.TT. Esa participación equitativa en los beneficios también constituye una forma de poner en práctica los objetivos políticos, tales como “reconocer el valor de los CC.TT.”; “garantizar el respeto de los CC.TT. y los poseedores de CC.TT.”; y “promover la participación equitativa en los beneficios” (Objetivos i), ii) y xi) señalados más arriba).

Esta disposición, por lo tanto, complementa la amplia referencia a la participación equitativa en los beneficios que figura en la descripción general de la apropiación indebida (artículo 1 arriba mencionado), y abarca los usos comerciales y no comerciales. En las directrices internacionales convenidas en materia de CC.TT. relacionados con la diversidad biológica se señalan como principios básicos de la participación equitativa en los beneficios, entre otros, i) la inclusión de los beneficios monetarios y no monetarios y ii) la elaboración de varios acuerdos contractuales para los distintos usos.¹⁵⁴ Por lo tanto, en esta disposición se distinguen los usos comerciales de los usos no comerciales de los CC.TT., y se especifican distintos principios para la participación en los beneficios derivados de dichos usos.

En el párrafo 1 se establece el principio general de que los poseedores de CC.TT. tienen derecho a participar en los beneficios derivados de los usos comerciales o industriales de sus CC.TT. El párrafo está redactado de tal forma que los beneficios se compartan directamente con los poseedores de los CC.TT., esto es, las comunidades tradicionales y locales.

En contraste con el primer párrafo, el párrafo 2 trata sobre los usos no comerciales de los CC.TT. y en él se reconoce que esos usos pueden generar únicamente una participación no monetaria en los beneficios. En este párrafo se ilustran los beneficios no monetarios en los que se podría participar, es decir, los resultados de investigaciones y la participación de la comunidad de origen en las actividades investigativas y educativas. Otros ejemplos podrían ser el fortalecimiento de capacidades institucionales; el acceso a la información científica; y las relaciones institucionales y profesionales que pueden derivarse de los acuerdos sobre acceso y participación en los beneficios y las consiguientes actividades de colaboración.

En el tercer párrafo se trata del reconocimiento de los poseedores de CC.TT. y se especifica que los usuarios deberán identificar la fuente de los conocimientos y reconocer a los poseedores de éstos. También se estipula que los CC.TT. deberán usarse de modo que se respeten los valores culturales de sus poseedores.

En el párrafo final se indica que deben ponerse procedimientos judiciales civiles a disposición de los poseedores de CC.TT. para que reciban una compensación equitativa cuando no se respete lo señalado en los párrafos 1 y 2. También se indica el papel que podrían desempeñar las leyes y los protocolos consuetudinarios en la participación en los beneficios, puesto que, como se ha

¹⁵⁴ Véase la Sección IV.D.3 (“Participación en los beneficios”), Directrices de Bonn sobre acceso a los recursos genéticos y distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de su utilización (Decisión VI/24A, Anexo).

señalado, “las leyes consuetudinarias de las comunidades locales pueden desempeñar una función importante... distribuir los beneficios que puedan surgir” del acceso a los CC.TT.

Comentarios y preguntas formulados

Fuente de los CC.TT.

La Delegación de los Estados Unidos de América formuló las siguientes preguntas en relación con el párrafo 3: cuando los conocimientos tradicionales se utilizan al margen de su contexto tradicional, y se utilizan además de otras maneras, si el primer uso determina la fuente de los conocimientos tradicionales, ¿bastaría con mencionar la fuente inmediatamente anterior en lo que respecta a la segunda utilización y posteriores utilizaciones? Y a la hora de mencionar la fuente, ¿qué tipo de búsqueda sería necesario efectuar a fin de evitar que se indique erróneamente la verdadera fuente?

Relación con los objetivos políticos

La Delegación de Australia señaló que esta disposición planteaba varias cuestiones importantes. El objetivo político xii) dejaba entender que la protección de los CC.TT. deberá proponer la participación equitativa en los beneficios. Si bien no se había logrado un consenso sobre la aplicabilidad de este objetivo político, se planteaban una serie de interrogantes. Entre las cuestiones específicas destaca la relación entre el objetivo político xii) y el principio rector general g) “respeto de los instrumentos y procesos internacionales y regionales y cooperación con los mismos” y el principio e) relativo a “un justo equilibrio entre los derechos y los intereses de quienes desarrollan, preservan y perpetúan los conocimientos tradicionales, a saber, los poseedores de los conocimientos tradicionales, y los de quienes los utilizan y disfrutan de ellos”. En particular, esta disposición plantea una cuestión fundamental con respecto a la protección de los CC.TT. a la luz del equilibrio fundamental del sistema de P.I. en relación con el dominio público. Este equilibrio es una cuestión fundamental que debe ser objeto de un examen más detenido.

La Delegación del Canadá hizo suyas las observaciones de la Delegación de Suiza sobre la importancia del objetivo político ii) de promover el respeto en relación con el artículo 6. Dijo que es fundamental leer el artículo 6 junto a ese objetivo y señaló también la importancia del objetivo político i) de reconocer el valor.

En lo que atañe a la cuestión del equilibrio planteada por la Delegación del Canadá, el Representante del Consejo Saami considera que si se trata de un objetivo que ha de enunciar el instrumento, debería debatirse con los objetivos expuestos en el párrafo del preámbulo. Pero, si es un principio que ha de incluirse en un párrafo dispositivo, debería definirse ese equilibrio, si tiene que haber equilibrio, y debe explicarse claramente qué derechos se aplican a los CC.TT. No es necesario volver a establecerlo como principio en el texto dispositivo definitivo.

La Delegación del Japón dijo que aunque el objetivo de la protección de los CC.TT es corregir las desigualdades en el desarrollo económico o garantizar el desarrollo sostenible de determinadas comunidades, proporcionando nuevos recursos económicos, aún no se ha demostrado que otorgar un derecho sobre los CC.TT. sea un método apropiado para alcanzar dicho objetivo. La Delegación se preguntó cómo pueden distribuirse los beneficios, que comparten los usuarios de los CC.TT, de manera adecuada entre todos los beneficiarios. La Delegación señaló que, si con la protección de los CC.TT. se ofrece un incentivo para la creación de nuevas expresiones, lo cual podría conducir a un desarrollo eficaz de terceras partes a través de la utilización de la materia protegida en cuestión, la protección indefinida de los CC.TT.

resulta inapropiada si se quiere tener en cuenta el equilibrio entre los intereses de los poseedores de derechos y los del público.

Relación con el artículo 8

La Delegación de Australia señaló que la exclusión en el Artículo 8 permitía a las autoridades nacionales excluir del principio de consentimiento fundamentado previo el uso leal de los CC.TT. que ya estaban disponibles para el público en general, siempre y cuando los usuarios de dichos CC.TT. proporcionen una compensación equitativa por los usos industrial y comercial de dichos CC.TT. Convendría proseguir los debates sobre la cuestión de saber cómo podría aplicarse este principio en el plano nacional. Sería oportuno proceder a un intercambio de experiencias con los países que poseen un sistema de protección *sui generis* que ya aborde esta cuestión.

Definición de poseedores, custodios y beneficiarios

La Delegación de la Federación de Rusia afirmó lo siguiente: de conformidad con el párrafo 1 del artículo 6, los poseedores o custodios de los CC.TT. tienen derecho a los beneficios derivados de la protección de dichos CC.TT. Además, según el párrafo 2 del artículo 7, solo los poseedores deberían tener derecho a otorgar el consentimiento fundamentado previo para el acceso a los conocimientos tradicionales, o aprobar dicho consentimiento por parte de la autoridad nacional adecuada. La Delegación de la Federación de Rusia preguntó cuál es la diferencia entre esos dos objetos de protección. Consideró que sería oportuno valorar la posibilidad de elaborar un glosario e incluir un artículo relativo a las "Definiciones".

La Delegación de Suiza afirmó que, aparentemente, en el artículo 6 y a lo largo de todo el texto, se distingue entre "poseedores" y "beneficiarios". La Delegación dijo que no está claro por qué ni cómo se establece una diferencia entre "poseedores" y "beneficiarios".

El Representante del Consejo Indio de Sudamérica señaló que hay que examinar con detenimiento si se pone siempre entre corchetes la palabra "custodios". A la larga, debería lograrse un equilibrio de todo el medio ambiente.

Derecho consuetudinario

La Delegación de la Federación de Rusia afirmó que en el párrafo 5 del artículo 6 se hace referencia al papel de las leyes consuetudinarias (leyes que se basan en las costumbres de los pueblos indígenas) y al papel "de los sistemas normativos consuetudinarios de los poseedores o custodios". No queda claro en qué consisten estos sistemas y si van más allá del derecho consuetudinario.

Plazo límite

La Delegación de la Federación de Rusia afirmó que, en términos tradicionales, la protección que se otorga a la materia de P.I. siempre ha estado limitada en función del plazo y, de las disposiciones que se estipulan en la sección III del anexo al documento WIPO/GRTKF/IC/16/5, queda claro que la protección otorgada, que en lo que respecta a sus características esenciales, es parecida a la protección que se concede a las materias de P.I., en realidad puede no tener un plazo límite. Consideró oportuno analizar con más detenimiento las consecuencias que puede tener otorgar esa protección, teniendo en cuenta que los derechos de los poseedores de CC.TT. no deben primar por encima de los derechos de P.I. que ya están en vigor. La Delegación propuso que se analizase la situación siguiente: Se concede una patente a una invención que utiliza CC.TT. Se respetan las condiciones del consentimiento fundamentado previo y se firma un acuerdo respecto de la participación equitativa en los beneficios. De acuerdo con el sistema

de patentes actual, pasados 20 años como máximo, la patente en cuestión, en la que se utilizaron los CC.TT., pasa a formar parte del “dominio público”, es decir, podrá utilizarse sin restricciones en todo el alcance de la protección definida por las reclamaciones. Al mismo tiempo, según el proyecto en cuestión, los CC.TT. que forman parte de la invención han de protegerse sin que se especifique el plazo de protección. Teniendo en cuenta todo lo anterior, se preguntó cuál de estos requisitos contradictorios se va a hacer cumplir.

