

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

Decimoctava sesión
Ginebra, 9 a 13 de mayo de 2011

GLOSARIO DE LOS TÉRMINOS MÁS IMPORTANTES EN RELACIÓN CON LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Documento preparado por la Secretaría

1. En su decimoséptima sesión, celebrada del 6 al 10 de diciembre de 2010, el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore ("el Comité") decidió que la Secretaría preparase y pusiera a disposición, "en tanto que documento informativo del IWG 2, un glosario sobre la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales, según lo recomendado por el IWG 1 en su informe resumido (documento WIPO/GRTKF/IC/17/8)".¹
2. En su segunda reunión,), celebrada del 21 al 25 de febrero de 2011, el Grupo de Trabajo entre Sesiones (IWG 2),), celebrada del 21 al 25 de febrero de 2011, "tomó nota del "Glosario de los términos más importantes en relación con la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales" (WIPO/GRTKF/IWG/2/INF/2) y solicitó que se transmita como documento de información a la próxima sesión del CIG".²
3. El presente documento está basado, en la medida de lo posible, en glosarios anteriores del Comité y en los instrumentos vigentes de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales. En el documento se tienen también en cuenta definiciones y glosarios de leyes y proyectos de leyes nacionales y regionales, de instrumentos multilaterales y de otros organismos e instancias, y de diccionarios. Por otra parte, las definiciones se basan en documentos de trabajo del Comité y en documentos de otros programas de trabajo de la OMPI. No obstante, las definiciones propuestas no son exhaustivas.

¹ Proyecto de informe de la decimoséptima sesión del Comité (WIPO/GRTKF/IC/17/12 Prov).

² Véase el informe resumido del Segundo Grupo de Trabajo entre sesiones (WIPO/GRTKF/IWG/2/2)

Existen, sin duda, otros términos relevantes para la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales, y otras maneras de definir los términos seleccionados.

4. Para seleccionar los términos se han tenido en cuenta los términos que se utilizan con mayor frecuencia en el documento WIPO/GRTKF/IC/18/5 y documentos conexos. Los términos seleccionados y las definiciones propuestas que figuran en el anexo se suministran sin perjuicio de otros glosarios o definiciones de términos clave que figuren en documentos anteriores del Comité o de otros instrumentos o instancias internacionales, regionales o nacionales. Dichos términos no son necesariamente objeto de aprobación por los participantes en el Comité. El presente documento constituye un documento informativo y no se pide al Comité que apoye o apruebe ni la selección de términos ni las definiciones propuestas.
5. Conforme a la decisión tomada por el Comité en su decimosexta sesión, se preparó un “Glosario de los términos más importantes en relación con la propiedad intelectual y los recursos genéticos” (documento WIPO/GRTKF/IC/17/INF/13) a los fines de someterlo a examen del Comité en su decimoséptima sesión. A raíz de la tercera reunión del Grupo de Trabajo entre Sesiones, celebrada del 28 de febrero al 4 de marzo de 2011, se ha procedido a una nueva publicación del documento en cuestión, con la signatura WIPO/GRTKF/IC/18/INF/9, a los fines de someterlo a examen en la decimoctava sesión del Comité. Varios de los términos que figuran en el glosario sobre los recursos genéticos forman también parte del presente documento, por cuanto guardan relación con los conocimientos tradicionales. Conforme a la decisión que tomó el Comité en su decimoséptima sesión, se ha pedido a la Secretaría que prepare y ponga a disposición del Comité en su siguiente sesión, “en tanto que documento informativo, un glosario sobre la propiedad intelectual y las expresiones culturales tradicionales.”³ El Comité podría considerar la posibilidad de proceder a la consolidación de los tres glosarios en un único glosario, teniendo en cuenta que varios términos guardan relación con los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales.

6. *Se invita al Comité a tomar nota del presente documento y de su Anexo.*

[Sigue el Anexo]

³ Proyecto de informe de la decimoséptima sesión del Comité (WIPO/GRTKF/IC/17/12 Prov.)

GLOSARIO DE LOS TÉRMINOS MÁS IMPORTANTES EN RELACIÓN CON LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Acceso y participación en los beneficios¹

El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) tiene, entre otros objetivos “*La participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada*”.

El Protocolo de Nagoya del Convenio sobre la Diversidad Biológica, los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se deriven de su utilización tiene por finalidad “*La participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y esas tecnologías, así como mediante una financiación adecuada contribuyendo así a la diversidad biológica y al uso sostenible de sus componentes*”. Conforme al artículo 3, el Protocolo se aplicará también a los conocimientos tradicionales relacionados con los recursos genéticos que entren dentro del ámbito de aplicación del Convenio así como a los beneficios que se deriven de la utilización de dichos conocimientos.

En lo que respecta a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) establece, en su artículo 1, la “*distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización en armonía con el Convenio sobre la Diversidad Biológica, para una agricultura sostenible y la seguridad alimentaria*”.

En el artículo 1 de la Decisión 391 de la Comunidad Andina, se define “acceso” como la “*obtención y utilización de los recursos genéticos conservados en condiciones ex situ e in situ, de sus productos derivados o, de ser el caso, de sus componentes intangibles, con fines de investigación, prospección biológica, conservación, aplicación industrial o aprovechamiento comercial, entre otros*”.

En el artículo 4.2) de “La protección de los conocimientos tradicionales: “Objetivos y principios revisados” (WIPO/GRTKF/IC/18/5) se estipula lo siguiente: “*a) Los beneficios de la protección de los conocimientos tradicionales a los que sus poseedores tienen derecho incluirán la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven del uso comercial o industrial de dichos conocimientos tradicionales. b) El uso de los conocimientos tradicionales con fines no comerciales sólo podrá dar lugar a beneficios no monetarios, tales como el acceso a los resultados de las investigaciones y la participación de la comunidad de origen en actividades de investigación y educativas. c) Quienes utilicen los conocimientos tradicionales fuera de su contexto tradicional deberán mencionar la fuente, reconocer a sus poseedores, y utilizarlos respetando los valores culturales de sus poseedores. d) Deberán preverse medidas jurídicas que ofrezcan soluciones a los poseedores de los conocimientos tradicionales en los casos en que no se haya respetado la participación justa 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. e) Las leyes consuetudinarias de las comunidades locales pueden desempeñar un papel importante en relación con la participación en los beneficios que pueden derivarse del uso de los conocimientos tradicionales*”.

¹ Glosario de los términos más importantes en relación con la propiedad intelectual y los recursos genéticos (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/13), pág. 1 del Anexo.

Actividad inventiva²

La actividad inventiva (denominada también “no evidencia”) es uno de los criterios que se aplican para determinar si se concede una patente, mediante el cual se evalúa si una invención resulta obvia para una persona con conocimientos generales en la materia.³

En virtud del artículo 33 del PCT, se considerará que una invención reivindicada implica una actividad inventiva sí, “teniendo en cuenta el estado de la técnica tal como se define en el Reglamento, no es evidente para un experto en la materia en la fecha pertinente prescrita”.

En el artículo 56 del Convenio de la Patente Europea y en el artículo 103 del Título 35 del Código de los Estados Unidos figuran definiciones similares. En el artículo 103 del Título 35 del Código de los Estados Unidos se utiliza el término equivalente “materia no evidente”.

Acuerdos de licencia⁴

Los acuerdos de licencia son acuerdos en los que se establecen los usos autorizados del material o los derechos que el proveedor puede conceder, por ejemplo, acuerdos por los que se conceden licencias de explotación de recursos genéticos como herramientas de investigación, de los conocimientos tradicionales conexos o de otros derechos de P.I.⁵

Acuerdos de transferencia de material⁶

Los acuerdos de transferencia de material son acuerdos que se establecen en las asociaciones de investigación comercial y académica que implican la transferencia de material biológico, como germoplasma, microorganismos y cultivos de células, utilizados para el intercambio de material entre un proveedor y un receptor, y el establecimiento de condiciones para acceder a colecciones públicas de germoplasma o a bancos de semillas, o a recursos genéticos *in situ*.⁷

La OMPI ha creado una base de datos de los acuerdos de acceso y participación en los beneficios relacionados con la biodiversidad que contiene cláusulas contractuales relacionadas con la transferencia y utilización de recursos genéticos.⁸

En 2006, la FAO constituyó y aprobó el Acuerdo de Transferencia de Material Normalizado, relativo a la aplicación del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura.⁹ En el Apéndice I de las Directrices de Bonn se hacen sugerencias con respecto a los acuerdos de transferencia de materiales.

Apropiación indebida

En el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas se define la apropiación indebida como “incorporación, por acto espontáneo, de una cosa a nuestro patrimonio, cuando se carece de derecho para ello”. En ese sentido, constituye, por

² Véase la nota 1 *supra*, pág. 8 del Anexo.

³ “WIPO Intellectual Property Handbook”, Publicación de la OMPI N° 489 (E), 2008, pág. 20.

⁴ Véase la nota 1 *supra*, pág. 9 del Anexo.

⁵ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/17/INF/12.

⁶ Véase la nota 1 *supra*, pág. 9 del Anexo.

⁷ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/17/INF/12 (Los recursos genéticos: proyecto de directrices de propiedad intelectual para el acceso a los recursos genéticos y la participación equitativa en los beneficios: Versión actualizada).

⁸ Disponible en: <http://www.wipo.int/tk/es/databases/contracts/index.html>.

⁹ Disponible en: <ftp://ftp.fao.org/ag/cgrfa/qb1/SMTAe.pdf>.

consiguiente, un atentado al derecho de propiedad. En lo que respecta a la propiedad intelectual, en el diccionario jurídico de Black se define “apropiación indebida” como “ilícito civil en el *common law* consistente en la utilización de información o ideas no susceptibles de protección por derecho de autor, que un organismo recopila y difunde con fines de lucro, para competir de forma desleal contra dicho organismo, o el acto de copiar una obra acerca de la cual el creador no haya reivindicado todavía derechos o al que no se hayan concedido derechos exclusivos [...] Los elementos para determinar si ha habido apropiación indebida son: 1) el demandante debe haber invertido tiempo, dinero y esfuerzos para obtener la información; 2) el demandado debe haberse procurado la información sin haber realizado una inversión similar; y 3) el demandante tiene que haber sufrido un perjuicio de competencia en razón de la actuación del demandado”.

En el sistema del *common law*, el delito civil de apropiación indebida se contempla en la legislación sobre competencia desleal.

Por consiguiente, la apropiación indebida entraña la utilización ilegal o ilícita de la propiedad de terceros y suele ser el fundamento para incoar un juicio en los casos en los que no ha habido infracción de derechos de propiedad propiamente dichos. La apropiación indebida puede significar el hecho de contraer un préstamo de forma ilícita o de apropiarse de forma fraudulenta de fondos o de propiedades encomendados a una persona que sean propiedad de terceros.

En el artículo 3 del proyecto de ley “Marco jurídico de protección de los conocimientos tradicionales en Sri Lanka”, de 2009, se define la apropiación indebida en tanto que: “i) *adquisición, apropiación o utilización de conocimientos tradicionales en contravención de lo dispuesto en la presente Ley; ii) obtención de beneficios a partir de la adquisición, apropiación o utilización de conocimientos tradicionales cuando la persona que adquiera, se apropie o utilice los conocimientos tradicionales sepa, o no sepa por negligencia, que los conocimientos tradicionales han sido objeto de adquisición, apropiación o utilización por medios desleales y iii) toda actividad comercial contraria a las prácticas leales que dé lugar a beneficios ilegítimos e injustos a partir de conocimientos tradicionales.*”¹⁰

En el artículo 3.1) de “La protección de los conocimientos tradicionales: Objetivos y principios revisados” (WIPO/GRTKF/IC/18/5) se definen los “actos de apropiación indebida” de la siguiente manera: “*toda adquisición, apropiación o utilización de conocimientos tradicionales por medios desleales o ilícitos constituye un acto de apropiación indebida. La apropiación indebida también puede consistir en obtener beneficios comerciales a partir de la adquisición, apropiación o utilización de conocimientos tradicionales cuando la persona que los utilice sepa o no sepa 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*”. En dicho artículo se estipula también: “*En particular, deben preverse 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 al obtener el consentimiento fundamentado previo para acceder a los conocimientos tradicionales, u otros actos desleales o deshonestos; ii) la adquisición 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*

¹⁰ Working Document-Version 01- January 2009 “A Legal Framework For The Protection Of Traditional Knowledge In Sri Lanka” disponible en <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=7425>.

fundamentado previo en relación con el acceso a esos conocimientos; iii) alegaciones o aseveraciones falsas sobre la pertenencia o el control 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, el uso comercial o industrial de conocimientos tradicionales sin compensar de manera justa y adecuada a los poseedores reconocidos de los conocimientos, 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 habida cuenta de las circunstancias en las que el usuario los ha adquirido; y v) el uso ofensivo voluntario 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 sea contrario al orden público o a la moral”.

