

OMPI



ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
GINEBRA

WIPO/GRTKF/IC/3/8

ORIGINAL: Inglés

FECHA: 29 de marzo de 2002

S

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

**Tercera sesión
Ginebra, 13 a 21 de junio de 2002**

ELEMENTOS DE UN SISTEMA SUIGENERIS PARA LA PROTECCIÓN
DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Documento preparado por la Secretaría

I. INTRODUCCIÓN

1. Este documento constituye un aporte más al ala del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (en adelante denominado “el Comité”), mediante el análisis de los elementos que podrían conformar un sistema jurídico *sui generis* bien definido, diseñado específicamente para la protección de los conocimientos tradicionales. En un documento complementario y paralelo, el WIPO/GRTKF/IC/3/9, se abordan los posibles enfoques para una definición de “conocimientos tradicionales”.
2. En la segunda sesión del Comité, celebrada en Ginebra del 10 al 14 de diciembre de 2001, varias delegaciones destacaron la importancia de examinar las posibles modalidades de sistemas *sui generis* de propiedad intelectual para la protección de los conocimientos tradicionales. La Delegación de Argelia, por ejemplo, haciendo uso de la palabra en nombre del Grupo Africano dijo que “[...] la OMPI debería determinar qué categorías de conocimientos tradicionales podrían protegerse en virtud de la legislación existente. Para las demás categorías, la OMPI debería elaborar nuevos mecanismos *sui generis* a fin de garantizar la adecuada protección de las mismas”¹. La Delegación de Sudáfrica recomendó que el Comité “debió también tener en cuenta la existencia de posibles sistemas *sui generis* en materia de recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore”², al realizar su labor. La Delegación de Nueva Zelanda “consideró que era necesario e importante emprender el examen de modos *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales”³. La Delegación del Perú destacó que el debate “no debía distraer al Comité de su tarea principal que debía consistir en proponer un sistema *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales de alcance internacional”⁴. Las Delegaciones de Tailandia⁵ y de la India⁶ hicieron constar puntos de vista similares.
3. En la misma reunión, y en el punto 8 del orden del día (“Labor futura”⁷), la Delegación de Venezuela pidió que la Secretaría de la OMPI prepare un documento para la tercera sesión del Comité “con elementos de un eventual sistema *sui generis*”⁸. La propuesta contó con el apoyo de las Delegaciones del Brasil, el Ecuador y Egipto⁹. El presentado documento constituye la respuesta a la solicitud antes mencionada.
4. Por numerosas razones, sería tal vez prematuro determinar de manera definitiva las características específicas que tendrían un marco jurídico especialmente adaptado a las características de los conocimientos tradicionales, sobre todos si se desea que su aplicación sea lo más amplia posible a escala internacional. En primer lugar, a pesar de que el debate internacional sobre la necesidad de crear mecanismos para la protección de los conocimientos

¹ Véase el informe de la segunda sesión del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, aprobado por el Comité, documento OMPI/GRTKF/IC/2/16 de la OMPI, del 14 de diciembre de 2001, párrafo 17.

² *Idem* párrafo 80.

³ *Idem* párrafo 121.

⁴ *Idem* párrafo 123.

⁵ *Idem* párrafo 124.

⁶ *Idem* párrafo 162.

⁷ Véase el documento OMPI/GRTKF/IC/2/1 Prov. de la OMPI, del 1 de junio de 2001.

⁸ Informe, nota 1, *supra*, párrafo 188.