Uso y disfrute

La Delegación de Suiza señaló que no hay razón para limitar las consecuencias del uso con fines no comerciales a beneficios no monetarios, ni es necesario hacerlo. Considera más bien que esa cuestión debe decidirse en función de las condiciones mutuamente convenidas por poseedores y usuarios.

La Delegación de Colombia afirmó que las partes establecerán los beneficios derivados del uso de los CC.TT. una vez que sepan cómo se utilizaron y quién debe usarlos. En relación con los usos y los beneficios no monetarios, considera que las comunidades tienen la posibilidad de establecer cuáles son los beneficios derivados de ese uso. Hay muchos CC.TT. asociados a fuentes genéticas y biológicas que son muy utilizados en la investigación. La Delegación sugirió que se tenga en cuenta la investigación sin fines de lucro o ganancia comercial. La investigación que no se propone obtener ganancia comercial suele encontrarse a menudo en la jurisprudencia. Hay casos en los que al principio se consideraba que algunas investigaciones no eran comerciales pero, posteriormente, obtuvieron beneficios a partir de su uso con fines de lucro. Por tanto, ha habido un cambio y, con frecuencia, se otorgan patentes a una investigación que inicialmente comenzó como investigación sin fines comerciales. La Delegación dijo que el texto es algo restrictivo.

El Representante de la Comisión Jurídica para el Autodesarrollo de los Pueblos Originarios Andinos (CAPAJ) dijo que las creaciones de los pueblos indígenas proceden del contacto físico y espiritual con la tierra. Corresponde que la tierra reciba la compensación por lo que les da. Por consiguiente, considera que solo tendrá que dar lugar a beneficios no monetarios, como se menciona en el párrafo 2 del artículo 6. Qué es lo que ha de protegerse es una cuestión que va más allá del ser humano individual y es un conocimiento secreto espiritual. Por ejemplo, si se contrata a los aymara y se utilizan sus ideas para construir una casa, y solo se les paga el salario habitual y no reciben remuneración alguna por sus conocimientos que no se evalúan. El problema es cómo puede compensarse a los aymara por perder puestos de trabajo debido a que se ven privados de un conocimiento que forma parte de su patrimonio. El Representante cree que entra en juego la compensación no monetaria.

El Representante de Tupaj Amaru indicó que los pueblos indígenas reclaman los beneficios derivados del uso o la utilización indebida de sus CC.TT. y que no piden protección. Dijo que es necesario volver a redactar el texto en su totalidad. En el documento hay expresiones y temas que están confundidos y mezclados. En segundo lugar, si no se mencionan los beneficios, el texto carece de sentido. De lo que se trata es de la forma de distribuir los cuantiosos beneficios de los que se han apropiado de forma indebida empresas muy grandes. En cuanto a las propuestas de la Delegación del Canadá, considera que lo que debe protegerse son los derechos innatos de los pueblos indígenas. Los derechos de participación en los beneficios y su distribución tal vez deberían estar en consonancia con lo dispuesto en otros instrumentos, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Citó el artículo 12 de la Declaración. El Representante sugirió que todas las disposiciones deben armonizarse con los textos que ya existen porque las palabras y expresiones que no tienen valor consuetudinario no proceden de los documentos jurídicos de las Naciones Unidas.

La Representante del *Indigenous Peoples Council on Biocolonialism* dijo que le preocupa el texto del párrafo 2 del artículo 6 relativo al uso con fines no comerciales. Una investigación que comienza como investigación académica o con fines no comerciales puede a menudo llevar a la privatización o al uso comercial. En efecto, en los Estados Unidos de América existe una ley nacional en la que se dan instrucciones a los investigadores académicos para que soliciten la protección de la P.I. cuando descubren información o datos que pueden utilizarse con fines comerciales. Ese párrafo, en su forma actual, limita la naturaleza de los tipos de beneficios que podrían recibir los poseedores y propietarios de los CC.TT. por su participación en los beneficios no monetarios, el acceso a los resultados de la investigación, y/o la participación en las actividades docentes y de investigación. Esto resulta muy restrictivo. Si los poseedores de los CC.TT. participan en la investigación y lo hacen tras su consentimiento fundamentado previo y libre, aportan conocimientos especializados valiosos y otros recursos a esa relación. Por lo tanto, este instrumento no debe limitar la naturaleza de los beneficios que podrían recibir. La Representante recomendó poner entre corchetes las palabras no monetarios en el párrafo 2.

Ubicación

La Delegación de Suiza sugirió que el artículo 6 se ubique después del artículo 3. Basándose en el texto actual del párrafo 1, se supone que la participación en los beneficios forma parte de la protección de los CC.TT.

Terminología uniforme

La Delegación de Suiza formuló una observación acerca de la utilización de ciertas expresiones. En el párrafo 4 se hace referencia a “legal means” que figura además en otros artículos, mientras que en el párrafo 1 del artículo 2 se habla de “legal measures” (no afecta a la versión en español), y en el párrafo 3 del artículo 7 se habla de “medidas y mecanismos”. Por consiguiente, la Delegación sugirió que se utilice una terminología uniforme en todo el texto. En el párrafo 5 del artículo 6 se utiliza la expresión “sistemas normativos consuetudinarios de los poseedores”. En el artículo 4 dice “prácticas, protocolos o leyes consuetudinarios o tradicionales o en leyes nacionales aplicables”. En el artículo 5 se usan otros términos y en el artículo 6 se habla de “sistemas normativos consuetudinarios”. Una vez más, la Delegación propuso que se utilicen las mismas expresiones en todos los artículos.

Definir la comunidad

La Delegación de la India sugirió que se defina en primer lugar la comunidad en la que los CC.TT. se han difundido y utilizado de forma generalizada y que, a continuación, ha mantenido en secreto su uso.

Usos comerciales y no comerciales

La Delegación de la India afirmó que la participación en los beneficios debe reflejar la evaluación del valor de los CC.TT. y el valor potencial de los mismos cuando se comercializan y utilizan en la industria. El texto al respecto ha de ser claro. Debe abarcar además las actividades con fines no comerciales. Podría volver a redactarse el artículo disponiendo una exigencia obligatoria que recoja los siguientes principios: identificación de los usuarios cuando no hay obligación de dar participación justa y equitativa en los beneficios; usos que no exigen la participación en los beneficios; y usos que requieran el reconocimiento.

Propuesta en relación con “protegen”

El Representante de las Tribus Tulalip pidió aclaraciones respecto del significado de esa frase. Señaló que parece que la responsabilidad de proteger sus bienes recae en los que los poseen y, entonces, surge la pregunta de bajo qué sistema se otorga protección. Existen varias formas en las que pueden divulgarse esos conocimientos. Pueden divulgarse de buena fe y pueden hacerlo personas que quitan a otros su patrimonio. Por tanto, la pregunta es a qué se refieren cuando hablan de protección. Si se divulgan de facto y eso significa que se pierden los derechos que corresponden a los conocimientos, no puede aceptarse. Esta situación es similar al caso, por ejemplo, de alguien que entra en tu casa y roba tu patrimonio cultural respecto del cual no has tomado medidas para protegerlo, y como resultado deja de ser tuyo. Los pueblos indígenas se han enfrentado a nuevas circunstancias, como Internet, la posibilidad de hacer copias digitales, y la transmisión rápida de sus CC.TT. Es posible que estos pueblos no tengan esos mecanismos de protección y tal vez no comprendan el sistema frente al cual necesitan crear mecanismos de protección. El Representante dijo que aparentemente el concepto hace recaer la responsabilidad de la protección en los poseedores y propietarios de esos conocimientos. En cuanto al criterio de equilibrio, parece que el usuario tiene derecho a acceder a los CC.TT. Los poseedores de los conocimientos que deseen negar el acceso deberían por tanto tener ese derecho. Se dio un ejemplo en el terreno material y no en el ámbito de la propiedad intelectual. El Tribunal Supremo dictó una sentencia en la causa de la industria pesquera. Las tribus del Estado de Washington reclamaban el derecho a pescar basándose en un tratado. El Tribunal Supremo interpretó el texto del tratado “to fish in common” y la conclusión del análisis fue que el 50 por ciento de la pesca debía ir a las tribus, y el 50 por ciento a los Estados Unidos. Está muy claro que la propiedad de las tribus les pertenece y que no es posible equipararlos con los ciudadanos de ese país. Los ciudadanos no tenían ningún derecho a ese 50 por ciento. El Representante dijo que el mismo principio se aplica a los CC.TT.

El Representante del Consejo Saami señaló que no está de acuerdo con la propuesta de la Delegación de los Estados Unidos de América porque no tiene en cuenta la doble dimensión de la participación en los beneficios. En la propuesta se afirma que debería haber participación en los beneficios únicamente en los casos en que se aplican procedimientos de consentimiento a esos CC.TT., por tanto su definición solo abarca los CC.TT. protegidos que el poseedor todavía controla. Esto significa que solo en esos casos debe haber participación en los beneficios. Es por ello que el Representante se opone a la propuesta.

El Representante del Consejo Indio de Sudamérica apoyó lo manifestado por los demás representantes indígenas en relación con la propuesta de los Estados Unidos de América.

El Representante del *Indigenous People (Bethchilokono) of Saint Lucia Governing Council*, haciendo uso de la palabra en nombre de los pueblos indígenas de Santa Lucía, señaló que se opone a la propuesta de la Delegación de los Estados Unidos de América de añadir la palabra “protegidos”. Pidió que se distribuya en el Comité la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Los Estados ya han establecido y aceptado esa Declaración. El Representante citó el artículo 31 que dispone que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener su patrimonio cultural. Ahora bien, en la propuesta de la Delegación de los Estados Unidos de América se establece la condición de que los CC.TT. han de estar protegidos para que pueda aplicarse la participación en los beneficios. En el artículo 38 de la Declaración se dispone que: “Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas...”. Por tanto, en nombre de los pueblos indígenas de Santa Lucía, el Representante no puede aceptar esa propuesta. En el artículo 43 de la Declaración se establece que: “Los derechos reconocidos en la presente Declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos

indígenas del mundo”. Los pueblos indígenas de Santa Lucía no aceptan la propuesta de la Delegación de los Estados Unidos de América porque los humilla.