Beneficiarios

Gran número de partes interesadas han puesto de relieve que por lo general se considera que los conocimientos tradicionales se originan en la colectividad y ésta es su titular, por lo que los derechos e intereses sobre los mismos corresponden a las comunidades y no a los individuos. No obstante, en determinados casos, individuos como los curanderos tradicionales pueden ser considerados poseedores de conocimientos tradicionales y beneficiarios de la protección que se confiera.

Algunas leyes nacionales y regionales de protección de los conocimientos tradicionales otorgan derechos directamente a las comunidades y los pueblos interesados.

Por otra parte, muchos confieren derechos a una autoridad gubernamental, a menudo a condición de que los ingresos procedentes de la concesión de derechos para utilizar los conocimientos tradicionales se dediquen a programas educativos, de desarrollo sostenible, de patrimonio nacional, de bienestar social o culturales.

En el artículo 2 de “La protección de los conocimientos tradicionales: Objetivos y principios revisados” (WIPO/GRTKF/IC/18/5) se estipula lo siguiente: *“la protección de los conocimientos tradicionales debe redundar en beneficio de las comunidades que generan, preservan y transmiten los conocimientos en un contexto tradicional de una generación a otra, y se asocian y se identifican con ellos de conformidad con el párrafo 3 del artículo 1. La protección debe por lo tanto beneficiar a las comunidades indígenas y tradicionales que detienen conocimientos tradicionales de ese modo así como a ciertos individuos que gozan de reconocimiento en el seno de estos pueblos y comunidades. En la medida de lo posible y si resulta adecuado, el derecho a gozar de los beneficios de la protección debe concederse conforme a los protocolos, acuerdos, leyes y prácticas consuetudinarios de esos pueblos y comunidades.”*

Biblioteca Digital sobre Conocimientos Tradicionales

La Biblioteca Digital sobre Conocimientos Tradicionales es un proyecto colaborativo entre el Consejo de Investigación Científica e Industrial, el Ministerio de Ciencia y Tecnología, y el Departamento de AYUSH, el Ministerio de Salud y Bienestar Familiar de la India, y su ejecución está a cargo del Consejo. Un equipo interdisciplinario de expertos en medicina tradicional (Ayurveda, Unani, Siddha y Yoga), examinadores de patentes, expertos en TI, científicos y funcionarios técnicos participaron en la creación de la biblioteca digital sobre los sistemas de medicina de la India. El proyecto de Biblioteca Digital abarca la catalogación, en formato digital en cinco idiomas internacionales, a saber, español, alemán, francés, inglés y japonés, de los conocimientos tradicionales disponibles en el dominio público en forma de documentos existentes sobre Ayurveda, Unani, Siddha y Yoga. La Biblioteca Digital ofrece información sobre los conocimientos tradicionales existentes en el país, en idiomas y formatos comprensibles para los examinadores de patentes de las oficinas internacionales de patentes, con el fin de prevenir la concesión de patentes ilegítimas.¹¹

La Biblioteca Digital tiene un doble objetivo. En primer lugar, persigue evitar la concesión de patentes por productos elaborados utilizando conocimientos tradicionales, y que impliquen poca, o ninguna, actividad inventiva. En segundo lugar, persigue servir de enlace entre la ciencia moderna y los conocimientos tradicionales, y puede utilizarse como catalizador en la investigación avanzada basada en información sobre conocimientos tradicionales para la elaboración de nuevos fármacos. La Biblioteca Digital está destinada a servir de puente entre los antiguos Slokas, versos en sánscrito, y los examinadores de patentes de cualquier parte del mundo, ya que la base de datos proporcionará información sobre los nombres tanto modernos como locales en un lenguaje y formatos comprensibles para los examinadores. Así, se espera colmar la brecha de conocimientos sobre el estado de la técnica. La base de datos proporcionará suficientes detalles sobre las definiciones, principios y conceptos para minimizar la posibilidad de conceder patentes por “invenciones” relativas a modificaciones menores o insignificantes.¹²

Catalogación

La catalogación de los conocimientos tradicionales incluye su registro, anotación, grabación en forma de fotografías o películas, es decir, cualquier registro de conocimientos tradicionales de manera que se conserven y pongan a disposición de otras personas que estén interesadas en conocerlos. Difiere de las maneras tradicionales de conservar y transmitir los conocimientos en el seno de la comunidad. La catalogación es especialmente importante pues a menudo es la manera en que tienen las personas ajenas al círculo tradicional de acceder a los conocimientos.¹³

En la “Lista y breve descripción técnica de las diversas formas que pueden presentar los conocimientos tradicionales” (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9) se examinan con detenimiento los conocimientos tradicionales catalogados y los conocimientos tradicionales no catalogados.

¹¹ Más información disponible en <http://www.tkdil.res.in/tkdil/langdefault/common/Abouttkdil.asp?GL=Eng>.

¹² *The Role of Registers & Databases in the Protection of Traditional Knowledge: A Comparative Analysis*. Informe de UNU-IAS, enero de 2004, pág. 18.

¹³ Informe sobre la Guía para la gestión de la propiedad intelectual en la catalogación de conocimientos tradicionales y recursos genéticos (WIPO/GRTKF/IC/5/5), pág. 4 del Anexo.

Términos conexos: biblioteca digital de conocimientos tradicionales, clasificación de recursos de conocimientos tradicionales, Registro de conocimientos tradicionales, Guía de la OMPI sobre conocimientos tradicionales.

Clasificación de Recursos sobre Conocimientos Tradicionales

La Clasificación de Recursos sobre Conocimientos Tradicionales es un innovador sistema de clasificación estructurada a los fines de la ordenación, disseminación y recuperación sistemáticas, que identifica unos 5.000 subgrupos de conocimientos tradicionales respecto de un grupo de la Clasificación Internacional de Patentes (CIP).¹⁴ Esta clasificación, cuya aplicación está destinada a los sistemas de la medicina de la India (Ayurveda, Unani, Siddha y Yoga), goza ahora de renombre internacional y está asociada a la CIP. La utilización de sistemas modernos de divulgación, a saber, las tecnologías de la información, en particular, las tecnologías relativas a Internet y a la Web permitirán incrementar la toma de consciencia respecto de los sistemas de conocimientos tradicionales. Se espera que la estructura de la clasificación y los detalles que proporciona resultarán de utilidad para aquellos países interesados en prevenir la concesión de patentes ilegítimas por descubrimientos que carecen de carácter original relacionados con sistemas de conocimientos tradicionales.¹⁵

Termino relacionado: Clasificación Internacional de Patentes (CIP)

Clasificación Internacional de Patentes (CIP)

La Clasificación Internacional de Patentes (CIP) es *“un sistema jerárquico donde el ámbito de la tecnología se divide en una serie de secciones, clases, subclases y grupos. La Clasificación constituye una herramienta que no depende de idioma alguno y que es indispensable para la obtención de documentos de patente en las búsquedas que se realizan en el “estado de la técnica”*”.¹⁶

La CIP fue establecida a raíz de la adopción, en 1971, del Arreglo de Estrasburgo relativo a la Clasificación Internacional de Patentes. En el artículo 2.1)a) de dicho Arreglo se estipula lo siguiente: *“la Clasificación estará constituida por: i) el texto establecido conforme a las disposiciones del Convenio europeo sobre la Clasificación Internacional de las Patentes de Invención, de 19 de diciembre de 1954 (llamado en lo sucesivo el “Convenio europeo”) y que entró en vigor y fue publicado por el Secretario General del Consejo de Europa el 1 de septiembre de 1968; ii) las modificaciones que han entrado en vigor en virtud del Artículo 2.2) del Convenio europeo antes de la entrada en vigor del presente Arreglo; iii) las modificaciones introducidas posteriormente, en virtud del Artículo 5 y que entren en vigor de conformidad con el Artículo 6”*.

Competencia desleal

En el Diccionario de Derecho de Luis Ribó Durán (Segunda edición revisada y ampliada), se define “competencia desleal” como la *“actividad de competencia que, por corresponder a alguno de los actos o conductas tipificados legalmente como contrarios a las reglas de corrección y buenos usos mercantiles, pueden ser objeto de reclamación ejerciendo las acciones legales correspondientes. Entre otros actos, se consideran de competencia desleal los capaces de crear confusión por cualquier medio respecto del establecimiento, los productos o la actividad*

¹⁴ Véase la nota 1 *supra*, pág. 18.

¹⁵ Más información disponible en <http://www.tkdI.res.in/tkdI/langdefault/common/TKRC.asp?GL=Eng>.

¹⁶ WIPO PATENTSCOPE Glossary.

económica de un competidor". Para la referencia del término en inglés se utilizó el diccionario jurídico de Black, en el que "*unfair competition*" se define como una práctica deshonesto o fraudulenta en el comercio; en especial, la práctica encaminada a hacer pasar en el mercado los productos propios por los de otra empresa por medio de la imitación o la falsificación del nombre, la marca, el tamaño, la forma u otra característica distintiva del artículo o de su embalaje.

En el párrafo 2 del artículo 10bis del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial se estipula que "[c]onstituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial". En el párrafo 3 del artículo 10bis se estipula además que "[e]n particular deberán prohibirse: i) cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; ii) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; iii) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos."

Comunidades indígenas y locales

El término "comunidades indígenas y locales" ha sido objeto de estudio y examen considerables. No existe, a ese respecto, una definición universal y estándar.

Dicho término figura en el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Por ejemplo, en el artículo 8.j) se estipula: "*cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: [...] j) Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente; [...]*". Ese mismo término queda recogido en el Protocolo de Nagoya, del Convenio sobre Diversidad Biológica, sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización.

El Convenio sobre la Diversidad Biológica utiliza el término "comunidades indígenas y locales" para referirse a comunidades que se identifican desde antaño con las tierras y las aguas en las que viven o que han utilizado conforme a sus tradiciones.¹⁷

Ese término se utiliza también en el Tratado Internacional de la FAO sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura. En el artículo 5.1 de dicho tratado se estipula: "*cada Parte Contratante [...], en particular, según proceda: [...] d) promoverá la conservación in situ de plantas silvestres afines de las cultivadas y las plantas silvestres para la producción de alimentos, incluso en zonas protegidas, apoyando, entre otras cosas, los esfuerzos de las comunidades indígenas y locales [...]*".

En otros instrumentos jurídicos se utiliza una terminología diferente, a saber:

La expresión "comunidad local o tradicional" se utiliza en el Protocolo de Swakopmund sobre la Protección de los Conocimientos Tradicionales y las Expresiones del Folclore. En el artículo 2.1 de dicho Protocolo se estipula que, en la medida que lo permita el contexto, en el término "comunidad" quedarán comprendidas las comunidades locales o tradicionales.

¹⁷ "The Concept of Local Communities", documento preparado por la Secretaría del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas para un taller de expertos sobre la desagregación de datos (PFII/2004/WS.1/3/Add.1). Véase también el documento UNEP/CBD/WS-CB/LAC/1/INF/5.

En el artículo 9.1 del Tratado Internacional de la FAO sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura se utiliza la expresión “comunidades locales e indígenas”, a saber: *“las Partes Contratantes reconocen la enorme contribución que han aportado y siguen aportando las comunidades locales e indígenas y los agricultores de todas las regiones del mundo [...]”*.

En ese mismo tratado se utiliza la expresión “comunidades locales” en el artículo 5.1, a saber: *“cada Parte Contratante [...] en particular, según proceda: [...] c) promoverá o apoyará, cuando proceda, los esfuerzos de los agricultores y de las comunidades locales encaminados a la ordenación y conservación en las fincas de sus recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura [...]”*.

En el artículo 1 de la Decisión 391 de la Comunidad Andina acerca de un Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos se define a la “comunidad indígena, afroamericana o local” como *“grupo humano cuyas condiciones sociales, culturales y económicas lo distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, que está regido total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial y que, cualquiera sea su situación jurídica, conserva sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas”*.

En el artículo 7.III de la ley Provisional del Brasil N° 2, 186-16, con fecha 23 de agosto de 2001, se define a la “comunidad local” como *“grupo humano, incluidos los grupos remanentes de las comunidades de los Quilombos, que se distinga por sus condiciones culturales, que esté organizado de forma tradicional por las sucesivas generaciones y costumbres propias, y que haya conservado sus instituciones sociales y económicas”*.