⁹ *Idem* párrafo 189-191

tradicionales comenzó a hacerse desde las décadas ¹⁰, aún no se ha adquirido la experiencia suficiente, a escala nacional e internacional, como para tener la seguridad de que ya existen todas las alternativas sobre las cuales basar un sistema eficaz y operativo. En la práctica, un enfoque verticalista o preventivo para definir la protección *sui generis* a escala internacional tiene mayores probabilidades de éxito si se toma como referencial la experiencia lograda a través de los sistemas operativos nacionales que aportan modelos de protección del conocimiento tradicional en funcionamiento, y sea a través de la protección *sui generis* o a través de la aplicación de los sistemas de la propiedad intelectual existentes al tema del conocimiento tradicional. En segundo lugar, varios miembros del Comité han pedido que se estudie la manera más eficaz de utilizar los mecanismos existentes de propiedad intelectual para la protección del conocimiento tradicional ¹¹. En consecuencia, parecería existir por lo menos en opinión de esos miembros, la necesidad de un mayor entendimiento de cómo se aplican los sistemas existentes al tema del conocimiento tradicional. Esto puede servir igualmente de guía para definir las áreas específicas necesarias de cualquier nuevo sistema *sui generis*. También puede ser de utilidad para determinar cómo un sistema *sui generis* se relaciona con aquellos elementos de otros sistemas de propiedad intelectual que revisten importancia en la protección del conocimiento tradicional. Y en tercer lugar, los miembros deben de todos modos decidirse, de desarrollarse un sistema *sui generis* en el futuro, dicho sistema cubriría todas las manifestaciones y expresiones del conocimiento tradicional en un sentido amplio ¹², o si deberían seguirse dos vías jurídicas diferentes: en una de las vías, concentrarían sus esfuerzos en desarrollar un sistema debidamente adaptado a las características de las expresiones del folclore (eventualmente a través del estudio de las disposiciones tipo OMPI/UNESCO); en la otra vía, los miembros considerarían un sistema *sui generis* compatible con las características particulares del conocimiento tradicional técnico, en especial del conocimiento tradicional asociado a la biodiversidad. Por último, y relacionada con el punto precedente, está la cuestión de encontrar una definición, considerada en el documento WIPO/GRTKF/IC/3/9: por más que nos sellegue a una definición concluyente o exhaustiva, un consenso general sobre el alcance operativo del término “conocimiento tradicional” facilitaría la deliberación sobre la forma o formas apropiadas de proteger estos conocimientos.

5. Por consiguiente, todo esfuerzo por definir un sistema *sui generis* nuevo e internacional antes de clarificar esos puntos, puede ser prematuro y por lo tanto ineficaz, o puede por el contrario retardar la creación de sistemas eficaces de protección del conocimiento tradicional a escala internacional. Sin embargo, el Comité identificó claramente durante su labor la necesidad de explorarlo posible elementos de un sistema de este tipo, y esto puede ayudar a dilucidar el tema de definir el marco operacional para la protección del conocimiento tradicional. Por consiguiente, el presente documento no intenta anular el

¹⁰ La aprobación por un Comité de Expertos OMPI/UNESCO de las Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas, en 1982, y la creación del Convenio sobre la Diversidad Biológica, en 1992, son dos grandes hitos de la deliberación sobre la protección del conocimiento tradicional.

¹¹ Véase el documento OMPI/GRTKF/IC/2/9 de la OMPI.

¹² En la segunda sesión del Comité la Delegación de Egipto “observó que no cabía hacer ninguna distinción entre las expresiones del folclore y los conocimientos tradicionales; ambos conceptos estaban relacionados entre sí en la medida en que cualquier intento de separar uno del otro sería extremadamente difícil”. *Informe*, nota 1 *supra* del párrafo 167. La Delegación de la India “afirmó que consideraba que se debía dar a las expresiones del folclore el mismo tratamiento que a cualquier otra forma de conocimiento tradicional”. *Idem*, párrafo 171.

debate en cuanto a la necesidad de un sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales, sino que en él se identifiquen algunos elementos que podrían ser tomados en consideración si se logra un consenso sobre la necesidad de desarrollar un sistema *sui generis*.

6. La forma en que el Comité trataría esta cuestión, de lograrse un consenso, es una interrogante. Por el momento, el Comité puede continuar intercambiando opiniones y experiencias prácticas sobre la relación entre la propiedad intelectual y el acceso a los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y las expresiones del folclore, con un enfoque específico en las funciones que no requieren el desarrollo de nuevos conceptos o mecanismos jurídicos, como el debate sobre si los conocimientos tradicionales pueden considerarse parte del estado de la técnica y los medios para que esté a disposición de los examinadores de patentes; las cláusulas contractuales sobre el acceso a los recursos genéticos; las experiencias nacionales y las diferentes tendencias en cuanto a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones del folclore.

7. Aunque se llegue a un consenso que permita desarrollar un mecanismo para la protección de los conocimientos tradicionales, se mantiene la interrogante sobre la forma que adoptaría ese resultado. El Comité podría participar en esta labor para establecer normas directivas, es decir, directrices y recomendaciones no vinculantes que se aprueben o apliquen a escala nacional y que conduzcan a un desarrollo *de facto* de normas armonizadas mínimas para la protección de los conocimientos tradicionales. Podría asimismo hacer sugerencias para la aprobación de normas internacionales que, al seguir un enfoque armonizado, podrían aumentar la protección internacional, así como evitar la utilización no autorizada y la apropiación indebida. De la misma manera, la creación de directrices no vinculantes o recomendaciones que guíen a los sistemas nacionales, pueden ayudar, junto con la experiencia que se adquiere en la materia, a tener una mejor comprensión de los elementos fundamentales de un sistema nacional eficaz y viable, que a su vez sirva para conformar normas internacionales.