Dos tipos de participación en los beneficios

El Representante del Consejo Saami dijo que se abordan dos tipos de participación en los beneficios, y el Representante considera que esa es probablemente la forma de proceder. Uno se refiere a la participación en los beneficios que tiene lugar de común acuerdo tras realizarse un proceso étnico a partir del cual se llega a un acuerdo de participación en los beneficios derivados de los CC.TT. utilizados por una persona que no es el poseedor. Ahora bien, en el instrumento se examina también otro tipo de participación en los beneficios. Cuando se determina que, aunque los CC.TT. no estén supeditados a procedimientos étnicos pueden utilizarse dado que ya se han difundido públicamente, debe haber participación en los beneficios. El Representante indicó que el instrumento y la definición de qué se entiende por CC.TT. protegidos es demasiado limitada pero es probable que haya casos en los que incluso deberían ser menos. Si resulta difícil aplicar procedimientos étnicos en todos los casos, debería haber participación en los beneficios. Señaló que está de acuerdo con ese enfoque. No obstante, considera que al abordar esos dos tipos distintos de participación en los beneficios, es probable que deban aclararse en el artículo 6 y explicarse en detalle de forma más precisa. Con esa finalidad, convendría hacer lo que propuso la Delegación de Suiza y vincular el artículo sobre participación en los beneficios directamente con el artículo relativo a asuntos étnicos para destacar la relación entre los procedimientos de consentimiento y los acuerdos de participación en los beneficios.

Propuesta sobre la legislación nacional

El Representante del Consejo Indio de Sudamérica se mostró de acuerdo con la propuesta de la Delegación del Estado Plurinacional de Bolivia de poner entre corchetes las palabras “legislación nacional”. El motivo para promover la autodeterminación es que el desarrollo y la explotación pueden degradar todo un ecosistema en el que se utilizan medicamentos para la salud y vestimentas que son tradicionales. De otro modo, se destruyen ecosistemas completos a causa del deseo de desarrollo de otras personas. Por lo tanto, no se puede aceptar que se mencione la legislación nacional como propuso la Delegación de Australia.

Consentimiento fundamentado previo y libre

El Representante del Consejo Indio de Sudamérica afirmó que, en lo que atañe al proceso del consentimiento fundamentado previo y libre, es necesario seguir debatiendo y elaborando el asunto ya que hay que decidir cuándo y dónde se aplica la participación en los beneficios y en qué medida se pondrá a disposición de los Estados. El Representante señaló que es consciente de que existen derechos basados en los derechos humanos establecidos en leyes internacionales que permiten la protección mientras que la legislación nacional no lo permite.

La Representante del *Indigenous Peoples Council on Biocolonialism* afirmó que, en lo que concierne al párrafo 3 del artículo 6, éste da a entender que alguien que no sea el poseedor de los CC.TT. puede utilizarlos en la medida en que reconozca a sus poseedores y los utilice de manera apropiada. Ese párrafo es muy subjetivo, y en él debería mencionarse el requisito específico del consentimiento fundamentado previo y libre. En realidad, ese requisito debe figurar como uno de los principios dispositivos que se aplican a todo el instrumento.

Propuestas de redacción de los observadores

El Representante de la *Association des étudiants et chercheurs sur la gouvernance des états insulaires* (AECG) propuso añadir un nuevo párrafo “6. Esto se complementará con otros textos nacionales en vigor relativos a los conocimientos tradicionales”. Se mencionó el párrafo 1 del artículo 2.

La Representante del *Southeast Indigenous Peoples’ Center* propuso eliminar “comercial o industrial” del párrafo 1 del artículo 6. Propuso sustituir el párrafo 2 del artículo 6 por “El uso de los conocimientos tradicionales con fines no comerciales deberá contar con el consentimiento de los poseedores de dichos conocimientos y deberá facilitar a los poseedores de los conocimientos la posibilidad de dirigir las actividades en las que se utilicen sus conocimientos”. En relación con el párrafo 3 del artículo 6, propuso reemplazar “deberán” por “tendrán que contar con el consentimiento fundamentado previo y libre de los poseedores de los conocimientos y”, así como que se añada “con la conformidad de los poseedores de los conocimientos” al final. En cuanto al párrafo 4 del artículo 6, propuso que se añada “obtenido el consentimiento fundamentado previo y libre y/o” antes de “respetado la participación justa y equitativa en los beneficios”. En lo que respecta al párrafo 5 del artículo 6, propuso insertar “con la devolución de los CC.TT. a sus poseedores y” antes de “con la participación en los beneficios”.

ARTÍCULO 7

PRINCIPIO DE CONSENTIMIENTO FUNDAMENTADO PREVIO

1. *El principio del consentimiento fundamentado previo debe regir todo acceso [a] y utilización de¹⁵⁵ los conocimientos tradicionales de manos de sus poseedores tradicionales, con sujeción a los presentes principios y a las legislaciones nacionales [pertinentes] aplicables¹⁵⁶.*
2. *El poseedor de los conocimientos tradicionales [debe tener] tiene e]¹⁵⁷ derecho a otorgar el consentimiento fundamentado previo para el acceso a los conocimientos tradicionales, o aprobar la concesión de dicho consentimiento por medio de la autoridad nacional designada, con arreglo a lo previsto en la legislación nacional aplicable.*
3. *Las medidas y mecanismos jurídicos previstos para aplicar el consentimiento fundamentado previo deben ser comprensibles, adecuados [y no deben suponer una carga para ninguna de las partes interesadas pertinentes, especialmente para los poseedores de los conocimientos tradicionales]¹⁵⁸; deben garantizar la certidumbre y la claridad jurídicas; y deben permitir que se establezcan condiciones mutuamente acordadas para la participación equitativa en los beneficios derivados del uso de esos conocimientos.*

¹⁵⁵ Delegación de Colombia.

¹⁵⁶ Delegación de México.

¹⁵⁷ Delegación de Colombia.

¹⁵⁸ Delegación de Colombia.

COMENTARIOS SOBRE EL ARTÍCULO 7

La aplicación del principio de consentimiento fundamentado previo es un elemento central de los debates políticos y las medidas vigentes en lo referente a la protección de los CC.TT. La ampliación del concepto de apropiación indebida que refleja el artículo 1 contempla la violación de normas jurídicas en virtud de las cuales se exige la obtención del consentimiento fundamentado previo. El consentimiento fundamentado previo ha sido reconocido por algunos miembros del Comité como un principio jurídico clave y por otros como una “práctica valiosa”. Este principio exige fundamentalmente que, cuando una parte externa tiene acceso por primera vez a los conocimientos tradicionales de una comunidad, solicite el consentimiento fundamentado previo de esa comunidad antes de acceder a ellos. En virtud de las legislaciones nacionales se establece un contrato o una autorización en condiciones mutuamente convenidas, que concluyen los usuarios de los CC.TT. con los proveedores de los mismos, y en el que se basa el consentimiento que permite acceder a los CC.TT. Este principio ha sido ampliamente aplicado por medio de autorizaciones, sistemas contractuales o leyes.

En virtud del principio general, que se recoge en el primer párrafo, los poseedores de los CC.TT. deben ser informados acerca del posible uso de los conocimientos y deben otorgar su consentimiento al uso propuesto, como condición para acceder a dichos conocimientos. En el segundo párrafo se expresan las funciones y responsabilidades relativas al principio del consentimiento fundamentado previo, otorgando la flexibilidad necesaria para adaptar la aplicación del principio a los sistemas jurídicos nacionales, a las necesidades de los sectores interesados y a las estructuras de custodia de los conocimientos. En el tercer párrafo se reseñan las características básicas de los mecanismos encaminados a poner en práctica el consentimiento fundamentado previo, aplicando el principio rector de la “eficacia y accesibilidad de la protección” a los mecanismos de consentimiento fundamentado previo para garantizar que esos mecanismos ofrezcan certidumbre jurídica y resulten adecuados. Se establece un vínculo explícito con la participación en los beneficios al exigir que el consentimiento fundamentado previo también implique el establecimiento de condiciones mutuamente convenidas sobre el uso y la participación en los beneficios que se deriven de éste.

En esta disposición se reconoce y se da cabida a la variedad de enfoques vigentes en materia de consentimiento fundamentado previo, y simplemente se estipula que se debe aplicar el principio. En la práctica, los sistemas de consentimiento fundamentado previo pueden atenerse a ciertos principios básicos que han sido elaborados y acordados a escala internacional,¹⁵⁹ por ejemplo, el de garantizar la certidumbre y la claridad jurídicas; reducir al mínimo los costos de las transacciones relativas al proceso de acceso; garantizar que las restricciones aplicadas al acceso sean transparentes y tengan fundamento jurídico. No obstante, en lo que a la presente disposición se refiere y en cuanto a los presentes principios, siempre y cuando se aplique el principio básico, deja que la elección de las modalidades de aplicación concretas sean estipuladas por la legislación nacional del país en el que se encuentren los CC.TT., dadas las numerosas y variadas legislaciones vigentes en materia de CC.TT., las diversas necesidades de los poseedores de CC.TT. y las estructuras de custodia de los conocimientos.

¹⁵⁹

Véase la Sección IV.C.1 (‘Principios básicos del sistema de consentimiento fundamentado previo’), Directrices de Bonn sobre acceso a los recursos genéticos y distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de su utilización (Decisión VI/24A, Anexo).