En “La protección de los conocimientos tradicionales: Objetivos y principios revisados” (WIPO/GRTKF/IC/18/5) se utilizan otros términos, por ejemplo, “comunidad indígena y local” (artículo 1.2)), “pueblo o comunidad indígena o tradicional” (artículo 1.3)), “comunidades indígenas y tradicionales” (artículo 2) y “comunidades locales” (artículo 4.2)).

Condiciones mutuamente acordadas o convenidas¹⁸

Además de reconocer la soberanía de los gobiernos nacionales para determinar el acceso a los recursos genéticos, en el artículo 15 del CDB se estipula que *“cuando se conceda acceso, éste será en condiciones mutuamente convenidas y estará sometido a lo dispuesto en el presente artículo”*.¹⁹ El Secretario Ejecutivo del CDB ha señalado que *“los contratos son el modo más común de establecer los términos mutuamente convenidos”*.²⁰ En los Artículos 41 a 44 de las Directrices de Bonn se señalan algunos requisitos básicos de las condiciones mutuamente acordadas.

En el Artículo 18 del Protocolo de Nagoya del CDB sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización se aborda específicamente el cumplimiento de las condiciones mutuamente acordadas o convenidas, a saber: *“1. Al aplicar el párrafo 3.g)i) del Artículo 6 y el Artículo 7, cada Parte alentará a los proveedores y usuarios de recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos a que incluyan en las condiciones mutuamente acordadas, según proceda, disposiciones sobre resolución de controversias que abarquen: a) la jurisdicción a la que se someterán todos los procesos de resolución de controversias; b) la ley aplicable; y/o c) opciones para la resolución de controversias alternativa, tales como mediación o arbitraje. 2. Cada parte se asegurará de que sus sistemas jurídicos ofrezcan la posibilidad de presentar recursos, de conformidad con los requisitos jurisdiccionales correspondientes en casos de*

¹⁸ Véase la nota 1 *supra*, pág. 10 del Anexo.

¹⁹ Véase el Artículo 15.4 del CDB.

²⁰ Véase el párr. 32 del documento UNEP/CBD/COP/4/22.

controversias dimanantes de las condiciones mutuamente acordadas. 3. Cada Parte adoptará medidas efectivas, según proceda, respecto a: a) acceso a la justicia; y b) la utilización de mecanismos respecto al reconocimiento mutuo y la aplicación de sentencias extranjeras y laudos arbitrales. 4. La Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo examinará la eficacia de este artículo conforme al Artículo 31 del presente Protocolo”.

En el Artículo 4.1)c) de “La protección de los conocimientos tradicionales: Objetivos y principios revisados” (WIPO/GRTKF/IC/18/15 Prov.) se estipula: *“las medidas y los mecanismos previstos para aplicar el principio del 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; 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”.*

Conocimientos ecológicos tradicionales/conocimientos medioambientales tradicionales

El Instituto Cultural Dene define los “conocimientos medioambientales tradicionales” como *“un conjunto de conocimientos y creencias transmitidos por medio de la tradición oral y obtenidos por observación directa. Este conjunto incluye un sistema de clasificación, un conjunto de observaciones empíricas acerca del medio ambiente local y un sistema de autogestión que rige la utilización de los recursos. Los aspectos ecológicos están íntimamente relacionados con los aspectos sociales y espirituales del sistema de conocimientos. La cantidad y calidad de los conocimientos ecológicos tradicionales varía entre los miembros de la comunidad, en función de su sexo, edad, condición social, capacidad intelectual y profesión (cazador, líder espiritual, curandero, etc.). Con sus raíces firmemente arraigadas en el pasado, los conocimientos ecológicos tradicionales son a la vez acumulativos y dinámicos, se construyen a partir de la experiencia de las generaciones anteriores y se adaptan a los nuevos cambios tecnológicos y socioeconómicos del presente.”* (Traducción oficiosa de la Oficina Internacional).²¹

Los conocimientos ecológicos tradicionales también pueden definirse como *“un cuerpo acumulativo de conocimientos y creencias, transmitidos de generación en generación por transmisión cultural y que versan sobre las relaciones que establecen los seres humanos entre sí y con su entorno. Asimismo, los conocimientos ecológicos tradicionales son un atributo de las sociedades con continuidad histórica en las prácticas relativas al uso de los recursos; por lo general se trata de sociedades no industrializadas o tecnológicamente no muy avanzadas, la mayoría de ellas indígenas o tribales”.* (Traducción oficiosa de la Oficina Internacional).²²

Conocimientos indígenas

La expresión “conocimientos indígenas” se utiliza para describir *“los conocimientos que poseen y utilizan comunidades, pueblos y naciones indígenas”.*²³ En ese sentido, los “conocimientos

²¹ Véase también Marc G. Stevenson. *“Indigenous Knowledge in Environmental Assessments”*, 49 ARCTIC 278 (1996), pág. 281.

²² Fikret Berkes, *Traditional Ecological Knowledge in Perspective. Traditional Ecological Knowledge: Concepts and Cases*. International Program on Traditional Ecological Knowledge and International Development Research Centre, Ottawa.

²³ También se indica que la expresión “conocimientos indígenas” se utiliza para referirse a los conocimientos que de por sí son “indígenas”. En ese sentido, las expresiones “conocimientos tradicionales” y “conocimientos indígenas” son intercambiables. Véase el Informe de la OMPI relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales (1998-1999): *Conocimientos tradicionales: Necesidades y expectativas en materia de propiedad*

tradicionales” vendrían a ser los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas. Por consiguiente, los conocimientos indígenas encajan en la categoría de conocimientos tradicionales pero los conocimientos tradicionales no son forzosamente indígenas.²⁴

Conocimientos tradicionales (CC.TT.)²⁵

En el contexto del Comité se utiliza la expresión “conocimientos tradicionales” en un sentido más estrecho para referirse a los conocimientos como tales, en particular, 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.”*²⁶

El ámbito de los conocimientos tradicionales que podrían ser objeto de protección jurídica se precisa como conocimientos tradicionales los que:

“ i) se crean y preservan en un contexto tradicional y se transmiten de una generación a otra;

ii) están particularmente vinculados a un pueblo o comunidad indígena o tradicional, que los preserva y transmite de una generación a otra; y

*iii) son parte integrante de la identidad cultural de un pueblo o comunidad indígena o tradicional que es reconocido como su poseedor porque sobre ellos ejerce su custodia, conservación, posesión colectiva o responsabilidad cultural. Esta relación podría expresarse oficial u oficiosamente en las prácticas, protocolos o leyes consuetudinarios o tradicionales.”*²⁷

Conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos

El término “conocimientos tradicionales asociados a recursos los genéticos” se utiliza en relación con el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

[Continuación de la nota de la página anterior]

intelectual”, págs. 23-24. Véase también “Lista y breve explicación técnica de las diversas formas que pueden presentar los conocimientos tradicionales (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9, párr. 41 del Anexo.

²⁴ También se indica que la expresión “conocimientos indígenas” se utiliza para referirse a los conocimientos que de por sí son “indígenas”. En ese sentido, las expresiones “conocimientos tradicionales” y “conocimientos indígenas” son intercambiables. Véase el Informe de la OMPI relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales (1998-1999): Conocimientos tradicionales: Necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual”, pág. 23. Véase también “Lista y breve explicación técnica de las diversas formas que pueden presentar los conocimientos tradicionales (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9, párr. 41 del Anexo.

²⁵ “Conocimientos tradicionales” como descripción general de la materia incluye por lo general el patrimonio intelectual y el patrimonio cultural inmaterial, las prácticas y los sistemas de conocimientos de las comunidades tradicionales, particularmente de las comunidades indígenas y locales (conocimientos tradicionales en sentido general o extenso). Dicho de otra forma, los conocimientos tradicionales en sentido general se refieren al contenido de los conocimientos propiamente dichos y a las expresiones culturales tradicionales, incluidos los signos y símbolos asociados a conocimientos tradicionales.

²⁶ Artículos 3.2) recogido en “La protección de los conocimientos tradicionales: Objetivos y principios revisados” (WIPO/GRTKF/IC/18/5).

²⁷ Artículo 4 recogido en “La protección de los conocimientos tradicionales: Objetivos y principios revisados” (WIPO/GRTKF/IC/18/5).

Algunos expertos de la Reunión del grupo de expertos técnicos y jurídicos sobre conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos en el contexto del régimen internacional de acceso y participación en los beneficios propusieron que se entienda por “conocimientos tradicionales asociados con recursos los genéticos” “*los conocimientos que son específicos o generales en su relación con los recursos genéticos*”.²⁸

Algunas moléculas/propiedades/ingredientes activos de los recursos genéticos se pueden identificar en los materiales genéticos sin el apoyo de conocimientos tradicionales, y otros con el apoyo de conocimientos tradicionales.²⁹ Aunque en la mayoría de los casos los recursos genéticos parecen estar asociados a conocimientos tradicionales, también se reconoció que no todos los recursos genéticos están asociados a conocimientos tradicionales.³⁰ En el artículo 37 de las Directrices de Bonn sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios provenientes de su utilización se estipula que “[/]a autorización de acceso a recursos genéticos no implica necesariamente autorización para utilizar los conocimientos correspondientes y viceversa.”

Conocimientos tradicionales codificados

Por “conocimientos tradicionales codificados” se entienden los “*conocimientos tradicionales que se presentan de una manera sistemática y estructurada, en la que los conocimientos están ordenados, organizados, clasificados y categorizados de alguna forma*”³¹.

En el artículo 1.2) de “La protección de los conocimientos tradicionales: Objetivos y principios revisados” (WIPO/GRTKF/IC/18/5) se estipula que los conocimientos tradicionales abarcan “*conocimientos especializados, capacidades, innovaciones, prácticas y enseñanzas [...] contenidos en sistemas codificados de conocimientos transmitidos de una generación a otra.*”

“En el ámbito de la medicina tradicional, por ejemplo, el Equipo sobre Medicina Tradicional de la Organización Mundial de la Salud (OMS) distingue entre a) sistemas *codificados* de medicina tradicional, que han sido divulgados por escrito en antiguos escritos y que pertenecen enteramente al dominio público, por ejemplo, la medicina Ayurveda divulgada en los antiguos escritos de sánscrito³² o la medicina tradicional china divulgada en antiguos textos médicos chinos³³; y b) conocimientos de medicina tradicional *no codificados* que no se han fijado por escrito, y que a menudo siguen siendo sin ser divulgados por los poseedores de conocimientos tradicionales y se transmiten en forma de tradición oral de generación en generación. Por ejemplo, en Asia meridional, los sistemas de conocimientos codificados incluyen el sistema Ayurvédico de medicina, que está codificado en los 54 libros autorizados del sistema Ayurvédico,

²⁸ Véase UNEP/CBD/WG-ABS/8/2, Informe de la reunión del grupo de expertos técnicos y jurídicos sobre conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos en el contexto del régimen internacional de acceso y participación en los beneficios, párr. 12 del Anexo.

²⁹ Ídem, párr. 6 del Anexo.

³⁰ Ídem, párr. 7 del Anexo.

³¹ “Lista y breve descripción técnica de las diferentes formas que pueden presentar los conocimientos tradicionales” (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9), párr. 16 del Anexo.

³² La medicina Ayurveda es un sistema codificado de medicina tradicional que se legó por escrito en el período védico, cuando los arios compilaron los cuatro Vedas (1500-1800 A.C.) y cuyas referencias máximas se hallan en el *Rigveda* y el *Atharvaveda*.

³³ La medicina tradicional china fue codificada y se divulgó inicialmente por escrito en el *Canon de Medicina Interna del Emperador Amarillo*, primer clásico monumental que estableció la medicina tradicional china. El Canon se compiló durante varios cientos de años y apareció entre los años 300 y 100 A.C.

el sistema Siddha, codificado en 29 libros autorizados y la tradición Unani Tibb, codificada en 13 libros autorizados³⁴,³⁵.

Otros distinguen entre i) conocimientos tradicionales codificados, es decir, conocimientos tradicionales que constan por escrito y que están en el dominio público; y ii) conocimientos tradicionales no codificados que forman parte de la tradición oral de comunidades indígenas.³⁶

En la “Lista y breve descripción técnica de las diversas formas que pueden presentar los conocimientos tradicionales” (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9) se abordan con mayor detenimiento los conocimientos tradicionales codificados y los conocimientos tradicionales no codificados.