8. Al tratar de identificar los posibles elementos de un sistema *sui generis* surge la interrogante sobre si se debe definir el sistema a escala predominantemente nacional o internacional. El Comité puede concentrarse en los sistemas de protección a escala nacional para luego extraer principios más generales que se puedan expresar en un marco internacional; o podría directamente intentar definir cuáles son los elementos o principios básicos que serán necesarios en un marco internacional, yasea de carácter indicativo o ilustrativo, o más formal.

9. Asimismo, no existe necesariamente una clara división entre los elementos de los sistemas de la propiedad intelectual existentes, que sean relevantes para la protección de los conocimientos tradicionales, y los sistemas de conocimientos tradicionales *sui generis*. Para ilustrar este punto tomemos el ejemplo de la protección *sui generis* de una base de datos: se identifica una compilación de datos como un objeto a ser protegido parcialmente en el marco de la legislación de derecho de autor; sin embargo, también se la puede considerar, en parte, como objeto de protección *sui generis* de bases de datos según el sistema jurídico de ciertos países¹³ –yambos mecanismos jurídicos podrían aplicarse a las colecciones de conocimientos

¹³ Véase por ejemplo, el Artículo 10.2 del Acuerdo sobre los ADPIC y el Artículo 5 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor; cf. la Directiva de la UE relativa a las bases de datos

tradicionales, permitiéndoles un acierta protección. Paralelamente a cualquier sistema de propiedad intelectual *sui generis* creado específicamente para los conocimientos tradicionales, pueden existir elementos *sui generis* del Derecho de la propiedad intelectual que se dan importancia para los conocimientos tradicionales. Se han desarrollado mecanismos *sui generis* específicos en el marco del Derecho de la propiedad intelectual para satisfacer determinadas necesidades específicas u objetivos de política relacionados con el tema en cuestión: estos incluyen disposiciones jurídicas y medidas prácticas o administrativas. Por ejemplo la obligación *sui generis* de divulgación, como requisito para la presentación de muestras, puede aplicarse a los procedimientos de patente en relación con los nuevos microorganismos¹⁴. Se han hecho propuestas relativas a la obligación de divulgación relacionada específicamente con las patentes de invenciones derivadas de los recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales asociados¹⁵. En lo que se refiere a los conocimientos tradicionales, el desarrollo de categorías o subcategorías definidas de conocimientos tradicionales en la Clasificación Internacional de Patentes puede considerarse como un elemento *sui generis* de un sistema existente para facilitar la protección defensiva de los conocimientos tradicionales¹⁶. Al ampliarse el concepto de derechos del intérprete o ejecutante para incluir a aquellos que interpretan o ejecutan “expresiones del folclore”¹⁷, se abarcan temas *sui generis* relacionados con los conocimientos tradicionales dentro de un sistema de propiedad intelectual amplio. De ahí que, en cierta medida, pueda ser necesario que, el Comité explore de final los límites y la interacción entre, por un lado, los elementos *sui generis* de sistemas de propiedad intelectual existentes que tienen por efecto proteger los conocimientos tradicionales hasta cierto punto y, por el otro, los elementos de sistemas *sui generis* distintos concebidos específicamente para la protección de los conocimientos tradicionales.

II. CONOCIMIENTOS TRADICIONALES: UN CONCEPTO PRÁCTICO

10. En trabajos anteriores, la Secretaría de la OMPI ha utilizado el término “conocimientos tradicionales” de manera flexible para referirse a obras literarias, artísticas o científicas basadas en la tradición; interpretaciones o ejecuciones; invenciones; descubrimientos científicos; diseños; marcas, nombres y símbolos; información no divulgada; y todas las demás innovaciones y creaciones basadas en la tradición resultantes de la actividad intelectual realizada en el ámbito industrial, científico, literario o artístico. La expresión “basadas en la tradición” se refiere a los sistemas de conocimientos, creaciones, innovaciones y expresiones

[Continuación de la nota de la página anterior]

(Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 11 de marzo de 1996 sobre la Protección Jurídica de las Bases de Datos (Diario Oficial L 77, 27.3.1996, pág. 20)).

¹⁴ Decisión de conformidad con el Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional de Depósitos de Microorganismos a los fines del Procedimiento en materia de Patentes.