Comentarios y preguntas formulados

Relación con el principio e)

Al igual que con los principios descritos en el artículo 6, la Delegación de Australia señaló que esta disposición se relacionaba específicamente con el principio rector general e) sobre “equidad y participación en los beneficios”, destacando que, según este principio, la protección deberá, en particular, respetar el derecho de los poseedores de CC.TT. a conceder o no conceder acceso a sus CC.TT. También destacó que esta es una obligación prevista en el marco del CDB en relación específicamente con los CC.TT. asociados con los RR.GG. La delegación no respaldó el principio incondicional de conocimiento fundamentado previo y libre en todos los casos pero admitió que, en la medida de lo posible, los pueblos indígenas deben ser consultados en relación con las decisiones que los afectan. Se pronunció a favor de que prosigan los debates sobre los contextos en los cuales el conocimiento fundamentado previo y libre sería aplicable, posible y conveniente, y el intercambio de experiencias entre aquellos Estados miembros que aplican tal régimen en lo relativo a sus efectos prácticos y aplicación.

Representante capacitado

La Delegación del Japón formuló las preguntas siguientes: ¿ resulta factible determinar quién puede otorgar el consentimiento fundamentado previo cuando no está claro cuál es el mecanismo de toma de decisiones o de representación de una comunidad? ¿Está el Estado legitimado para representar a todos los beneficiarios en lo que concierne a su bienestar y beneficio, teniendo en cuenta el mismo hecho cuando no está claro cuál es el mecanismo de toma de decisiones o de representación de una comunidad?

Generalidades

La Delegación de Zambia afirmó que el presente artículo es igual de aceptable excepto tal vez que, aparentemente, no hay una disposición relativa a la divulgación del origen de los RR.GG. y/o CC.TT. conexos utilizados en las invenciones.

Propuestas de redacción de los observadores

El Representante de la *Association des étudiants et chercheurs sur la gouvernance des états insulaires* (AECG) propuso que se añada “o denegar” antes de “el consentimiento fundamentado previo” en el párrafo 2 del artículo 7. Además, se preguntó cuál sería la situación en aquellos países que no cuentan con legislación en vigor en materia de CC.TT.

La Representante del *Southeast Indigenous Peoples' Center* propuso añadir “indígenas” después de “las legislaciones”. Asimismo, propuso sustituir el párrafo 2 del artículo 7 por “Cuando surjan controversias motivadas por el uso de la fuerza o amenazas en este sentido, o por si, de hecho, se otorgó el consentimiento, corresponderá a un tribunal internacional de mantenimiento de la cultura, con jueces indígenas entre sus integrantes, decidir al respecto, basándose en la legislación del pueblo o nación poseedor del conocimiento y en acuerdos e instrumentos internacionales”.

ARTÍCULO 8

EXCEPCIONES Y LIMITACIONES

1. *La protección permanente de los conocimientos tradicionales no debe [ir en detrimento de] perjudicar la disponibilidad permanente¹⁶⁰:*
 - i) *la disponibilidad permanente de esos conocimientos para la práctica, el intercambio, el uso y la transmisión consuetudinarios por parte de sus poseedores;*
 - ii) *el uso de la medicina tradicional en el hogar; el uso en hospitales públicos, especialmente por parte de los poseedores de conocimientos tradicionales asignados a dichos hospitales[; o el uso a otros fines de salud pública]¹⁶¹.*
2. *En particular, las autoridades nacionales podrán excluir del principio de consentimiento fundamentado previo el uso leal de los conocimientos tradicionales que ya estaban a disposición del público en general, siempre y cuando los usuarios de esos conocimientos proporcionen una compensación equitativa por los usos industriales y comerciales de dichos conocimientos.*

¹⁶⁰ Delegación de Zambia. La Delegación afirmó que el presente artículo es aceptable y que queda reflejada la única desviación respecto del proyecto de Ley de Zambia. Obviamente, se trata de una cuestión que guarda más relación con la semántica que con la esencia.

¹⁶¹ Delegación de Colombia.

COMENTARIOS SOBRE EL ARTÍCULO 8

Al igual que sucede con los derechos y prerrogativas otorgados en los demás ámbitos de protección jurídica, los derechos sobre los conocimientos tradicionales pueden limitarse o ejercerse sin perjudicar excesivamente a los intereses de la sociedad en su conjunto, a la transmisión consuetudinaria de los propios sistemas de CC.TT., y a otros intereses legítimos. En esta disposición se establecen ese tipo de excepciones y limitaciones a las prerrogativas y los derechos otorgados en virtud de las disposiciones anteriores. Se vela así por que la protección *sui generis* no dificulte el acceso tradicional de los poseedores de CC.TT. a sus conocimientos, interrumpiendo sus prácticas consuetudinarias, en las que usan, intercambian, transmiten y practican esos CC.TT. También se prevé que la protección de los CC.TT. no afecte al uso privado ni a los usos de salud pública de la medicina tradicional. Además de las exclusiones generales del párrafo 1, que se aplican a la apropiación indebida en general, se prevé una exclusión especial optativa en relación con la aplicación del requisito del consentimiento fundamentado previo. Se trata de los conocimientos que ya están a disposición del público, cuya exclusión queda supeditada al requisito de que los usuarios proporcionen una compensación equitativa por los usos industriales y comerciales.

Comentarios y preguntas formulados

La Delegación de Noruega señaló que es importante, en relación con la cuestión de las limitaciones y excepciones, que los conocimientos tradicionales no obstaculicen el uso leal, y en particular el uso privado.

La Delegación de China consideró apropiado prever excepciones y limitaciones a la protección de los conocimientos tradicionales, ya que se considera necesario garantizar que no se vean afectados el uso ordinario y el desarrollo razonable de los CC.TT. en su contexto tradicional.

La Delegación de Australia declaró que esta lista de excepciones se relaciona específicamente con el ámbito de protección. Una cuestión fundamental es determinar en qué medida existe una brecha en la protección actual de la P.I. que frena las utilidades tradicionales. Una de las cuestiones fundamentales que se plantea en relación al principio expresado en el párrafo 2 es saber cómo podría lograrse. En el caso de los CC.TT. que ya están disponibles para el público, se preguntó en qué medida sería posible identificar a quienes debe pagarse la remuneración equitativa.

El Representante de la Cámara de Comercio Internacional destacó que es esencial establecer un equilibrio entre los intereses de los derechos de los usuarios y de los poseedores de CC.TT. Es necesario encontrar un recurso para los casos evidentes de apropiación indebida – es decir cuando se demuestra que una entidad ha violado la legislación nacional relativa al acceso y la participación en los beneficios. Sin embargo, del mismo modo, no debe comprometerse la responsabilidad en los casos de uso legítimo. Los casos de utilización lícita son, en particular: 1) la utilización de información del dominio público; 2) la utilización de los CC.TT. protegidos con permiso de una autoridad habilitada; 3) la utilización de la información con fines exclusivamente privados; y 4) utilización de información que pudiera demostrarse que ha evolucionado de forma independiente. Cualquier legislación referente a esta esfera debe reconocer que los conocimientos públicos poseen un estatuto especial. El control de su utilización está asociado a dificultades tanto ideológicas como prácticas. En consecuencia, las excepciones deben formularse con especial cuidado. Un instrumento internacional que no tenga en cuenta estos aspectos no podrá lograr su cometido.

El Representante de la *Association des étudiants et chercheurs sur la gouvernance des états insulaires* (AECG) afirmó que los CC.TT. tradicionales que utiliza el público en general no deberían estar sujetos al principio de consentimiento fundamentado previo. No obstante, sería necesario compensar de forma equitativa a los poseedores o a las personas que se sabe que están en el origen de los conocimientos utilizados.

Propuestas de redacción de los observadores

El Representante de la Cámara de Comercio Internacional propuso que se sustituya el párrafo 2 del artículo 8 por “La protección no se aplicará a los conocimientos tradicionales que se hagan conocidos fuera de su contexto tradicional”.

La Representante del *Southeast Indigenous Peoples' Center* propuso eliminar el punto ii) del párrafo 1 del artículo 8, así como el párrafo 2 del artículo 8. Señaló que la utilización de los CC.TT., las ECT/EF y los RR.GG. con fines domésticos debería regirse por la legislación del pueblo o nación que ha creado, conservado y transmitido dichos CC.TT., ECT/EF y RR.GG. Los pueblos o naciones tienen motivos suficientes para prohibir las condiciones de uso de sus CC.TT., ECT/EF y RR.GG. Si sus CC.TT., ECT/EF y RR.GG. se utilizan con fines de imagen sin el consentimiento del pueblo o nación en cuestión, su sistema ecológico y espiritual puede desequilibrarse, poniendo en peligro la supervivencia de dicho pueblo o nación y la de sus vecinos, incluidos los usuarios de sus CC.TT., ECT/EF y RR.GG.

ARTÍCULO 9

DURACIÓN DE LA PROTECCIÓN

- [1. *La protección de los conocimientos tradicionales contra su apropiación y utilización¹⁶² indebidas permanecerá en vigor en tanto en cuanto dichos conocimientos satisfagan los criterios de admisibilidad a la protección establecidos en el artículo 4.*
2. *Si las autoridades competentes, a través de leyes o¹⁶³ medidas nacionales o regionales, ofrecen una protección de los conocimientos tradicionales adicional o más amplia que la estipulada en los presentes principios, se deberá especificar la duración de la protección en esas leyes o medidas.]¹⁶⁴*

¹⁶² Delegación de México.

¹⁶³ Delegación de México.

¹⁶⁴ Delegación de Colombia. La Delegación opinó que el enfoque normativo en este ámbito no es el adecuado. La duración de la protección se debe regular de manera similar a los derechos morales de los autores, es decir, los derechos y deberes relacionados con la protección deberían mantenerse mientras el autor esté vivo y deberían pasar a sus herederos, que en este caso, sería la propia comunidad. Este derecho no debería tener una limitación temporal.