Conocimientos tradicionales divulgados

Por “conocimientos tradicionales divulgados” se entiende “los conocimientos tradicionales *[que son accesibles a las personas que no son miembros de la comunidad indígena o local a la que se considera “poseedora” de los [conocimientos tradicionales]. Esos [conocimientos tradicionales] pueden ser objeto de fácil acceso tras su catalogación en medios tangibles, por Internet o mediante otros tipos de telecomunicación o registro. Los [conocimientos tradicionales] pueden divulgarse a terceros o a personas que no sean miembros de las comunidades indígenas y locales en las que se originaron los [conocimientos tradicionales], con o sin autorización de las comunidades indígenas y locales.*”³⁷

En el artículo 8 de “La protección de los conocimientos tradicionales: Objetivos y principios revisados” (WIPO/GRTKF/IC/18/5) se estipula que los registros de los conocimientos tradicionales “*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*”.

En la “Lista y breve descripción técnica de las diversas formas que pueden presentar los conocimientos tradicionales” (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9) se abordan con mayor detenimiento los conocimientos tradicionales divulgados y los conocimientos tradicionales no divulgados.

Consentimiento fundamentado previo³⁸

En diversos instrumentos internacionales se hace alusión explícita o implícita al derecho o principio de “*consentimiento fundamentado previo*”, a veces denominado también “*consentimiento fundamentado previo y libre*”, en particular en los instrumentos relativos al medio ambiente, como en el artículo 6.4 del Convenio de Basilea de 1989 sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, y en el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

En lo que respecta al acceso a recursos genéticos, en el artículo 15.5 del Convenio sobre la Diversidad Biológica se estipula que “*estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporciona los recursos, a menos que esa Parte decida otra cosa*”.

³⁴ En la India, la primera lista de la Ley de Fármacos y Cosméticos, N° 23 de 1940, modificada por la Ley de Fármacos y Cosméticos (enmienda) N° 71 de 1986, especifica los libros autorizados de los sistemas Ayurvédico, Siddha y Unani Tibb.

³⁵ “Inventario de bases de datos en línea de catalogación de conocimientos tradicionales” (WIPO/GRTKF/IC/3/6), párr. 8. Véase también, Karin Timmermans y Togi Hutadjulu: “The TRIPs Agreement and Pharmaceuticals: Report of an ASEAN Workshop on the TRIPs Agreement and its Impact on Pharmaceuticals”, pág. 45.

³⁶ Intervención de la Delegación del Canadá. Véase el informe de la segunda sesión (OMPI/GRTKF/IC/2/16), párr. 131.

³⁷ Véase la nota 31 *supra*, párr. 4 del Apéndice.

³⁸ Véase la nota 1 *supra*, pág. 11 del Anexo.

En el artículo 16.1) del Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica se estipula que “[c]ada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política apropiadas, eficaces y proporcionales, según proceda, para asegurar que se haya accedido a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos utilizados dentro de su jurisdicción de conformidad con el consentimiento fundamentado previo o con la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales y que se hayan establecido condiciones mutuamente acordadas como se especifica en la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios de la otra Parte donde se encuentran dichas comunidades indígenas y locales”.

El concepto tiene su origen en la ética médica, en cuyo marco el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar un determinado tratamiento médico tras haber sido informado de todos los riesgos y beneficios del mismo. Por ejemplo, en el artículo 5 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 1997, se estipula que “una investigación, un tratamiento o un diagnóstico en relación con el genoma de un individuo, sólo podrá efectuarse previa evaluación rigurosa de los riesgos y las ventajas que entrañe [...]” y “en todos los casos, se recabará el consentimiento previo, libre e informado de la persona interesada”. En el artículo 6 de la Declaración sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO de 2005 se exige el “previo consentimiento libre e informado de la persona interesada”, en lo que respecta a “toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica” o “investigación científica”.

En el artículo 4.1) recogido en “La protección de los conocimientos tradicionales: objetivos y principios revisados” (WIPO/GRTKF/IC/18/5) se estipula que “a) El principio del consentimiento fundamentado previo debe regir todo acceso a los conocimientos tradicionales de manos de sus poseedores tradicionales, con sujeción a los presentes principios y a las legislaciones nacionales pertinentes. b) El poseedor de los conocimientos tradicionales debe tener 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 adecuada, con arreglo a lo previsto en la legislación nacional aplicable. c) 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; deben garantizar la certidumbre y la claridad jurídicas; y deben permitir que se establezcan condiciones consensuadas para la participación equitativa en los beneficios derivados del uso de esos conocimientos.”

Conservación

El concepto de conservación se basa en dos elementos amplios; en primer lugar, la conservación del contexto social y cultural en el que se enmarcan los conocimientos tradicionales, de manera que se mantenga el marco tradicional para facilitar, transmitir y gobernar el acceso a los conocimientos tradicionales; y en segundo lugar, la conservación de los conocimientos tradicionales en forma fija, como cuando se catalogan los conocimientos tradicionales técnicos o medicinales. La conservación puede tener como fin contribuir a que los conocimientos tradicionales se mantengan vivos para las generaciones futuras de la comunidad original y velar por su continuidad en un marco fundamentalmente tradicional y consuetudinario, o poner los conocimientos tradicionales a disposición de un público más amplio (incluidos

académicos e investigadores), en reconocimiento de su importancia como parte del patrimonio colectivo cultural de la humanidad.³⁹

Contexto tradicional

Se califica de “tradicionales” a los conocimientos desarrollados de conformidad con las reglas, protocolos y costumbres de una determinada comunidad, y no porque sean antiguos. En otras palabras el adjetivo “tradicional” califica el método de creación de los conocimientos tradicionales y no los propios conocimientos.⁴⁰

Como se indica en “Elementos de un sistema Sui generis de protección de los conocimientos tradicionales” (WIPO/GRTKF/IC/4/8), los conocimientos tradicionales son “tradicionales” porque se crean de tal manera que reflejan las tradiciones de las comunidades. De ahí que el término “tradicionales” no se relacione necesariamente con la naturaleza de los conocimientos, sino con la manera en que esos conocimientos se crean, se conservan y se difunden.⁴¹

En el artículo 4 recogido en “La protección de los conocimientos tradicionales: Objetivos y principios revisados” (WIPO/GRTKF/IC/18/5) se estipula que “[l]a protección debe aplicarse al menos a los conocimientos tradicionales que: i) se crean y preservan en un contexto tradicional y se transmiten de una generación a otra; ii) están particularmente vinculados a un pueblo o comunidad indígena o tradicional, que los preserva y transmite de una generación a otra; y iii) son parte integrante de la identidad cultural de un pueblo o comunidad indígena o tradicional que es reconocido como su poseedor porque sobre ellos ejerce su custodia, conservación, posesión colectiva o responsabilidad cultural”.⁴²

Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB)⁴³

Convenio internacional adoptado en 1992 durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro (Brasil). Conforme a su artículo 1, tiene por objetivos “la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada”. El CDB entró en vigor el 29 de diciembre de 1993.

Custodio

En el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas se define el término “custodio” en tanto que “*cuidador, guardián, vigilante, depositario*”. A su vez, en el diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española se define “custodio” como “*encargado de custodiar*” y se define el verbo “custodiar” como “*guardar con cuidado y vigilancia*”.

En el contexto de los conocimientos tradicionales, el término “custodio” se refiere a las comunidades, pueblos, individuos y otras entidades que, conforme a las normas

³⁹ Reseña de las actividades y resultados del Comité Intergubernamental (WIPO/GRTKF/IC/5/12), párr. 19

⁴⁰ Nino Pires de Carvalho, *From the Shaman's Hut to the Patent Office: A Road Under Construction*. Capítulo 18 de *Biodiversity and the Law*, pág. 244

⁴¹ Elementos de un sistema sui generis de protección de los conocimientos tradicionales (WIPO/GRTKF/IC/4/8), párr. 27.

⁴² Véase la nota 27 *supra*.

⁴³ Véase la nota 31 *supra*, pág. 3 del Anexo.

consuetudinarias y otras prácticas, mantienen, utilizan y perfeccionan los conocimientos tradicionales. Remite a una noción que difiere de la de “propiedad” como tal, por cuanto implica un sentido de responsabilidad, a saber, el de velar por que los conocimientos tradicionales se utilicen en sintonía con los valores de la comunidad y el Derecho consuetudinario.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó en 2007 la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. La Declaración reconoce la igualdad de derechos humanos de los pueblos indígenas contra la discriminación cultural y persigue promover el respeto mutuo y las relaciones armoniosas entre los pueblos indígenas y los Estados.

En relación con los conocimientos tradicionales, las expresiones culturales tradicionales y los recursos genéticos, en el artículo 31.1 se estipula que: “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.” En el artículo 31.2 se estipula además que “[c]onjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos.”

Sobre la medicina tradicional, en el artículo 24 se estipula que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital.”

Derecho y Protocolo consuetudinarios

En el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas se define el Derecho consuetudinario como “*el que nace de la costumbre; el Derecho no escrito. En los pueblos primitivos, en un estadio preliminar de la cultura jurídica, este Derecho es el primero y exclusivo durante mucho tiempo*”.

El Derecho consuetudinario también ha sido definido como “conjunto de principios reconocidos a nivel local y de normas más específicas, mantenidas y transmitidas por vía oral y aplicadas por las instituciones comunitarias para regir todos los aspectos de la vida”.⁴⁴

La forma en que están plasmadas las leyes consuetudinarias difiere de un caso a otro. Por ejemplo, dichas leyes pueden estar codificadas, escritas o ser orales, y estar formuladas explícitamente o aplicadas en prácticas tradicionales. Otro elemento importante es determinar en qué medida esas leyes son realmente objeto de reconocimiento “oficial” y/o están vinculadas al sistema jurídico nacional del país en el que reside la comunidad. Un factor decisivo a la hora de determinar si las costumbres gozan de la condición de ley es saber si la comunidad las concibe en tanto que normas con efecto vinculante o si se trata únicamente de una forma de describir prácticas concretas.

⁴⁴ Proteger los derechos de la comunidad sobre los conocimientos tradicionales: repercusiones de las leyes y prácticas consuetudinarias. Seminario de planificación de la investigación, Cuzco (Perú), 20 a 25 de mayo de 2005.

En el artículo 1.3)iii) de “La protección de los conocimientos tradicionales: Objetivos y principios revisados” (WIPO/GRTKF/IC/18/5) se estipula lo siguiente: *“la protección deberá aplicarse al menos a los conocimientos tradicionales que: [...] iii) son parte integrante de la identidad cultural de una comunidad indígena o tradicional o de un pueblo que es reconocido como su poseedor porque sobre ellos ejerce su custodia, conservación, pertenencia colectiva o responsabilidad cultural. Esa relación podría expresarse oficial u oficiosamente en las prácticas, protocolos o leyes consuetudinarios o tradicionales [...]”*. En el artículo 2 se estipula: *“en la medida de lo posible y si resulta adecuado, el derecho a gozar de los beneficios de la protección debe concederse conforme a los protocolos, acuerdos, leyes y prácticas consuetudinarios de esos pueblos y comunidades”*. En el artículo 4.2)e) se estipula: *“las leyes consuetudinarias de las comunidades locales pueden desempeñar un papel importante en relación con la participación en los beneficios que pueden derivarse del uso de los conocimientos tradicionales”*.

Derechos del agricultor

En el artículo 9.1 del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura se reconoce *“la enorme contribución que han aportado y siguen aportando las comunidades locales e indígenas y los agricultores de todas las regiones del mundo, en particular los de los centros de origen y diversidad de las plantas cultivadas, a la conservación y el desarrollo de los recursos fitogenéticos que constituyen la base de la producción alimentaria y agrícola en el mundo entero”*.

En el artículo 9.2 se definen los “derechos del agricultor” en tanto que *“a) la protección de los conocimientos tradicionales de interés para los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura; b) el derecho a participar equitativamente en la distribución de los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura; y c) el derecho a participar en la adopción de decisiones, a nivel nacional, sobre asuntos relativos a la conservación y la utilización sostenible de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura”*.

En el artículo 2 del Código Internacional de Conducta para la Recolección y Transferencia de Germoplasma, de la FAO, se definen esos derechos como *“derechos que provienen de la contribución pasada, presente y futura de los agricultores a la conservación, mejora y disponibilidad de los recursos fitogenéticos, particularmente los de los centros de origen/diversidad. Esos derechos se confieren a la comunidad internacional, como depositaria para las generaciones presente y futuras de agricultores, con el fin de asegurar que dichos agricultores se beneficien plenamente y continúen contribuyendo, y velen por el cumplimiento de los objetivos generales del Compromiso Internacional”*.