¹⁵ “Medidas para promover la revelación del país de origen de los recursos genéticos y del origen de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas y locales en las solicitudes de derecho de propiedad intelectual” del párrafo 13d)ii) de las *Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Distribución Justa y Equitativa de los Beneficios Provenientes de su Utilización*, aprobadas por la sexta Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Véase la Decisión VII/24, Parte A, Anexo. Véase el párrafo 39-40 del documento IPC/CE/31/8, Informe del Comité de Expertos, Unión Especial para la Clasificación Nacional de Patentes (Unión IPC), período de sesiones número 31, Ginebra del 25 de febrero al primer día de marzo de 2002.

¹⁷ Tratado de la OMPI sobre Interpretación y Ejecución de Fonogramas, Artículo 2a).

culturales que generalmente se transmiten de una generación a otra, que por lo general se considera que pertenecen a un pueblo en particular o a un territorio y que evolucionan constantemente en función de los cambios que se producen en su entorno”¹⁸. No se trata de una definición formal sino de un concepto práctico de conocimiento tradicionales, tal vez no tan preciso como una definición científica o jurídica, pero que incluye no obstante los elementos esenciales para la comprensión de la naturaleza y el alcance de los conocimientos tradicionales como materia jurídica y es conforme con el enfoque general que se da a la definición de materia en el marco internacional de la propiedad intelectual.

11. Un estudio de las normas internacionales existentes en el ámbito de la propiedad intelectual revelaría que el contar con una definición precisa de los conocimientos tradicionales no es realmente un requisito primordial para definir los elementos jurídicos de un mecanismo que los proteja. En la mayoría de las leyes de patentes, por ejemplo, no se define en forma precisa el concepto de “invención”; de igual manera, se realiza una armonización y unafijación de las normas del derecho de patentes a nivel internacional sin que existan definiciones internacionales específicas o autorizadas en la materia de este concepto fundamental. Apesar de que lo que constituye “una invención” tiene elementos importantes de armonización en la práctica, sigue habiendo diferencias significativas a escala nacional luego de 120 años de armonización internacional progresiva. Asimismo, en la mayoría de las legislaciones de marcas, los “signos”¹⁹ no se definen en términos exhaustivos y por lo general se deja que las autoridades examinadoras y los tribunales decidan caso por caso si un signo específico cumple los requisitos necesarios para ser susceptible de protección. El elemento fundamental para la protección de toda materia jurídica es la identificación de ciertas características que está de hecho cumplir como condición para la protección – tales como la novedad, la actividad inventiva, el ser susceptibles de aplicación industrial en el caso de las invenciones y tener un carácter distintivo en el caso de las marcas. Se podría aplicar el mismo enfoque para los conocimientos tradicionales²⁰. En el mismo orden de ideas, existe un análisis más completo relativo a la definición de protección en el documento WIPO/GRTKF/IC/3/9.

12. El concepto práctico de conocimiento tradicionales, adoptado a los efectos del presente documento, pone especial énfasis en el hecho de que los conocimientos tradicionales están “basados en la tradición”. Esto no significa sin embargo que los conocimientos tradicionales sean obsoletos o que carezcan necesariamente de un carácter técnico. 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. De este mismo concepto práctico se derivan otras dos características: los conocimientos tradicionales son una forma de identificación cultural de

¹⁸ *Necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares de conocimientos tradicionales - Informe de la OMPI relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales*, OMPI, abril de 2001, pág. 25.

¹⁹ Cf. ADPIC Artículo 15.1: “Cualquier signo o combinación de signos que seancapaces de distinguir los bienes o servicios de una empresa de la de otras empresas. Tales signos podrán registrarse como marcas de fábrica o de comercio”.

²⁰ Véase la *Nota Informativa sobre los Conocimientos Tradicionales*, preparada por la Secretaría de la OMPI para el Foro Internacional de la OMPI (La propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales: nuestra identidad, nuestro futuro), celebrada en Mascate (Omán) el 21 y el 22 de enero de 2002.

sustitulares, por lo que su conservación e integridad están relacionados con la preocupación relativa a la conservación de las distintas culturas en sí; ya que contienen información de carácter práctico o tecnológico, los conocimientos tradicionales están en una dimensión cultural y un contexto social que los diferencia de otras formas de información científica o tecnológica.