COMENTARIOS SOBRE EL ARTÍCULO 9

Un elemento importante de toda medida de protección es la duración de los derechos o las prerrogativas que se desprenden de dicha medida. En el ámbito de la protección de los CC.TT., esto ha sido un elemento que ha planteado dificultades particulares, y la mayoría de los derechos convencionales de P.I. se han considerado inadecuados en este campo porque prevén un plazo de protección limitado. Los sistemas *sui generis* de protección de los CC.TT. han definido la duración de la protección de varias formas: mediante un único plazo de protección limitado; mediante plazos sucesivos renovables; o mediante un plazo de protección ilimitado. Habida cuenta de la transmisión y la creación intergeneracional de los conocimientos tradicionales, los poseedores de CC.TT. han solicitado un plazo de protección largo o ilimitado.

En esta disposición se prevé un plazo de protección que no está limitado específicamente. Esto se debe al hecho de que la protección de los CC.TT. en virtud de los presentes principios no es comparable con los títulos de P.I. con los que se otorgan derechos exclusivos de propiedad por un plazo limitado (por ejemplo, una patente o una marca), sino que se parece a las formas de protección que tratan sobre una vinculación especial entre los beneficiarios de la protección y la materia protegida, y que se mantienen siempre y cuando esa vinculación siga vigente (por ejemplo, la protección de la buena fe, la personalidad, la reputación, la confidencialidad, y la competencia desleal en general). De ahí que una delegación describiera el derecho de los poseedores de CC.TT. a ser protegidos contra la apropiación indebida como “un derecho inalienable, al que no se puede renunciar y que no prescribe”. Al igual que en caso de otras leyes de competencia desleal basadas en dicha vinculación especial y en el “respaldo [de la] protección de los CC.TT. a través de la supresión de la competencia desleal”, en esta disposición se afirma que la duración de la protección contra la apropiación indebida debe mantenerse mientras esa vinculación especial siga intacta, y los conocimientos constituyen por lo tanto “conocimientos tradicionales”. La vinculación especial dura mientras los conocimientos sigan en manos de los poseedores de los conocimientos tradicionales, estén vinculados de manera especial con ellos, y sigan formando parte integrante de su identidad colectiva (véanse los Artículos 4 y 5). Con lo cual siempre y cuando se cumplan estos criterios de admisibilidad la protección de los CC.TT. en virtud de los presentes principios puede ser ilimitada.

Dado que muchos países ya extienden, a través de la legislación nacional o regional, derechos más amplios en materia de protección de los CC.TT. que la estipulada en los presentes principios, se señala en el segundo párrafo que el plazo de esa protección más amplia o adicional deberá especificarse en las leyes o medidas pertinentes. En esta disposición no se señala si el plazo de la protección ofrecida por esos derechos adicionales debe ser limitado o no. Solo se exige que se especifique la duración, dejándose así que las políticas nacionales decidan cuál debe ser su duración específica. Esto da cabida a todas las leyes nacionales *sui generis* vigentes, independientemente de que fijen un plazo limitado de protección.

Comentarios y preguntas formulados

Relación con los objetivos políticos

La Delegación de Australia señaló que una cuestión fundamental con respecto a la P.I. en general reside en la contrapartida vinculada a todo derecho de monopolio. Se trata específicamente de la concesión de un derecho de monopolio por tiempo limitado a cambio de un beneficio público mediante la expansión del dominio público. Esta es una cuestión fundamental relativa al objetivo político i), en particular en relación con los marcos de innovación constante y conocimientos científicos, el objetivo político v) relacionado con la habilitación para proteger los conocimientos tradicionales teniendo en cuenta la necesidad de equilibrio y equidad

en las posibles soluciones, y el objetivo político vii) que consiste en reconocer el valor de un dominio público dinámico.

Relación entre dos párrafos

La Delegación de Australia señaló que la diferenciación entre los párrafos 1 y 2 planteaba cuestiones de equilibrio con otras disposiciones descritas en esta parte. En definitiva, existen dos modelos básicos de protección previstos en esta disposición. Uno es el modelo de protección defensiva contra la apropiación indebida, y el otro es la protección positiva de los CC.TT. Se desprende del párrafo 2 que las disposiciones consideradas en conjunto se refieren específicamente al primer modelo de protección. Teniendo en cuenta este elemento, sería conveniente continuar examinando el alcance adecuado de los debates en su conjunto.

Generalidades

La Delegación de Zambia afirmó que el artículo es bastante aceptable.

Propuestas de redacción de los observadores

El Representante de la Cámara de Comercio Internacional propuso sustituir “el artículo 4” en el párrafo 1 del artículo 9 por “los artículos 4 y 8”.

La Representante del *Southeast Indigenous Peoples’ Center* propuso que se suprima el artículo 9.

ARTÍCULO 10

MEDIDAS TRANSITORIAS

La protección de los conocimientos tradicionales que se introduzca de conformidad con los presentes principios deberá aplicarse a todo acto de adquisición, apropiación y uso de los conocimientos tradicionales. La adquisición, apropiación o uso que se haya hecho antes de introducirse la protección debe reglamentarse dentro de un plazo de tiempo razonable después de la entrada en vigor de la protección. No obstante, deberá aplicarse un trato equitativo a los derechos adquiridos de buena fe por terceros.

COMENTARIOS SOBRE EL ARTÍCULO 10

La aplicación de un nuevo requisito de protección jurídica puede tener efecto retroactivo, excluir la retroactividad, o adoptar una serie de enfoques intermedios con distintos grados de retroactividad. Aplicar la protección de manera retroactiva puede plantear dificultades porque terceros pueden haber utilizado anteriormente y de buena fe el material protegido, al creer que no era objeto de protección jurídica. En algunos contextos jurídicos y políticos, los derechos e intereses de terceros que hayan actuado de buena fe se reconocen y se respetan mediante medidas tales como el derecho a seguir utilizando el material protegido, a cambio de una posible compensación equitativa, o un plazo determinado en el que deberán cesar el anterior uso de buena fe (por ejemplo, para vender mercancías que, de lo contrario, violarían el nuevo derecho). Asimismo, en el marco tradicional de los CC.TT., cabe suponer que los defensores de la protección deseen contar con cierto grado de protección retroactiva.

Entre las posturas extremas de la retroactividad absoluta y la no retroactividad, en la presente disposición se trata de ofrecer una solución intermedia, en virtud de la cual los usos recientes que estén sujetos a autorización conforme a la nueva norma o a cualquier otra medida pero hayan comenzado sin autorización antes de su entrada en vigor, deben ser puestas en conformidad con la legislación en la medida de lo posible dentro de un plazo determinado. No obstante, ese requisito de normalización tendrá que cumplirse de conformidad con el trato equitativo que han de recibir los derechos adquiridos por terceros de buena fe. De esta forma, la disposición reproduce ampliamente el enfoque adoptado en otros sistemas de protección, y se atiene a las excepciones y limitaciones establecidas en el artículo 8.

Comentarios y preguntas formulados

Generalidades

La Delegación de Australia señaló que el comentario sugería que esta disposición, de forma general, tenía un enfoque análogo al adoptado en otros sistemas de protección. Sin embargo, no es posible determinar los detalles adecuados que deben integrarse en esta disposición hasta que no se logre un acuerdo en cuanto al alcance y el efecto jurídico de cualquier instrumento. En general, un objetivo político fundamental de cualquier derecho de P.I. es la seguridad jurídica inherente a dichos derechos. Cualquier sistema de protección que pudiera establecerse deberá estar conforme con este principio fundamental.

La Delegación de Colombia afirmó que es importante no confundir ni distorsionar el principio de no retroactividad de la Ley en las normas que se basan en el presente artículo, puesto que hay que recordar que la cuestión fundamental en este caso no son los derechos que provienen de títulos de propiedad intelectual convencionales o *sui generis*, sino los derechos anteriores, que ya existían antes de constituirse este instrumento. Las expresiones “antes de introducirse la protección” y “dentro de un plazo de tiempo razonable después de la entrada en vigor de la protección” no son claras. La Delegación se preguntó qué se entiende por “protección” a los fines del presente artículo. Estimó que no está claro qué tipos de conducta podrían considerarse que constituyen una apropiación “de buena fe” de los conocimientos. El Comité ha de prestar especial atención, puesto que no se pueden proteger los derechos adquiridos en violación de las normas de orden público. Además, en el ámbito del derecho público, los derechos adquiridos tienden a diluirse (el tratamiento de dichos derechos es muy diferente al de los derechos adquiridos según el derecho civil), tal como señaló el Tribunal Constitucional.

El Representante de la *Association des étudiants et chercheurs sur la gouvernance des états insulaires* (AECG) afirmó que la entrada en vigor de la protección de los CC.TT. no es retroactiva. Este carácter no retroactivo ha de vincularse a la compensación, tal como señaló en

sus comentarios respecto del artículo 8. De no existir esta compensación, muchos poseedores se sentirían agraviados y excluidos por la protección. Esto no sucedería sobre la base del principio expuesto con anterioridad en el marco del artículo 7 y en relación con el principio del consentimiento fundamentado previo.

Dominio público

La Delegación de Australia señaló que en esta parte también se aborda la cuestión de los CC.TT. que ya pertenecen al dominio público. Tanto los observadores como los Estados miembros en repetidas ocasiones ya han expresado su opinión al respecto, y parecería ser un debate fundamental dado el equilibrio en el sistema de P.I. entre la invención, la creación, el descubrimiento, los conocimientos y el valor de un dominio público rico y accesible.

Propuestas de redacción de los observadores

La Representante del *Southeast Indigenous Peoples' Center* propuso añadir "a juicio de los poseedores de los conocimientos" al final.