Directrices de Bonn sobre el acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios provenientes de su utilización (Directrices de Bonn)⁴⁵

Las Directrices de Bonn fueron adoptadas en 2002 por la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica a fin de proporcionar orientación acerca de la aplicación de las disposiciones previstas en los artículos 8.j), 10.c), 15, 16 y 19 del CDB relativos al acceso a los recursos genéticos y la participación en los beneficios. Las Directrices no son vinculantes y están destinadas a diversos sectores interesados⁴⁶. Abarcan aspectos de procedimiento y

⁴⁵ Véase la nota 1 *supra*, pág. 3 del Anexo.

⁴⁶ Véanse los artículos 1, 7.a) y 17 a 21 de las Directrices de Bonn.

reglamentación, en particular, en relación con el consentimiento fundamentado previo, y señalan formas monetarias y no monetarias de participación en los beneficios⁴⁷.

Directrices de propiedad intelectual sobre acceso y participación en los beneficios⁴⁸

Desde su primera sesión, el Comité respaldó la elaboración, por parte de la OMPI, de directrices de propiedad intelectual sobre acceso y participación en los beneficios. Se propuso que las directrices se basaran en un estudio sistémico de acuerdos contractuales reales y tipo siguiendo la estructura de la base de datos de la OMPI de los acuerdos de acceso y participación en los beneficios relacionados con la biodiversidad.⁴⁹

Se preparó un primer borrador⁵⁰ teniendo en cuenta los principios operativos señalados por el Comité con respecto a la elaboración de tales directrices.⁵¹ Posteriormente, dicho borrador fue actualizado con motivo de la decimoséptima sesión del Comité.⁵²

La finalidad de las directrices de propiedad intelectual para el acceso y la participación en los beneficios es ayudar a los proveedores y a los beneficiarios de los recursos genéticos a negociar, definir y formular los aspectos de P.I. de las condiciones mutuamente acordadas o convenidas para el acceso a los recursos genéticos y la participación en los beneficios derivados de esos recursos. Su objetivo es además ilustrar las principales cuestiones de P.I. que pueden plantearse a los proveedores y beneficiarios de los recursos al negociar un acuerdo, un contrato o una licencia. La diversidad de legislaciones nacionales y de intereses concretos de los proveedores y los beneficiarios puede dar lugar a una gran cantidad de opciones a la hora de negociar y de redactar las disposiciones propiamente dichas. Así pues, las directrices tienen por objeto ayudar a los proveedores y a los beneficiarios a asegurar que el acceso y la participación en los beneficios se ejecuten con arreglo a condiciones equitativas y mutuamente acordadas, pero no se pretende prescribir con ellas una pauta o determinadas opciones.

Por otra parte, ningún contenido de las directrices afecta a los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales, incluido su derecho a establecer condiciones para el acceso y la participación en los beneficios. Las directrices tendrán únicamente carácter voluntario e ilustrativo. Y no sustituirán a la legislación internacional, regional o nacional correspondiente.⁵³

Los conocimientos tradicionales se asocian a menudo con los recursos genéticos, y esto puede aportar valiosas indicaciones sobre el modo en que éstos últimos pueden preservarse, conservarse, y utilizarse en beneficio de la humanidad.⁵⁴ Las directrices se aplican también a los conocimientos tradicionales relacionados con los recursos genéticos.

Disponibilidad pública

Los expertos que participaron en la Reunión del grupo de expertos técnicos y jurídicos sobre conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos en el contexto del régimen

⁴⁷ Véanse los artículos 24 a 50 y el Apéndice II de las Directrices de Bonn.

⁴⁸ Véase la nota 1 *supra*, págs. 7-8 del Anexo.

⁴⁹ Véase el parr. 133 del documento WIPO/GRTKF/IC/2/3; véase también el Glosario de los términos más importantes en relación con la propiedad intelectual y los recursos genéticos (WIPO/GRTKF/IC/18/INF/9, pág. 4 del Anexo).

⁵⁰ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/7/9 (Los recursos genéticos: proyecto de directrices de propiedad intelectual para el acceso a los recursos genéticos y la participación equitativa en los beneficios).

⁵¹ Véanse los principios operativos en el documento WIPO/GRTKF/IC/2/3, sección V.B, pág. 50.

⁵² Véase la nota 7 *supra*.

⁵³ Véase la nota 7 *supra*.

⁵⁴ Ídem, pág. 4 del Anexo.

internacional de acceso y participación en los beneficios examinaron la expresión “dominio público” y la expresión “disponibilidad pública”, en particular, respecto de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos: *“el término dominio público, que se utiliza para indicar libre disponibilidad, se ha tomado fuera de contexto y aplicado a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos que están disponibles públicamente. La interpretación común de disponible públicamente no significa disponible en forma gratuita. La interpretación común de disponibilidad pública podría significar que existe la condición de imponer condiciones mutuamente acordadas, tales como pagar por el acceso. A menudo, se ha considerado que los conocimientos tradicionales son de dominio público y, por lo tanto, están libremente disponibles una vez que se haya accedido a los mismos y se los haya retirado de su contexto cultural y divulgado. Pero no se puede presuponer que los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos que están disponibles públicamente no pertenecen a alguien. Dentro del concepto de disponibilidad pública, se podría requerir el consentimiento fundamentado previo de un titular de conocimientos tradicionales que se puede identificar, así como se podrían aplicar disposiciones sobre participación en los beneficios, inclusive cuando se pueda distinguir un cambio de utilización respecto a un consentimiento fundamentado previo otorgado con anterioridad. Cuando no se pueda identificar a un titular, el Estado, por ejemplo, podría adoptar una decisión respecto a los beneficiarios.”*⁵⁵

La expresión “ya estaban a disposición” se utiliza en el artículo 6.2) recogido en “La protección de los conocimientos tradicionales: Objetivos y principios revisados” (WIPO/GRTK/IC/18/5), en la siguiente formulación *“[e]n 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.”*

En la “Nota sobre los significados de la expresión “dominio público” en el sistema de propiedad intelectual, con referencia especial a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore” (WIPO/GRTK/IC/17/INF/8) se examina detenidamente el significado de la expresión “dominio público” en relación con los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales.⁵⁶

Diversidad biológica⁵⁷

En el artículo 2 del CDB se define la “diversidad biológica”, que a menudo se abrevia con el término “biodiversidad”, como la *“variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas”*.

Documentación mínima del PCT⁵⁸

Según el Glosario del PCT de la OMPI, podría definirse “documentación mínima” como *“documentos que la Administración encargada de la búsqueda internacional debe consultar, a fin de descubrir el estado de la técnica pertinente. Esto se aplica, asimismo, a la Administración*

⁵⁵ Véase la nota 28 *supra*.

⁵⁶ Véase “Nota sobre los significados de la expresión “dominio público” en el sistema de propiedad intelectual, con referencia especial a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore” (WIPO/GRTK/IC/17/INF/8).

⁵⁷ Véase la nota 1 *supra*, pág. 1 del Anexo.

⁵⁸ Ídem, pág. 9 del Anexo.

encargada del examen preliminar internacional con respecto a su labor de examen. La documentación comprende algunos documentos publicados relativos a patentes y de otra índole contenidos en una lista publicada por la Oficina Internacional. La documentación mínima se establece en la regla 34 del Reglamento del PCT.⁵⁹

En las Directrices de búsqueda internacional del PCT, la documentación internacional mínima de búsqueda se define como “una colección de documentos clasificados sistemáticamente (o sistemáticamente accesibles por cualquier otro medio) de una manera adecuada para la búsqueda en función del objeto de los documentos, que son esencialmente documentos de patentes empleados por cierto número de artículos de revistas y elementos de la literatura distinta de la de patentes”.⁶⁰

En febrero de 2003, con ocasión de la séptima reunión de las Administraciones Internacionales del PCT se llegó a un acuerdo de principio, en el sentido de incluir la documentación en materia de conocimientos tradicionales en la parte dedicada a la literatura distinta de la de patentes de la Documentación mínima del PCT.⁶¹ Por ejemplo el *Indian Journal of Traditional Knowledge* y el *Korean Journal of Traditional Knowledge* se consideran literatura distinta de la de patentes en “Documentación Mínima del PCT – Lista de publicaciones periódicas: Publicaciones periódicas que deben emplearse en la búsqueda y el examen”.

Dominio público⁶²

En general, se considera que una obra forma parte del dominio público si no existe una restricción jurídica sobre su uso por parte del público.⁶³

En el diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española se define “dominio público” como “[s]ituación en que quedan las obras artísticas e intelectuales tras el vencimiento del plazo que da derecho a su explotación exclusiva por el autor o sus herederos, y que implica la libertad de reproducción, representación o edición”. Para la referencia del término en inglés se utilizó el diccionario jurídico de Black, en el que “*public domain*” se define como un conjunto de invenciones y obras creativas que no están protegidas por derechos de propiedad intelectual y, por ello, están a disposición de quien quiera utilizarlas gratuitamente. Cuando los derechos que confieren el derecho de autor, las marcas, las patentes o los secretos comerciales se pierden o expiran, la propiedad intelectual que tales derechos protegían pasa a formar parte del dominio público y cualquiera puede apropiarse de dicha propiedad intelectual sin que se le pueda demandar por violación de derechos.

En el ámbito del derecho de autor y los derechos conexos, el dominio público se define como “el ámbito de las obras y objetos de derechos conexos que pueden utilizarse y explotarse por cualquiera sin autorización y sin la obligación de abonar una remuneración a los titulares correspondientes de los derechos de autor o derechos conexos – como norma, debido a la expiración del plazo de protección, o debido a la ausencia de un tratado internacional que garantice la protección para estos titulares en un país determinado”.⁶⁴

En general, el dominio público en lo tocante al Derecho de patentes consiste en los conocimientos, ideas e innovaciones sobre los que ninguna persona u organización posee

⁵⁹ Disponible en: <http://www.wipo.int/pct/es/texts/glossary.html>.

⁶⁰ Párrafo IX-2.1, Directrices de búsqueda internacional del PCT (en vigor desde el 18 de septiembre de 1998).

⁶¹ Documentación mínima del PCT, documento PCT/MIA/9/4.

⁶² Véase la nota 1 *supra*, pág. 12 del Anexo.

⁶³ Véase el documento SCP/13/5

⁶⁴ Publicación de la OMPI “Guía sobre los tratados de derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI y Glosario de términos y expresiones sobre derecho de autor y derechos conexos”.

derechos de propiedad intelectual. Conocimientos, ideas e innovaciones pasan a formar parte del dominio público si no pesa sobre ellos ninguna restricción jurídica de uso (que varía según las diferentes legislaciones, dando lugar a dominios públicos diferentes); si vence la duración de la patente (normalmente 20 años); si la patente no se renueva; si se revoca o, por último, si se invalida.⁶⁵

El papel, el perfil y las limitaciones del dominio público son objeto de activo debate en diversas instancias, entre ellas la OMPI y el presente Comité. En el documento WIPO/GRTKF/IC/7/INF/8 se examina más detenidamente el significado de “dominio público” en relación con los CC.TT.⁶⁶

Estado de la técnica⁶⁷

En términos generales, el estado de la técnica es toda la información que ya existía antes de la presentación de la solicitud o la fecha de prioridad de una solicitud de patente, en forma escrita o divulgada oralmente. Algunos instrumentos jurídicos distinguen entre publicación impresa, divulgación oral y utilización anterior y en qué momento se produjeron tales divulgaciones o sacaron a la luz tales publicaciones.⁶⁸

A los efectos del PCT, en la regla 33.1 del Reglamento del PCT, “estado de la técnica” se define como *“todo lo que se haya puesto a disposición del público en cualquier lugar del mundo mediante una divulgación escrita (con inclusión de dibujos y otras ilustraciones) y que sea susceptible de ayudar a determinar si la invención reivindicada es nueva o no, y si implica o no actividad inventiva (es decir, si es evidente o no lo es), a condición de que la puesta a disposición del público haya tenido lugar antes de la fecha de presentación internacional”*.

En el caso de Europa, en el artículo 54.2 del Convenio sobre la Patente Europea se define el término equivalente *“[e]l estado de la técnica está constituido por todo lo que antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente europea se ha hecho accesible al público por una descripción escrita u oral, por una utilización o por cualquier otro medio”*. En referencia a esta disposición del Convenio sobre la Patente Europea, en las Directrices de Examen de la Oficina Europea de Patentes (OEP) se señala que *“[...] conviene tener en cuenta que esta definición es amplia. No se establece restricción alguna en lo que respecta al lugar geográfico, la forma y el idioma en que el estado de la técnica fue puesto a disposición del público. Por otra parte, tampoco se ha establecido ningún límite de antigüedad con respecto a los documentos u otras fuentes de información. Existen, no obstante, ciertas restricciones particulares”* (véase IV, 8) (Traducción oficiosa de la Oficina Internacional).⁶⁹

En el artículo 102 del título 35 del Código de los Estados Unidos, el término “estado de la técnica” se define indirectamente mediante el concepto de novedad como *“toda materia que haya sido conocida o utilizada por otros en este país o patentada o descrita en una publicación impresa en este país o en el extranjero, antes de haber sido inventada por el solicitante de la patente [...]”*. (Traducción oficiosa de la Oficina Internacional).