ARTÍCULO 11

FORMALIDADES

1. *[Los criterios en los que se basa la protección de los conocimientos tradicionales contra actos de apropiación o utilización¹⁶⁵ indebidas no estarán sujetos a formalidad alguna].¹⁶⁶*
2. *En aras de la transparencia, la certidumbre y la conservación de los conocimientos tradicionales, las autoridades nacionales pertinentes podrán mantener registros u otros archivos de conocimientos tradicionales, cuando proceda, y con sujeción a lo dispuesto en las políticas, leyes y procedimientos pertinentes, y a las necesidades y aspiraciones de los poseedores de conocimientos tradicionales. Dichos registros podrán estar vinculados a determinadas formas de protección y no deberán poner en entredicho la situación de los conocimientos tradicionales no divulgados hasta la fecha o los intereses de los poseedores de conocimientos tradicionales en relación con elementos no divulgados de sus conocimientos.*

¹⁶⁵ Delegación de México.

¹⁶⁶ Delegación de Colombia. La Delegación afirmó que el párrafo 1 del artículo 11 es confuso. Se preguntó por qué no es necesaria ninguna formalidad.

COMENTARIOS SOBRE EL ARTÍCULO 11

Los sistemas vigentes de protección de los CC.TT. adoptan distintos enfoques en lo que se refiere a las formalidades en tanto que requisito de protección: algunos exigen expresamente el registro de los conocimientos tradicionales como condición para la protección; en otros se pueden establecer registros o bases de datos sin que constituyan un requisito para la adquisición de derechos; y otros estipulan que la protección no precisa formalidades. En el ámbito de la protección jurídica de los conocimientos especializados y la innovación, hay un equilibrio entre la previsibilidad y la claridad jurídica, por una parte, y la flexibilidad y la simplicidad por otra. Un sistema basado en el registro de los conocimientos ofrece una mayor previsibilidad y facilita la observancia de los derechos en la práctica. Sin embargo, también puede significar que los poseedores de CC.TT. necesitan dar pasos jurídicos específicos, posiblemente en un plazo limitado, para no correr el riesgo de no beneficiarse de la protección; esto puede imponer cargas a las comunidades que no están dotadas de los recursos o la capacidad necesarios para cumplir los procedimientos jurídicos correspondientes. Un sistema sin formalidades ofrece la ventaja de la protección automática, sin exigir ningún recurso o capacidad adicional a cambio de ese derecho.

En esta disposición se aclara que la salvaguardia general contra la apropiación indebida no estará condicionada por el registro de los CC.TT. en bases de datos o registros u otro tipo de formalidades. Esto refleja las inquietudes y el escepticismo expresados por ciertos países y comunidades con respecto al uso de sistemas de registro y bases de datos.

Sin embargo, algunos países ya han creado sistemas *sui generis* en los que se contempla el registro como condición previa a la adquisición de derechos exclusivos sobre los conocimientos registrados. Por esa razón, se aclara en el párrafo 2 que para otorgar esa protección adicional, establecida en virtud de las legislaciones y políticas nacionales, se puede exigir el cumplimiento de dichas formalidades. Se reconoce por tanto la diversidad de sistemas de protección vigentes, que incluyen sistemas basados en el registro, pero no se estipula ningún enfoque en el que se exijan formalidades. Asimismo, se aclara que el registro o la inscripción debidos no deben poner en peligro ni comprometer los derechos e intereses de los poseedores de CC.TT. relativos a los elementos no divulgados de sus conocimientos.

Comentarios y preguntas formulados

Relación con los objetivos políticos y principios

La Delegación de Australia solicitó que se examine más detenidamente la adecuación de los registros u otros archivos de CC.TT., aunque ello parecería anticiparse al examen de los criterios en los que se basa la protección de los CC.TT. Este punto está relacionado en particular con los objetivos políticos ii) de “promover el respeto, iii) “responder a las verdaderas necesidades de los poseedores de conocimientos tradicionales”, vi) “apoyar los sistemas de conocimientos tradicionales” y x) “promover la innovación y la creatividad”. También son pertinentes respecto a esta disposición los principios rectores generales a) “receptividad a las necesidades y expectativas de los poseedores de conocimientos tradicionales”, c) “efectividad y accesibilidad de la protección”, h) “principio de respeto del uso y la transmisión consuetudinarios de los conocimientos tradicionales”, i) “principio de reconocimiento de las características específicas de los conocimientos tradicionales”. Un tema de especial interés sería la necesidad de delimitar el grado de flexibilidad de las autoridades nacionales en lo que atañe a la posibilidad de mantener registros u otros archivos de CC.TT.

Relación con el artículo 9

La Delegación de Australia señaló que esta parte también se relaciona con la cuestión de la protección defensiva o los derechos positivos tal como se examinaron en relación con el artículo 9.

Definiciones

La Delegación del Japón dijo que, desde la perspectiva de previsibilidad para los usuarios, habría que definir de manera más clara los CC.TT. y quiénes son los beneficiarios, especialmente si, independientemente de las formalidades, se quieren proteger los CC.TT.

Propuestas de redacción de los observadores

El Representante de la Cámara de Comercio Internacional propuso que se añada “no divulgados” después de “conocimientos tradicionales” en el párrafo 1 del artículo 11.

La Representante del *Southeast Indigenous Peoples' Center* propuso sustituir el párrafo 2 del artículo 11 por “En caso de que se produzcan controversias entre pueblos, naciones y comunidades indígenas y comunidades tradicionales y otras comunidades culturales, y naciones miembros de las Naciones Unidas o empresas con licencias concedidas por estos respecto de la pertenencia de los derechos, estas deberán remitirse a una corte internacional de la propiedad intelectual compuesta por naciones indígenas y naciones miembros de las Naciones Unidas de la que formen parte jueces con experiencia en los ámbitos indígena o “tribal”, que sean ciudadanos de naciones originales no miembros de las Naciones Unidas. Se deberá prestar apoyo a los tribunales de los pueblos o naciones indígenas a la hora de archivar y distribuir su legislación en beneficio de la transparencia”.

ARTÍCULO 12

COHERENCIA CON EL MARCO JURÍDICO GENERAL

En el caso de los conocimientos tradicionales que guarden relación con elementos de la diversidad biológica, el acceso a esos conocimientos, así como su uso, estará en concordancia con las legislaciones nacionales que rijan el acceso a esos elementos de la diversidad biológica. La autorización de acceso y/o uso de los conocimientos tradicionales no implica la autorización para utilizar y/o acceder a los recursos genéticos conexos y viceversa.

COMENTARIOS SOBRE EL ARTÍCULO 12

La protección de los conocimientos tradicionales presenta inevitablemente un solapamiento con otros sistemas jurídicos, especialmente los sistemas jurídicos por los que se rige el acceso a los recursos genéticos vinculados a los CC.TT. protegidos. En esta disposición se garantiza la concordancia entre esos marcos, sin menoscabar la independencia propia de ambos sistemas reglamentarios. La primera frase es la homóloga del párrafo 37 de las Directrices de Bonn, en el que se establece la independencia de los procedimientos de consentimiento fundamentado previo para el acceso a los recursos genéticos con respecto al acceso a los CC.TT. conexos. Esta frase de la disposición refleja el mismo enfoque, al establecerse la independencia de los CC.TT. que guarden relación con elementos de la diversidad biológica con respecto a las disposiciones en materia de consentimiento fundamentado previo.

Comentarios y preguntas formulados

Relación con los objetivos políticos y principios

La Delegación de Australia señaló que esta disposición se relacionaba específicamente con el objetivo político ix) “respeto de los instrumentos y procesos internacionales y regionales y cooperación con los mismos”, y el principio rector general g). Solicitó que se haga un examen más detenido respecto a la medida en que esta disposición integraba esos elementos de los objetivos y principios.

Propuestas de redacción de los observadores

La Representante del *Southeast Indigenous Peoples' Center* propuso añadir “El acceso a los CC.TT. y RR.GG. se obtendrá de conformidad con las leyes de los pueblos o naciones indígenas que los hayan creado, conservado o transmitido” al final del presente artículo.

ARTÍCULO 13

ADMINISTRACIÓN Y OBSERVANCIA DE LA PROTECCIÓN

1. a) *La autoridad o las autoridades nacionales o regionales competentes deben estar en la capacidad de:*
 - i) *[distribuir] difundir¹⁶⁷ información acerca de la protección de los conocimientos tradicionales y realizar campañas de sensibilización del público para informar a los poseedores de conocimientos tradicionales y otros sectores interesados sobre la disponibilidad, el alcance, el uso y la observancia de la protección de los conocimientos tradicionales;*
 - ii) *determinar si un acto en el que esté involucrado un conocimiento tradicional constituye un acto de apropiación o utilización¹⁶⁸ indebidas o un acto de competencia desleal relativo a dicho conocimiento;*
 - iv) *determinar si ha sido otorgado el consentimiento fundamentado previo para el acceso a los conocimientos tradicionales, así como para su uso;*
 - v) *[determinar] supervisar¹⁶⁹ la participación efectiva¹⁷⁰, justa y equitativa en los beneficios;*
 - vi) *determinar si se ha infringido un derecho sobre los conocimientos tradicionales, y establecer los recursos y compensaciones aplicables;*
 - vii) *prestar asistencia, cuando sea posible y en la manera adecuada, a los poseedores de conocimientos tradicionales a fin de que adquieran, ejerciten y hagan valer sus derechos sobre esos conocimientos.*
 - b) *La identidad de la autoridad o autoridades nacionales [o regionales]¹⁷¹ competentes deberá comunicarse a [un organismo internacional] la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual¹⁷² y ser ampliamente publicada para facilitar la cooperación y el intercambio de información relativos a la protección de los conocimientos tradicionales y la participación equitativa en los beneficios.*
2. *Las medidas y procedimientos establecidos por las autoridades nacionales y regionales para que surta efecto la protección de conformidad con los presentes principios deben ser justas y equitativas, accesibles y adecuadas, y no suponer una carga para los poseedores de los conocimientos tradicionales, [y en ellas deben contemplarse salvaguardias para los intereses legítimos de terceros y los intereses del público en general]¹⁷³.*

¹⁶⁷ Delegación de México.