En el artículo 29 de la Ley de Patentes del Japón, el término “estado de la técnica” se define como *“i) invenciones que fueran notoriamente conocidas en el Japón o en otro país antes de la presentación de la solicitud de patente; ii) invenciones que hayan sido elaboradas públicamente en el Japón o en otro país, antes de la presentación de la solicitud de patente; o iii) invenciones que se hayan descrito en una publicación divulgada o invenciones que hayan sido puestas a*

⁶⁵ Véase la nota 63 *supra*.

⁶⁶ Véase la nota 56 *supra*.

⁶⁷ Véase la nota 1 *supra*, págs. 10 y 11 del Anexo.

⁶⁸ Véase la Publicación de la OMPI N° 489, “WIPO Intellectual Property Handbook”.

⁶⁹ Véase el Capítulo IV, Parte C, de las Directrices de Examen de la Oficina Europea de Patentes. (Traducción oficiosa de la Oficina Internacional).

disposición del público mediante líneas de telecomunicación electrónica en el Japón o en otro país antes de la presentación de la solicitud de patente". (Traducción oficiosa de la Oficina Internacional).

Guía de la OMPI para la gestión de la P.I. en la catalogación de los conocimientos tradicionales

Los programas de catalogación pueden plantear cuestiones relativas a la propiedad intelectual a los poseedores de conocimientos tradicionales y a los custodios de recursos genéticos. Durante el proceso de catalogación es especialmente importante examinar con detenimiento sus consecuencias desde el punto de vista de la propiedad intelectual.⁷⁰ La Guía se centra en la gestión de los problemas que se plantean en el ámbito de la propiedad intelectual durante el proceso de catalogación, y en ella se tiene en cuenta dicho proceso como punto de partida para una gestión más provechosa de los conocimientos tradicionales en calidad de activo cultural e intelectual de la comunidad.⁷¹ La Guía está estructurada en torno a tres fases relativas a la catalogación, a saber, antes de la catalogación, durante la catalogación y después de la catalogación, con el fin de ilustrar de forma más clara las distintas cuestiones relativas a la propiedad intelectual que se plantean en cada etapa de la catalogación.⁷²

La Guía está especialmente concebida para ser utilizada por los poseedores de conocimientos tradicionales o custodios de recursos biológicos, en particular, las comunidades locales e indígenas y sus representantes. La Guía también puede resultar útil para otros usuarios, tales como las instituciones que procedan a la catalogación de conocimientos tradicionales y recursos biológicos (un museo, archivo, banco de genes, jardín botánico, etc.); los asesores jurídicos o de política de los custodios de recursos biológicos y los poseedores de conocimientos tradicionales; las instituciones de investigación (universidades, programas de fitomejoramiento participativo, etc.); los organismos gubernamentales o del sector público que se ocupen de proyectos de catalogación; los copartícipes del sector privado.⁷³

Durante el proceso de catalogación es posible proteger los conocimientos mediante derechos de propiedad intelectual y otros instrumentos jurídicos, pero únicamente si se toman las medidas adecuadas.⁷⁴ La Guía ayudará a evaluar las opciones de propiedad intelectual, así como a planificar y aplicar las opciones y estrategias de propiedad intelectual a la hora de catalogar conocimientos tradicionales o recursos biológicos.

Innovaciones y creaciones basadas en conocimientos tradicionales / conocimientos tradicionales "como tales"

La expresión se refiere a *"las innovaciones y creaciones basadas en CC.TT. "como tales", objeto de elaboración e innovación más allá de un "contexto tradicional"*⁷⁵.

Los "conocimientos tradicionales" "como tales" se refieren a los *"sistemas de conocimiento, las creaciones e innovaciones que, por lo general, han sido transmitidas de generación en*

⁷⁰ Véase la nota 13 *supra*, párr. 1.

⁷¹ Ídem, párr. 2.

⁷² Proyecto de esquema relativo a una Guía para la gestión de la propiedad intelectual en la catalogación de conocimientos tradicionales (WIPO/GRTKF/IC/4/5), pág. 4 del Anexo.

⁷³ Ídem, párr. 5 del Anexo.

⁷⁴ Ídem.

⁷⁵ Véase la nota 31 *supra*, párr. 37 del Anexo.

*generación; se consideran generalmente como pertenecientes a un pueblo específico o a su territorio, y evolucionan constantemente en función del entorno.*⁷⁶

En la “Lista y breve descripción técnica de las diversas formas que pueden presentar los conocimientos tradicionales” (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9) se examinan los conocimientos tradicionales “como tales” y las innovaciones y creaciones basadas en conocimientos tradicionales.

Medicina tradicional

La OMS define el término “medicina tradicional” como *“[l]a suma total de conocimientos, técnicas y procedimientos basados en las teorías, las creencias y las experiencias indígenas de diferentes culturas, sean o no explicables, utilizados para el mantenimiento de la salud, así como para la prevención, el diagnóstico, la mejora o el tratamiento de enfermedades físicas y mentales.”*⁷⁷

La OMS también define “medicina tradicional” como *“prácticas, enfoques, conocimientos y creencias sanitarias diversas que incorporan medicinas basadas en plantas, animales y/o minerales, terapias espirituales, técnicas manuales y ejercicios aplicados de forma individual o en combinación para mantener el bienestar, además de tratar, diagnosticar y prevenir las enfermedades”*.⁷⁸

Novedad⁷⁹

La novedad es uno de los criterios que se aplican en todo examen de patentes para determinar si se concede una patente. Una invención es nueva si no existe en el estado de la técnica.⁸⁰

En el artículo 33 del PCT se estipula lo siguiente con respecto a la novedad: *“A los efectos del examen preliminar internacional, se considerará nueva una invención reivindicada si no existe anterioridad en el estado de la técnica, tal como se define en el Reglamento”*. En la regla 64.1.a) del Reglamento del PCT se da la siguiente definición de “estado de la técnica”: *“Se considerará que forma parte del estado de la técnica todo lo que se haya puesto a disposición del público en cualquier lugar del mundo mediante una divulgación escrita (con inclusión de los dibujos y demás ilustraciones), siempre que esa puesta a disposición del público haya tenido lugar antes de la fecha pertinente”*.

En el artículo 54 del Convenio sobre la Patente Europea, se define “novedad” del siguiente modo: *“Se considerará que una invención es nueva cuando no esté comprendida en el estado de la técnica. El estado de la técnica está constituido por todo lo que antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente europea se ha hecho accesible al público por una descripción escrita u oral, por una utilización o por cualquier otro medio”*.

En el artículo 102 del título 35 del Código de los Estados Unidos [condiciones de patentabilidad; novedad y pérdida del derecho sobre las patentes], el concepto de “novedad” se define del siguiente modo: *“Toda persona tendrá derecho a obtener una patente salvo que: a) la invención haya sido conocida o utilizada por otros en este país o patentada o descrita en una publicación*

⁷⁶ Informe de la OMPI relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales (1998-1999) “Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual”, pág. 26.

⁷⁷ Pautas generales de la OMS para las metodologías de investigación y evaluación de la medicina tradicional (WHO/EDM/TRM/2000.1), pág. 1

⁷⁸ La estrategia de la OMS sobre medicina tradicional, 2002-2005, pág. 7

⁷⁹ Véase la nota 1 *supra*, pág. 10 del Anexo.

⁸⁰ Véase la pág. 19 de la Publicación de la OMPI N° 489, “WIPO Intellectual Property Handbook”.

impresa en este país o en el extranjero, antes de haber sido inventada por el solicitante de la patente [...]”.(Traducción oficiosa de la Oficina Internacional).

Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO)⁸¹

Organismo especializado de las Naciones Unidas con el mandato de acabar con el hambre y la pobreza en el mundo. Además, tiene el mandato de “*mejorar la nutrición, aumentar la productividad agrícola, elevar el nivel de vida de la población rural y contribuir al crecimiento de la economía mundial*”.⁸²

Patente

Se entiende por patente “*un documento que describe una invención que puede ser fabricada, utilizada y comercializada con la autorización del propietario de la patente. Una invención es una solución a un problema técnico específico. Un documento de patente contiene normalmente al menos una reivindicación, el texto completo de la descripción de la invención y la información bibliográfica, tal como el nombre del solicitante. La protección proporcionada por una patente está limitada en el tiempo (generalmente de 15 a 20 años desde la presentación o la concesión). También está limitada territorialmente al país o países a los que se refiere. Una patente es un acuerdo entre un inventor y un país. El acuerdo permite al propietario impedir a terceros fabricar, utilizar o comercializar la invención reivindicada.*”⁸³

En el artículo 27.1 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) se estipula que “[...] *las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. [...] las patentes se podrán obtener y los derechos de patente se podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país.*”

Poseedor de conocimientos tradicionales

En el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas se define “poseedor” como “*quien posee o tiene algo en su poder*”. A su vez, en el diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española se define “posesión” como una “[s]ituación de poder de hecho sobre las cosas o los derechos, a la que se otorga una protección jurídica provisional que no prejuzga la titularidad de los mismos”. Para la referencia del término en inglés se utilizó el diccionario jurídico de Black, en el que “*holder*” se define como una persona que tiene la posesión jurídica de un instrumento negociable que le otorga el derecho a recibir un pago por éste.

La OMPI utiliza este término para referirse a cualquier persona que cree, genere, desarrolle y practique conocimientos tradicionales en un contexto y unas condiciones tradicionales. Las comunidades, pueblos y naciones indígenas son poseedores de conocimientos tradicionales pero no todos los poseedores de conocimientos tradicionales son indígenas.⁸⁴ En este contexto, “conocimientos tradicionales” se refiere tanto a los conocimientos tradicionales propiamente dichos como a las expresiones culturales tradicionales.

⁸¹ Véase la nota 1 *supra*, pág. 6 del Anexo.

⁸² <http://www.fao.org/about/mission-gov/es/>

⁸³ Glosario PATENTSCOPE® de la OMPI.

⁸⁴ Véase la nota 76 *supra*.

Como se señala en la “Lista y breve descripción técnica de las diversas formas que pueden presentar los conocimientos tradicionales (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9)”, “[p]or lo general, los CC.TT. se crean de forma colectiva o se considera que pertenecen de forma colectiva a una comunidad indígena o local o a grupos de personas dentro de esa comunidad. [...] Sin embargo, es posible que un determinado miembro de una comunidad, por ejemplo, un curandero tradicional o un agricultor, posea conocimientos específicos. Ello queda reconocido en algunas normas nacionales y regionales.”⁸⁵

En la “Lista y breve descripción técnica de las diversas formas que pueden presentar los conocimientos tradicionales” (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9) se abordan con detenimiento los conocimientos tradicionales colectivos y los conocimientos tradicionales individuales.

Protección

En la labor del Comité se ha observado una tendencia a referirse a la “protección” como la defensa de los conocimientos tradicionales contra toda forma de uso no autorizado por terceros.⁸⁶ Se han elaborado y aplican dos formas de protección.

Protección positiva

Se han estudiado dos aspectos de la protección positiva de los conocimientos tradicionales por medio de los derechos de propiedad intelectual; el primero de ellos se aplica a la protección que impide el uso no autorizado, mientras el segundo guarda relación con la explotación activa de los conocimientos tradicionales por la propia comunidad de origen. Además, la utilización de enfoques no relacionados con la propiedad intelectual para la protección positiva de los conocimientos tradicionales puede ser complementaria a la utilización de derechos de propiedad intelectual y puede utilizarse junto con la protección de la propiedad intelectual.⁸⁷ Por ejemplo, mediante la protección positiva de los conocimientos tradicionales se puede impedir el acceso ilegítimo a tales conocimientos o su uso con ánimo de lucro por parte de terceros sin una distribución equitativa de los beneficios; sin embargo, los poseedores de conocimientos tradicionales también podrán utilizar ese tipo de protección para establecer sus propias empresas sobre la base de tales conocimientos.⁸⁸

Protección preventiva

La protección preventiva se refiere a una serie de estrategias para garantizar que un tercero no adquiera derechos de propiedad intelectual infundados o ilegítimos sobre la materia objeto de los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos conexos.⁸⁹ La protección preventiva de los conocimientos tradicionales prevé medidas para impedir o invalidar patentes que reivindicán ilegítimamente como invenciones conocimientos tradicionales preexistentes.

⁸⁵ Véase la nota 31 *supra*, párrafos. 43 y 44 del Anexo.

⁸⁶ Véase la nota 39 *supra*, párr. 20

⁸⁷ Ídem, párrafos 21 y 22

⁸⁸ Ídem, párr. 21

⁸⁹ Ídem, párr. 28

Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica

Durante la décima reunión de la Conferencia de las Partes (COP 10), celebrada en Nagoya (Japón) en octubre de 2010, se adoptó un protocolo. Con arreglo al artículo 1, el objetivo del Protocolo es *“la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, incluso por medio del acceso apropiado a los recursos genéticos y por medio de la transferencia apropiada de tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre dichos recursos y tecnologías y por medio de la financiación apropiada, contribuyendo por ende a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes”*. El Secretario General de las Naciones Unidas será el depositario del Protocolo y lo abrirá a la firma en la Sede de las Naciones Unidas de Nueva York del 2 de febrero de 2011 al 1 de febrero de 2012.

Varios artículos abordan específicamente los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos, como el artículo 7 (Acceso a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos), el artículo 12 (Conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos) y el artículo 16 (Cumplimiento de legislación o los requisitos reglamentarios nacionales sobre acceso y participación en los beneficios para los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos).

Protocolo de Swakopmund sobre la Protección de los Conocimientos Tradicionales y las Expresiones del Folklore

Los Estados miembros de la Organización Regional Africana de la Propiedad Intelectual (ARIPO) adoptaron un protocolo en agosto de 2010 durante la conferencia diplomática celebrada en Swakopmund (Namibia). Con arreglo al artículo 1.1, este Protocolo tiene por objetivo: *“a) los poseedores de conocimientos tradicionales contra cualquier infracción de sus derechos reconocidos por este Protocolo; y b) proteger las expresiones del folclore contra la apropiación indebida, el uso indebido y la explotación ilegal fuera de su contexto tradicional”* (Traducción oficiosa de la Oficina Internacional). El Protocolo entrará en vigor cuando seis Estados miembros de la ARIPO ya sea depositen sus instrumentos de ratificación o instrumentos de adhesión.

Pueblos indígenas

La expresión “pueblos indígenas” ha sido objeto de considerable debate y estudio por cuanto no existe una definición universal estándar sobre la misma.

En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas se reconocen los derechos humanos de que gozan los pueblos indígenas contra la discriminación cultural y se fomenta el respeto mutuo y las relaciones armoniosas entre los pueblos indígenas y los Estados. No obstante, en ella no se da definición alguna de “pueblos indígenas”.

La descripción que del concepto “indígenas” se hace en el estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones autóctonas, preparado por el Relator Especial de la Subcomisión de las Naciones Unidas sobre Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, Sr. J. Martínez Cobo, es considerada una definición de trabajo aceptable por muchos pueblos indígenas y organizaciones que los representan. En el estudio se entiende por comunidades indígenas, los pueblos y las naciones que *“teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios, o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus*

territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales”.

En el Glosario del PNUMA sobre términos relacionados con la diversidad biológica se define a los “pueblos indígenas” como *“pueblos cuyos antepasados vivían en un lugar o país en el momento de la llegada de personas de otra cultura y origen étnico, que los dominaron mediante la conquista, el asentamiento y otros medios y que hoy viven en mayor sintonía con costumbres y tradiciones sociales, económicas y culturales que les son propias que con las del país del que hoy forman parte. (También “pueblos autóctonos” o “pueblos tribales.”)*⁹⁰

En la Ley N° 27811 del Perú, de 24 de julio de 2002, que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos se define “pueblos indígenas” como *“pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se autorreconocen como tales. En éstos se incluye a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, así como a las comunidades campesinas y nativas. La denominación “indígenas” comprende y puede emplearse como sinónimo de “originarios”, “tradicionales”, “étnicos”, “ancestrales”, “nativos” u otros vocablos”.*

El término “aborigen” es un término conexo. En el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas se define la palabra “aborigen” como “originario de un territorio o primer poblador del mismo”. Aun admisible como equivalente de *indígena*, este último vocablo es el usual en las campañas coloniales, para designar a la población nativa. La voz se emplea con preferencia en plural: *aborígenes*. En el Diccionario Oxford se define dicho término también como pueblo que vivía u ocupaba un país antes de la llegada de los colonos europeos [...] y también como nombre característico del pueblo indígena de Australia.

En el artículo 35 de la Constitución del Canadá se estipula lo siguiente: *“[...] el pueblo aborigen del Canadá incluye los pueblos indígena, inuit y mestizo del Canadá.”* En 1996, la *Canadian Royal Commission on Aboriginal People* definió a su grupo destinatario en tanto que: *“...entidades políticas y culturales orgánicas que proceden del pueblo original de América del Norte [...]”.*

Registros de conocimientos tradicionales

Los registros se pueden analizar desde varias perspectivas distintas. Según su naturaleza jurídica, los registros pueden ser ya sea declarativos o constitutivos, en función del sistema en el que se basan.⁹¹

El régimen declarativo en relación con los conocimientos tradicionales reconoce que los derechos sobre éstos no provienen de actos del gobierno sino más bien se basan en derechos preexistentes, incluidos los derechos ancestrales, consuetudinarios, morales y humanos. En el caso de los registros declarativos, pese a que el registro no incide en la existencia de tales derechos, puede servir de ayuda en el análisis del estado de la técnica a cargo de los funcionarios de patentes, así como de sustento para resolver las controversias relacionadas con las patentes concedidas que hacen uso directo o indirecto de conocimientos tradicionales. En los casos en que estos registros estén organizados en un formato electrónico y disponibles por Internet, es importante establecer un mecanismo que garantice la validez de la fecha de incorporación de los conocimientos en los casos de búsquedas relacionadas con la novedad y el

⁹⁰ UNEP Glossary of Biodiversity Terms. Disponible en <http://www.unep-wcmc.org/reception/glossaryF-L.htm>

⁹¹ Véase la nota 12 *supra*, pág. 32.

carácter inventivo. Una tercera función que pueden tener tales registros es la de facilitar la distribución de los beneficios entre los usuarios y los proveedores.⁹²

Los registros constitutivos forman parte de un régimen jurídico que pretende garantizar derechos sobre los conocimientos tradicionales. En los registros constitutivos se inscribe la concesión de derechos (por ejemplo, derechos exclusivos de propiedad) al poseedor de los conocimientos tradicionales como un medio para garantizar la protección y el reconocimiento de sus derechos morales, económicos y legales. La mayoría de modelos de registros constitutivos han sido concebidos como públicos, administrados por una entidad nacional y en virtud de una legislación o reglamentación que determina claramente la forma en que puede realizarse un registro válido de conocimientos tradicionales y la manera en que pueden beneficiar oficialmente de reconocimiento y aceptación. En consecuencia, su concepción puede resultar más difícil y controvertida, y plantear grandes dificultades y preguntas para llevar el concepto a la práctica.⁹³

Como ejemplo de una legislación nacional que prevé el establecimiento de registros de conocimientos tradicionales, en el artículo 16 de la Ley N° 27811 del Perú, de 24 de julio de 2002, que establece el régimen de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos, se estipula que “[l]os Registros de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas tienen por objeto, según sea el caso: a) preservar y salvaguardar los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas y sus derechos sobre ellos; b) proveer al Indecopi de información que le permita la defensa de los intereses de los pueblos indígenas, con relación a sus conocimientos colectivos.”⁹⁴ En el artículo 15 se estipula además que “[l]os conocimientos colectivos de los pueblos indígenas podrán ser inscritos en tres tipos de registros: (a) Registro Nacional Público de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas; (b) Registro Nacional Confidencial de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas; (c) Registros Locales de Conocimientos Colectivos de los Pueblos indígenas.”

En el artículo 8.2 recogido en “La protección de los conocimientos tradicionales: Objetivos y principios revisados” (WIPO/GRTKF/IC/18/5) se estipula que “[e]n 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.”

Requisitos de divulgación⁹⁵

La divulgación forma parte de la base fundamental del Derecho de patentes.⁹⁶ El Derecho de patentes impone una obligación general a los solicitantes de patentes, como se establece en el artículo 5 del Tratado de Cooperación en materia de Patentes: “[...] divulgar la invención de una manera suficientemente clara y completa para que pueda ser realizada por un experto en la materia”. No obstante, la expresión “requisitos de divulgación” se viene utilizando últimamente en relación con las reformas del Derecho de patentes en los planos regional y nacional y con las

⁹² Véase la nota 12 *supra*, pág. 32.

⁹³ Ídem.

⁹⁴ Artículo 16 de la Ley N° 27811 que establece el régimen de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos. La ley está disponible en: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=3420>.

⁹⁵ Véase la nota 1 *supra*, págs. 4 y 5 del Anexo.

⁹⁶ Véase el documento WIPO/GA/32/8, pág. 32 del Anexo.

propuestas de reforma del Derecho internacional de patentes, en virtud de las cuales se obliga específicamente a los solicitantes de patentes a divulgar diversas categorías de información sobre conocimientos tradicionales y recursos genéticos cuando se utilizan para llevar a cabo una invención reivindicada en una patente o en una solicitud de patente.⁹⁷

Se han examinado tres amplias funciones en relación con los métodos de divulgación relativos a los recursos genéticos y conocimientos tradicionales:

- divulgar los recursos genéticos/conocimientos tradicionales utilizados realmente en el proceso de puesta a punto de la invención (función descriptiva o de transparencia, relativa a los recursos genéticos/conocimientos tradicionales como tales y a su relación con la invención);
- divulgar la fuente u origen real de los recursos genéticos/conocimientos tradicionales (divulgación de su fuente de origen, relacionada con el lugar en que se hayan obtenido; este dato puede referirse al país de origen (para aclarar bajo qué jurisdicción se ha obtenido el material de origen) o con una ubicación más específica (por ejemplo, para velar por que pueda accederse a los recursos genéticos, de manera que se garantice la posibilidad de repetir o de reproducir la invención); y
- mostrar un compromiso o proporcionar pruebas del consentimiento fundamentado previo (función de observancia relativa a la legitimidad de los actos de acceso al material de origen de los recursos genéticos/conocimientos tradicionales); a este respecto, puede ser necesario demostrar que los recursos genéticos/conocimientos tradicionales utilizados en la invención han sido obtenidos y utilizados de conformidad con la legislación vigente en el país de origen o de conformidad con las cláusulas de acuerdos específicos de consentimiento fundamentado previo; o demostrar que el acto de solicitar la patente ha sido efectuado de por sí con el consentimiento fundamentado previo necesario.⁹⁸

Por invitación de la Conferencia de las Partes en el CDB, el Comité ha llevado a cabo un estudio técnico sobre esta cuestión y efectuado un examen de los temas relativos a la interrelación del acceso a los recursos genéticos y los requisitos de divulgación en las solicitudes de derechos de P.I., que se ha presentado a la Secretaría del CDB.⁹⁹

En el Comité se han presentado diversas propuestas de escala internacional:

Propuesta de Suiza de introducir un requisito de divulgación en el PCT que afecte tanto a las solicitudes internacionales como nacionales por el cual se obligue a los solicitantes de patentes a declarar la fuente de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales.¹⁰⁰

Propuesta de la Unión Europea y sus Estados miembros, que comprende la imposición de un requisito que obligue a divulgar el país de origen o la fuente de los recursos genéticos en las solicitudes de patente internacionales, regionales y nacionales.¹⁰¹

⁹⁷ Para más información, véase el documento WIPO/GRTKF/IC/16/6, págs. 7 a 11 del Anexo I y la base de datos de medidas legislativas nacionales y regionales del Derecho de patentes, de la División de Conocimientos Tradicionales, disponible en <http://www.wipo.int/tk/en/laws/genetic.html>.

⁹⁸ Véase la pág. 65 de la publicación 786 de la OMPI (Estudio técnico de la OMPI sobre los requisitos para la divulgación de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales).

⁹⁹ Publicación 786 de la OMPI (Estudio Técnico de la OMPI sobre los requisitos para la divulgación de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales); documento WO/GA/32/8 (“Proyecto de examen de las cuestiones relativas a la relación mutua entre el acceso a los recursos genéticos y los requisitos de divulgación en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual”), 2005.

¹⁰⁰ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/11/10 (Propuesta de Suiza) y la pág. 13 del Anexo del documento WIPO/GRTKF/IC/16/6.