¹⁶⁸ Delegación de México.

¹⁶⁹ Delegación de México.

¹⁷⁰ Delegación de México.

¹⁷¹ Delegación de México.

¹⁷² Delegación de México.

¹⁷³ Delegación de Colombia. La Delegación afirmó que el texto era confuso.

COMENTARIOS SOBRE EL ARTÍCULO 13

La protección de los conocimientos tradicionales puede administrarse y hacerse cumplir de diversas maneras. Habitualmente, las medidas de protección de los CC.TT. señalan ciertos procedimientos y autoridades nacionales a través de los cuales se garantiza la eficacia y la claridad de la protección de los CC.TT. En esta disposición se establecen las tareas y funciones principales de tales “autoridades competentes”, sin tratar de especificar ningún tipo de estructura institucional, puesto que los arreglos institucionales y administrativos pueden variar mucho de un país a otro.

Un papel fundamental de la autoridad competente consiste en fomentar la sensibilización y la administración general en materia de protección de los CC.TT. Esto puede implicar, por ejemplo, la difusión de información sobre la protección de los CC.TT. para sensibilizar a los poseedores de CC.TT. y al público en general sobre la protección de los CC.TT.; desempeñar un papel en la determinación de la apropiación indebida, el consentimiento fundamentado previo y la participación equitativa en los beneficios; y señalar a un punto focal nacional o regional para las cuestiones relativas a la protección de los CC.TT.

Se puede considerar un papel específico de las autoridades competentes, relativo a la observancia de la protección de los CC.TT. La mayor parte de las legislaciones *sui generis* vigentes prevén que aquellos actos que infrinjan las leyes serán sancionados con advertencias, multas, confiscación de los productos derivados de los CC.TT., cancelación y revocación del acceso a los CC.TT., etc. En la práctica puede ser difícil para los poseedores de CC.TT. velar por la observancia de sus derechos, lo cual plantea la necesidad de abordar la posible administración colectiva de los derechos o una posible función específica de los organismos gubernamentales en la supervisión y persecución de las infracciones de derechos.

El texto del encabezamiento indica que la “autoridad competente pertinente” puede ser nacional o regional. De hecho, varias instituciones y autoridades regionales ya han decidido examinar esa posibilidad, por ejemplo, la ARIPO, la Asociación de Cooperación Regional del Asia Meridional (SAARC), la Comunidad del Pacífico y la OAPI. Ese hecho da fe de que es posible tratar la cuestión de los CC.TT. regionales a través de arreglos institucionales regionales y subregionales adecuados y de autoridades competentes, entre otros medios.

Comentarios y preguntas formulados

Papel de las autoridades nacionales o regionales

La Delegación de Australia afirmó que, en general y sin perjuicio de toda postura adoptada, el objetivo fundamental de esta disposición era establecer el papel de las autoridades nacionales o regionales en la administración y observancia de toda posible protección. Declaró que no se habían examinado lo suficiente las posibles responsabilidades de estas autoridades.

El Representante de la *Association des étudiants et chercheurs sur la gouvernance des états insulaires* (AECG) afirmó que, en cierto modo, el artículo 13 cumple con la expectativa de que sea una autoridad independiente la que gestione la protección. Como se señaló con anterioridad, hay que fijar los límites y las atribuciones de dicha autoridad. En el artículo 13 se enumeran sus funciones, pero expresó su deseo de que el texto sea más explícito en lo que respecta a sus atribuciones y su organización. Las autoridades nacionales establecerían esta autoridad sobre la base de un modelo propuesto por el Comité. Organizaciones como la Organización Regional Africana de la Propiedad Intelectual (ARIPO), el *Indigenous Peoples Council on Biocolonialism* (IPCB), el *Instituto Indígena Brasileiro da Propriedade Intelectual* (InBraPi), la *Maya To'Onik Association*, el Consejo Saami, las Tribus Tulalip y el Movimiento

Indio “Tupaj Amaru” podrían aportar su experiencia. La Comunidad del Pacífico ya se embarcó en la búsqueda de la entidad administradora. Solicitó que se debata esta cuestión con mayor profundidad.

Relación con los principios

La Delegación de Australia señaló que, con toda seguridad, se va a continuar debatiendo acerca de esta disposición y su relación con el principio rector general c), que trata sobre “efectividad y accesibilidad de la protección”, fundamentalmente, que la protección sea comprensible, asequible, accesible y que no suponga una carga para sus beneficiarios (o estados destinatarios). Pidió a los Estados miembros que cuentan con una autoridad de este tipo información acerca del funcionamiento en relación con estos principios.

Propuestas de redacción de los observadores

El Representante de la Cámara de Comercio Internacional propuso insertar “proporcionadas” después de “equitativas, accesibles” en el párrafo 2 del artículo 13.

En relación con el encabezamiento del apartado a) del párrafo 1 del artículo 13, la Representante del *Southeast Indigenous Peoples' Center* propuso añadir “indígenas” antes de “nacionales o regionales” y reemplazar “autoridad” por “tribunal”. En lo que respecta al punto vi) del apartado a) del párrafo 1 del artículo 13, propuso que se elimine “cuando sea posible y en la manera adecuada”. Asimismo, sugirió sustituir el apartado b) del párrafo 1 del artículo 13 por “[]a posibilidad de: registrar sus CC.TT. en una organización internacional, llevar controversias en materia de CC.TT. ante una corte internacional, incluir sus jueces en las cortes internacionales, o publicar su legislación en materia de CC.TT. deberá comunicarse a los pueblos o naciones indígenas y/o comunidades tradicionales por medio de un organismo internacional, el cual notificará de ello a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, y deberá ser ampliamente publicada para facilitar la cooperación y el intercambio de información relativos a la protección de los conocimientos tradicionales y la participación equitativa en los beneficios”.

ARTÍCULO 14

PROTECCIÓN INTERNACIONAL Y REGIONAL

La protección, los beneficios y las ventajas disponibles para los poseedores de [CC.TT.] conocimientos tradicionales¹⁷⁴ en virtud de las medidas y leyes nacionales de aplicación de las presentes normas internacionales deberán estar a disposición de todos los poseedores de conocimientos tradicionales que cumplan los requisitos previstos para beneficiarse de la protección y sean ciudadanos o residentes [habituales]¹⁷⁵ de un país determinado, según se defina en las obligaciones y los compromisos internacionales. Los poseedores extranjeros de [CC.TT.] conocimientos tradicionales¹⁷⁶ que cumplan los requisitos previstos para disfrutar de la protección deberán beneficiarse de la protección, en el mismo nivel al menos que los poseedores de [CC.TT.] conocimientos tradicionales¹⁷⁷ que sean ciudadanos del país que otorga la protección. Las excepciones a este principio solo deberán permitirse en relación con cuestiones principalmente administrativas como la elección de un representante legal o un domicilio legal, o para mantener una compatibilidad razonable con los programas nacionales relativos a cuestiones que no están directamente relacionadas con la lucha contra la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales.

¹⁷⁴ Delegación de México.

¹⁷⁵ Delegación de México.

¹⁷⁶ Delegación de México.

¹⁷⁷ Delegación de México.

COMENTARIOS SOBRE EL ARTÍCULO 14

La Asamblea General pidió al Comité que “centre su labor en la dimensión internacional”. Un elemento esencial a la hora de tratar esa dimensión es la creación de normas relativas al tratamiento de los ciudadanos extranjeros en lo tocante a la protección de los CC.TT. Los sistemas vigentes han recurrido a varias normas que permiten a los ciudadanos de un país disfrutar de protección jurídica en una jurisdicción extranjera. Entre ellas se incluyen las normas relativas al trato nacional, la asimilación, el trato justo y equitativo, el principio de la nación más favorecida, la reciprocidad, y el reconocimiento mutuo. En el documento WIPO/GRTKF/IC/8/6 se reseña cada una de esas normas y sus implicaciones potenciales para la protección internacional de los CC.TT.

Hasta la fecha, los miembros del Comité han ofrecido escasas orientaciones sobre la manera en que debería tratarse la dimensión internacional desde el punto de vista técnico. En esta disposición se establece por lo tanto una forma flexible de trato nacional, para garantizar que los poseedores extranjeros de CC.TT. que cumplan los requisitos previstos puedan disfrutar de protección contra la apropiación y la utilización indebidas de sus CC.TT., siempre y cuando se hallen en un país donde esté previsto aplicar esta disposición. El “trato nacional” es un principio según el cual un país dispensa a los poseedores extranjeros de CC.TT. un trato al menos tan favorable como el que otorga a los poseedores nacionales de CC.TT. en circunstancias similares. De modo que la norma del trato nacional persigue cierto grado de igualdad jurídica entre los poseedores extranjeros y nacionales de CC.TT. Cabe destacar que el trato nacional es una norma relativa cuyo contenido depende del tipo de trato global que se dispense a los poseedores nacionales de CC.TT.

El carácter ilustrativo del presente proyecto de disposición no tiene como objetivo determinar un enfoque particular, sino ayudar a identificar y resaltar las importantes decisiones políticas que deben tomarse para formular uno o varios instrumentos internacionales en este campo, y solicitar orientación adicional a los miembros del Comité.