Se han formulado propuestas de mecanismos alternativos a los requisitos de divulgación.¹⁰²

Una de las iniciativas internacionales actualmente en curso en relación con el requisito de divulgación es el artículo 29*bis* del Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC, propuesto por varios países.¹⁰³

Sui géneris

En el diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española se define “sui géneris” como “[/]*loc. lat.; literalmente, 'de su género', 'de su especie'*). *loc. adj. [d]icho de una cosa: [d]e un género o especie muy singular y excepcional*”. En el mismo sentido se define “sui generis” en el diccionario jurídico de Black utilizado para la referencia del término en inglés. En el derecho de propiedad intelectual “sui géneris” se emplea para describir un régimen concebido para proteger los derechos que no están contemplados en las doctrinas tradicionales de patentes, marcas, derecho de autor y secreto comercial. Por ejemplo, no se podrá proteger una base de datos mediante el derecho de autor si el contenido no es original, pero podría ser protegida por un sistema sui géneris concebido a esos fines.

Un sistema sui géneris es un sistema concebido específicamente para abordar las necesidades y preocupaciones relativas a una determinada cuestión. Se oyen cada vez más voces a favor de un sistema sui géneris para la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales. Se trataría de un sistema totalmente distinto del sistema actual de propiedad intelectual, tal como un sistema basado en el derecho consuetudinario, o en su defecto un sistema que contemple nuevos derechos de propiedad intelectual o derechos del tipo de los de propiedad intelectual.

Se dispone ya de varios ejemplos de derechos sui géneris de propiedad intelectual, tales como los derechos de obtentor, según se establece en el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales de 1991 (“el Convenio de la UPOV”), y la protección de la propiedad intelectual de los circuitos integrados, como se refleja en el Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados de 1989 (“el Tratado de Washington”), entre otros. El régimen de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos establecido por la Ley N° 27811 del Perú, de 24 de julio de 2002, es un sistema sui géneris para la protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas que están relacionados con recursos biológicos.

En “La protección de los conocimientos tradicionales: Objetivos y principios revisados” (WIPO/GRTKF/IC/18/5) también se describen enfoques sui géneris.

Uso de los conocimientos tradicionales

Los conocimientos tradicionales pueden utilizarse con distintos fines. El uso de los conocimientos tradicionales abarca el uso comercial, el uso consuetudinario, el uso leal, el uso de la medicina tradicional con fines domésticos o de salud pública, y el uso con fines de investigación o educativos.

[Continuación de la nota de la página anterior]

¹⁰¹ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/8/11 (Propuesta de la UE) y la pág. 14 del Anexo del documento WIPO/GRTKF/IC/16/6.

¹⁰² Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/9/13 (Propuesta alternativa).

¹⁰³ Véase el documento TN/C/W/52.

Uso comercial

Se entiende por “uso comercial” todo uso con fines de comercio. En el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas se define “comercio” como “*negociación que busca la obtención de ganancia o lucro en la venta, permuta o compra de mercaderías*”. Para la referencia del término en inglés se utilizó el diccionario jurídico de Black, en el que “*commercial use*” se define como todo uso relacionado con una actividad permanente con fines de lucro o que promueve dicha actividad; por otra parte, “*non-commercial use*” se define como todo uso con fines privados o de negocios que no implica la generación de ingresos o el derecho a un reconocimiento u otro tipo de compensación.

Uso con fines de investigación / uso educativo

En el diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española se define “investigación” como “[a]cción y efecto de investigar”; a su vez “investigar” como “[r]ealizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático con el propósito de aumentar los conocimientos sobre una determinada materia” y “experimentar” como “[p]robar y examinar prácticamente la virtud y propiedades de algo”. Para la referencia del término en inglés se utilizó el diccionario jurídico de Black, en el que la expresión “*experimental-use defense*” en el ámbito de las patentes se define como un eximente ante una demanda por violación de derechos de patente que se aplica si la fabricación y el uso de la invención patentada se ha realizado únicamente con fines científicos. Si bien aún se admite este eximente, debe interpretarse de manera restrictiva y en la actualidad se aplicaría únicamente a la investigación a los fines de comprobar las reivindicaciones del inventor.

Cabe señalar que, pese a que los derechos de propiedad intelectual son exclusivos, se prevén ciertas excepciones y limitaciones a esos derechos exclusivos. Por ejemplo, en el ámbito de las patentes, algunos países prevén en sus legislaciones nacionales excepciones y limitaciones a los derechos exclusivos, entre otras, en los casos siguientes:

- a) actos efectuados con fines privados o no comerciales;
- b) actos efectuados con fines experimentales o de investigación.

En el artículo 6 recogido en la “La protección de los conocimientos tradicionales: Objetivos y principios revisados” se estipula que “[l]a protección permanente de los conocimientos tradicionales no debe ir en detrimento de: 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. 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.”

En relación con la participación justa y equitativa en los beneficios, en el artículo 6.2 recogido en “La protección de los conocimientos tradicionales: Objetivos y principios revisados” se estipula que “[e]l uso de los conocimientos tradicionales con fines no comerciales sólo tendrá que dar lugar a beneficios no monetarios, tales el acceso a los resultados de las investigaciones y la participación de la comunidad de origen de los conocimientos en actividades investigativas y educativas.”

Uso consuetudinario

El Marco Regional del Pacífico se define el uso consuetudinario como “*el uso de los conocimientos tradicionales o expresiones culturales de conformidad con las leyes y prácticas consuetudinarias de los poseedores tradicionales.*” (Traducción oficiosa de la Oficina Internacional).

El principio rector general h) recogido en “La protección de los conocimientos tradicionales: Objetivos y principios revisados” (WIPO/GRTKF/IC/18/5) y “La Protección de las expresiones tradicionales/expresiones del folclore: Objetivos y principios revisados” (WIPO/GRTKF/IC/17/4) establece que debe respetarse el uso consuetudinario. La expresión “uso consuetudinario continuo” se refiere a la persistencia y naturaleza viva del uso de los conocimientos tradicionales o las expresiones culturales tradicionales por las comunidades indígenas de conformidad con sus propias leyes y prácticas consuetudinarias.

Uso doméstico / uso con fines de salud pública

Por “uso doméstico” se entiende todo uso “[p]erteneiente o relativo a la casa u hogar” según define el término “doméstico” en el diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española. Para la referencia del término en inglés se utilizó el diccionario jurídico de Black, en el que “*household*” se define como perteneciente a la casa o la familia, o doméstico.

En cuanto al término “uso con fines de salud pública”, en el párrafo 1 de la Declaración de Doha relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública se reconoce “*la gravedad de los problemas de salud pública que afligen a muchos países en desarrollo y menos adelantados, especialmente los resultantes del VIH/SIDA, la tuberculosis, el paludismo y otras epidemias*”. En el párrafo 5.c) se estipula además que “[c]ada Miembro tiene el derecho de determinar lo que constituye una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia, quedando entendido que las crisis de salud pública, incluidas las relacionadas con el VIH/SIDA, la tuberculosis, el paludismo y otras epidemias, pueden representar una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia.”

Uso leal

En el Diccionario de Derecho de Luis Ribó Durán (Segunda edición revisada y ampliada), se define “uso leal” como una “[e]xpresión... con la que se alude al privilegio otorgado al público para utilizar razonablemente una obra protegida por la propiedad intelectual sin el consentimiento de su titular.” Para la referencia del término en inglés se utilizó el diccionario jurídico de Black, en el que “*fair use*” se define como el uso razonable y limitado de una obra protegida por el derecho de autor sin el consentimiento del titular, como el hecho de incluir citas textuales en reseñas de libros o utilizar partes de una obra en parodias. El uso leal es un eximente en caso demanda por violación de derechos, supeditado a los siguientes factores reglamentarios: 1) el propósito y el carácter del uso, 2) la naturaleza de la obra protegida por derecho de autor, 3) la cantidad de la obra que se ha utilizado, y (4) los efectos económicos del uso.

Utilización indebida¹⁰⁴

En el ámbito de las patentes, en el diccionario jurídico de Black se define la expresión “utilización indebida” en tanto que “*utilización de una patente para ampliar indebidamente el monopolio concedido para dar cabida a productos no patentados o para infringir leyes antimonopolio*”.

¹⁰⁴

Varias Delegaciones, como la Delegación de Indonesia, la Delegación de México propusieron que se incorpore el término “utilización indebida” en el texto de “La protección de los conocimientos tradicionales: Objetivos y principios revisados (WIPO/GRTKF/IC/18/5). Ahora bien, la Delegación de Australia señaló que “utilización indebida” es un término que se utilizó en el marco del 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 recursos genéticos y conocimientos tradicionales conexos. Se utilizó para referirse a los actos que son contrarios a las condiciones convenidas de mutuo acuerdo, mientras que la apropiación indebida se refiere específicamente a la adquisición sin consentimiento previo. La Delegación dijo que dicho punto debía ser objeto de un examen más detenido sobre el significado de esos términos en el contexto del Comité y en relación con la propiedad intelectual más que con el acceso a los conocimientos tradicionales asociados con los recursos genéticos.

En los diccionarios se define dicha expresión en tanto que utilización errónea, incorrecta o indebida o como aplicación incorrecta. Por utilización indebida también puede entenderse una utilización indebida o excesiva o todo acto que modifique la finalidad o función inherente de algo.

GLOSARIO BILINGÜE INGLÉS – ESPAÑOL DE LOS TÉRMINOS MÁS IMPORTANTES EN RELACIÓN CON LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Access and Benefit-sharing (ABS)	Acceso y participación en los beneficios
Beneficiaries	Beneficiarios
Biological Diversity	Diversidad biológica
Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization (Bonn Guidelines)	Directrices de Bonn sobre el acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios provenientes de su utilización (Directrices de Bonn)
Codified Traditional Knowledge	Conocimientos tradicionales codificados
Convention on Biological Diversity (CBD)	Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB)
Custodian	Custodio
Customary Law and Protocol	Derecho y Protocolo consuetudinarios
Disclosed Traditional Knowledge	Conocimientos tradicionales divulgados
Disclosure Requirements	Requisitos de divulgación
Documentation	Catalogación
Farmers' Rights	Derechos del agricultor
Food and Agriculture Organization (FAO)	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO)
Indigenous and Local Communities	Comunidades indígenas y locales
Indigenous Knowledge (IK)	Conocimientos indígenas
Indigenous Peoples	Pueblos indígenas
Intellectual Property Guidelines for Access and Benefit-sharing	Directrices de propiedad intelectual sobre acceso y participación en los beneficios
International Patent Classification (IPC)	Clasificación Internacional de Patentes (CIP)
Inventive Step	Actividad inventiva
Licensing Agreements	Acuerdos de licencia
Material Transfer Agreements (MTAs)	Acuerdos de transferencia de material
Minimum Documentation PCT	Documentación mínima del PCT
Misappropriation	Apropiación indebida
Misuse	Utilización indebida
Mutually Agreed Terms (MAT)	Condiciones mutuamente convenidas
Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity	Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica
Novelty	Novedad
Patent	Patente

Preservation	Conservación
Prior and Informed Consent	Consentimiento fundamentado previo
Prior art	Estado de la técnica
Protection Positive Protection Defensive Protection	Protección Protección positiva Protección preventiva
Public domain	Dominio público
Publicly Available	Disponibilidad pública
Registers of Traditional Knowledge	Registros de conocimientos tradicionales
Sui Generis	Sui géneris
Swakopmund Protocol on the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Folklore	Protocolo de Swakopmund sobre la Protección de los Conocimientos Tradicionales y las Expresiones del Folklore
Traditional Context	Contexto tradicional
Traditional Ecological Knowledge/Traditional Environmental Knowledge	Conocimientos ecológicos tradicionales / conocimientos medioambientales tradicionales
Traditional Knowledge (TK)	Conocimientos tradicionales (CC.TT.)
Traditional Knowledge Associated with Genetic Resources	Conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos
Traditional Knowledge Digital Library (TKDL)	Biblioteca Digital sobre Conocimientos Tradicionales
Traditional Knowledge Holder	Poseedor de conocimientos tradicionales
Traditional Knowledge Resource Classification (TKRC)	Clasificación de Recursos sobre Conocimientos Tradicionales
Traditional Knowledge-based Creation or Innovation / Traditional Knowledge “as such”	Innovaciones y creaciones basadas en conocimientos tradicionales / conocimientos tradicionales “como tales”
Traditional Medicine	Medicina tradicional
Unfair Competition	Competencia desleal
United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples	Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas
Use of Traditional Knowledge Commercial Use Customary Use Fair Use Household Use and Public Health Use Research and Educational Use	Uso de los conocimientos tradicionales Uso comercial Uso consuetudinario Uso leal Uso doméstico / uso con fines de salud pública Uso con fines de investigación / uso educativo
WIPO Traditional Knowledge Toolkit	Guía de la OMPI para la gestión de la P.I. en la catalogación de los conocimientos tradicionales