Si bien un enfoque basado en el trato nacional puede parecer un buen punto de partida, a la luz de lo dicho anteriormente y de la experiencia acumulada en el campo de la P.I., la propia naturaleza de los CC.TT. y las formas de protección *sui generis* que solicitan muchos participantes del Comité, indican que el trato nacional debe complementarse mediante ciertas excepciones y limitaciones u otros principios como el reconocimiento mutuo, la reciprocidad y la asimilación, especialmente en lo que se refiere a la condición jurídica y a las leyes consuetudinarias de los beneficiarios de la protección. De acuerdo con una concepción estricta del trato nacional, un tribunal extranjero en el país que ofrece la protección se basaría en sus propias leyes, incluidas las consuetudinarias, para determinar si una comunidad extranjera cumple los requisitos para ser beneficiaria de la protección. Esto puede llevar a tratar la cuestión de un modo que no resulta satisfactorio desde el punto de vista de la comunidad, que, en principio, preferiría que se apliquen sus propias leyes consuetudinarias. En virtud de los principios del reconocimiento mutuo y la asimilación, un tribunal extranjero del país que otorga la protección puede aceptar que una comunidad del país de procedencia de los CC.TT. tenga derecho, desde el punto de vista jurídico, a tomar medidas en un país A como beneficiario de la protección porque es un derecho que se le reconoce en el país de origen. Por lo tanto, si bien el trato nacional puede ser apropiado como norma general, es posible que el reconocimiento mutuo, por ejemplo, sea el principio adecuado para tratar algunas cuestiones tales como la capacidad legal.

Sin embargo, la protección de los poseedores extranjeros de derechos sobre CC.TT. no deja de ser compleja. Habida cuenta de la complejidad de esta cuestión, los debates del Comité no han permitido, de momento, ofrecer muchas orientaciones específicas en relación con esta cuestión

técnica, y las legislaciones *sui generis* nacionales en materia de CC.TT. no protegen a los poseedores extranjeros de derechos, o bien adoptan enfoques variados.

Comentarios y preguntas formulados

Dimensión internacional

Con referencia al comentario relativo a las escasas orientaciones proporcionadas por el Comité sobre la manera de abordar la dimensión internacional a nivel técnico, la Delegación de Australia preconizó el intercambio de experiencias con aquellos países que disponen de un régimen de protección de P.I. de los CC.TT. con respecto al tratamiento nacional y la manera de abordar esta cuestión en sus jurisdicciones.

Legislación nacional

El Representante de la *Association des étudiants et chercheurs sur la gouvernance des états insulaires* (AECG) afirmó que sería conveniente que en la legislación nacional se garantice el tratamiento igualitario en relación con los activos que pertenecen a extranjeros. Para tal fin, sería necesario tener en cuenta la puesta en práctica de mecanismos jurídicos de reciprocidad, lo que resulta mucho más sencillo en el caso de países vecinos.

Generalidades

La Delegación de Zambia afirmó que el artículo es aceptable.

Propuestas de redacción de los observadores

La Representante del *Southeast Indigenous Peoples' Center* propuso que se sustituya el presente artículo por "Los firmantes de las disposiciones trabajarán a fin de proteger a los pueblos o naciones y comunidades indígenas de todas aquellas entidades, incluidas las naciones miembros de las Naciones Unidas, que intenten obtener por la fuerza la aquiescencia indígena hacia la utilización no autorizada de CC.TT. o que traten de tomar represalias contra los pueblos o naciones y comunidades indígenas ante el rechazo de estos a concederles permiso para utilizar CC.TT."

COMENTARIOS GENERALES

Comentarios y preguntas formulados

La Delegación de México sugirió que a lo largo de todo el texto se incorpore la frase “poseedores y custodios de conocimientos tradicionales”, debido a que o bien ambos términos se utilizan indistintamente a lo largo del texto o, en algunos casos, se hace referencia solo a uno de ellos, y tanto el término “poseedores” como el término “custodios” tienen connotaciones distintas y deben distinguirse con respecto al sujeto de beneficio, de un derecho, o bien de la protección.

La Delegación de China propuso que los artículos presentados en el presente documento se reorganicen de forma similar al documento WIPO/GRTKF/IC/9/4. Por ejemplo, que el alcance y los criterios en los que se basa la protección se definan primero.

La Delegación de Alemania dijo que el futuro examen basado en los documentos WIPO/GRTKF/IC/9/4 y WIPO/GRTKF/IC/9/5 no deberá ser la única base de la labor futura. Como lo declaró la Unión Europea en la cuarta sesión del Comité, los debates deberán basarse en la totalidad del trabajo realizado por el Comité, sin excluir ningún documento o documentos. También sugirió que se haga mención a los análisis de carencias presentados en los documentos WIPO/GRTKF/IC/13/4(B) y WIPO/GRTKF/IC/13/5(B) Rev., ya que contienen información valiosa sobre las características generales de las ECT y de los CC.TT., respectivamente.

La Delegación de Suiza señaló que las tres cuestiones de fondo, a saber, los RR.GG., los CC.TT. y las ECT deberán considerarse en pie de igualdad. En consecuencia, las tres cuestiones deberán examinarse en cada sesión del Comité, y se les deberá conceder similar atención y tiempo. Recordó sus declaraciones formuladas en anteriores sesiones del Comité sobre el documento WIPO/GRTKF/IC/9/5, en particular la declaración formulada en la decimoquinta sesión. El nuevo mandato establecía que “[e]l Comité continuará su labor y emprenderá [...] negociaciones basadas en textos encaminadas a la consecución de un acuerdo sobre el texto de un instrumento (o instrumentos) de carácter jurídico y de nivel internacional que aseguren la protección efectiva de los RR.GG., CC.TT. y las ECT”. Manifestó que deseaba aclarar que la ausencia de corchetes en el documento revisado WIPO/GRTKF/IC/16/5 Prov. no significa que hubiera un consenso sobre alguna parte del texto, incluido el texto que no figura entre corchetes. En consecuencia, el documento entero podía seguir siendo objeto de examen.

La Delegación del Japón afirmó que los comentarios remitidos por la Delegación en relación con los objetivos y los principios rectores generales de los documentos WIPO/GRTKF/IC/16/4 y WIPO/GRTKF/IC/16/5, que se incluyen en el documento WIPO/GRTKF/IC/10/INF/2 Add., siguen siendo válidos y podrían ser un material muy útil de cara a futuros debates. La Delegación se reservó el derecho a formular nuevas observaciones y preguntas. A la hora de debatir las disposiciones substantivas, se deben respetar y se reflejar debidamente en la redacción de cada artículo los principios rectores generales de flexibilidad y exhaustividad.

La Delegación de Zambia afirmó que los documentos WIPO GRTKF/IC/16/4 (ECT), WIPO/GRTKF/IC/16/5 (CC.TT.) y WIPO/GRTKF/IC/16/6 (RR.GG.) siguen siendo la base de las negociaciones, aunque no se descarta la inclusión de documentos adicionales que aporten valor añadido siempre que no se cree confusión o se retrase el proceso. Los instrumentos resultantes de las negociaciones establecen las normas mínimas y obligan a los Estados miembros a adoptarlas. En esencia, han de ser “vinculantes”. No obstante, los medios de protección exactos se podrán determinar a nivel nacional, tal como sucede con el Acuerdo sobre los ADPIC. Entre las normas mínimas ha de incluirse la divulgación de la fuente y del país de origen de los recursos biológicos o genéticos utilizados en las invenciones así como de los CC.TT. conexos;

pruebas del consentimiento fundamentado previo de los poseedores o de las autoridades competentes; y pruebas de que la participación en los beneficios sea justa y equitativa. Además los instrumentos deberán estar orientados hacia el futuro y deberán elaborarse de forma clara, concisa, sin ambigüedades, y deberán ser instrumentos que se interpreten y, en la medida de lo posible, sean suficientes, por sí mismos. Asimismo, deberían tener en cuenta la diversidad cultural y jurídica de los Estados miembros. No obstante, dado que se ha avanzado más en los ámbitos de los CC.TT. y las ECT que en el de los RR.GG., se podrá dar prioridad a aquellos. El proceso en general deberá ser transparente y se deberá tratar a todos los Estados miembros con igualdad.

El Representante de la Cámara de Comercio Internacional tomó nota de las preocupaciones expresadas por algunos Estados miembros de que el Comité no ha producido aún suficientes resultados, en particular, por ejemplo, un instrumento internacional sobre los CC.TT. Sin embargo, se han logrado progresos reales en lo que se refiere a la disminución del riesgo de concesión inapropiada de patentes respecto a los CC.TT. Por ejemplo, la incorporación por la OMPI de las fuentes de los CC.TT. en la documentación mínima relativa al PCT y la creación de bases de datos sobre los CC.TT. son avances particularmente valiosos. La Biblioteca Digital de Conocimientos Tradicionales compilada por la India y puesta a disposición de las oficinas de patentes europeas y de los Estados Unidos de América es otro ejemplo de logros útiles. El observador se felicitó de la renovación del mandato. Sin embargo, el objetivo de lograr un acuerdo sobre la manera de “garantizar la protección eficaz de los RR.GG., CC.TT. y las expresiones culturales tradicionales” en los próximos dos años representa un desafío puesto que aún existe un escaso acuerdo sobre los principios. Un instrumento internacional que proteja eficazmente los CC.TT. debe prever el recurso a un proceso judicial – es decir que debe tratarse de un instrumento que prevea la resolución de las posibles controversias por un juez imparcial que aplique e interprete una serie de principios claramente establecidos. Un instrumento que no ofrezca tal sistema no inspirará respeto ni ganará adhesiones. Actualmente, no hay suficiente claridad acerca de la esencia de los CC.TT., es decir, qué es lo que sería protegido y la definición de apropiación indebida, para establecer un sistema al que se pueda recurrir judicialmente. Hasta que no se proporcionen estas aclaraciones, hay pocas posibilidades de lograr un instrumento internacional eficaz. Para lograr alcanzar las metas del mandato, el Comité no deberá tratar de hacer demasiado. El hecho de tratar de prever todas las situaciones posibles podría engendrar un sistema totalmente ineficaz. Convendría empezar con un ámbito limitado, ampliarlo a la luz de la experiencia, una vez que se constate lo que funciona y lo que no. También sugirió que el Comité deberá: 1) limitar y aclarar la definición de los CC.TT.; 2) limitar la definición de apropiación indebida; 3) aclarar el ámbito de los actos permitidos y las excepciones; 4) evitar nuevas exigencias, tales como “la divulgación del origen”, que es restrictiva y ofrece muy poco interés.

[Fin del Anexo y del documento]