13. Debido a que su creación, conservación y difusión está basada en las tradiciones culturales, los conocimientos tradicionales están fundamentalmente orientados hacia la cultura o tienen cierta predilección hacia la cultura, y son parte integral de la identidad cultural del grupo social en el cual existen y se conservan. Desde el punto de vista de la cultura de la comunidad en la que se han originado, cada componente de los conocimientos tradicionales puede ayudar a definir la propia identidad de la comunidad. Esta característica puede parecer obvia en lo que atañe a las expresiones del folclore y las artesanías, pero también se aplica a otras esferas de los conocimientos tradicionales, como son los conocimientos de medicina y agricultura. Las nociones medicinales derivadas de una cierta combinación de plantas por una comunidad sudamericana, por ejemplo, difieren necesariamente de las nociones desarrolladas por una comunidad africana sobre la base de plantas similares. Ellos deben que el desarrollo de conocimientos medicinales por las comunidades tradicionales no sólo responde a una necesidad específica sino también a enfoques y creencias culturales.

14. Esto contrasta fuertemente con el caso de dos invenciones científicas realizadas por dos diferentes equipos de inventores empleados con el objetivo de resolver el mismo problema técnico: no es raro que las dos invenciones sean muy similares, lo que en derecho de patentes puede dar lugar a procedimientos de interferencia o procedimientos judiciales similares que adjudican la titularidad a uno u otro de los solicitantes. Las reivindicaciones de patentes de competidoras con respecto a la materia duplicada se resuelven sin hacer referencia al entorno cultural que dio origen a las invenciones. En cambio, la dimensión de la identidad cultural de los conocimientos tradicionales puede tener un impacto espectacular en cualquier marco jurídico futuro para su protección porque al ser un medio de identificación cultural, la protección de los conocimientos tradicionales, incluidos los conocimientos tradicionales de naturaleza técnica, dejados de ser meramente una cuestión de economía o de derechos exclusivos sobre la tecnología como tal. Adquierer realmente una dimensión de derechos humanos, pues se entrelaza con cuestiones relacionadas con la identificación cultural y la dignidad de las comunidades tradicionales. Se puede establecer una analogía con el concepto de "derechos morales" del derecho de autor, concretamente con los derechos de integridad y de atribución, en el sentido de que podría considerarse necesaria una protección contra el uso culturalmente ofensivo de los conocimientos tradicionales u otras formas no económicas de uso indebido de los conocimientos tradicionales. También se pueden estipular sanciones específicas, tales como los daños y perjuicios adicionales en caso de uso indebido ofensivo del material protegido.

15. El hecho de que los conocimientos tradicionales se desarrollen en un contexto cultural peculiar también le confiere características importantes: para comprender la naturaleza exacta de los conocimientos tradicionales en su esencia, o simplemente para registrarlos o definirlos, puede revelarse necesario comprender las influencias culturales que los conforman. Y a sea que los conocimientos tradicionales se creen en el marco de una tradición sistemática o formal, o bien en un contexto *ad hoc* más informal, tienden a todo a formarse de una manera íntimamente relacionada con el entorno en que viven las comunidades tradicionales y como respuesta a la situación cambiante de esas comunidades. En ese aspecto, pueden tener una base empírica o aleatoria. No obstante, los conocimientos tradicionales pueden desarrollarse de acuerdo a sistemas de conocimientos y pueden ser incorporados a creencias y

conceptos sistemáticos. La forma en que se crean las innovaciones puede obedecer a reglas basadas en la cultura. Sin embargo, la manera en que se crean los conocimientos tradicionales puede parecer, desde una perspectiva externa o universal, como no sistemática y sin método, en parte porque el reglamento o sistema que rigesu creación puede transmitirse de manera informal o cultural, en parte porque este elemento sistemático no es típicamente articulado, y en parte porque el proceso que lleva a la creación de los conocimientos tradicionales puede no estar formalmente documentado de la manera en que se registra la mayoría de la información científica y tecnológica. La forma aparentemente no sistemática de creación de los conocimientos tradicionales no disminuye su valor cultural o su valor desde el punto de vista de los beneficios técnicos, y plantea la pregunta de cómo registrar o definir la relación que guardan con el sistema de conocimientos, conjunto de normas o directrices culturalmente específicos, o con las creencias básicas que ayudan a formarlos. Al igual que con la característica “basada en la tradición”, la característica aparentemente “no formal” hace que se ponga especial énfasis en el contexto de creación, y en la necesidad potencial de que se consideren los elementos de este contexto cultural junto con los conocimientos en sí. Esta tercera característica esencial de los conocimientos tradicionales puede influir en la manera en que se describen y reivindicados si se llega a crear un sistema *suigeneris* de registro de los conocimientos tradicionales.

16. La identificación de características adicionales para poder determinar más precisamente el alcance de la materia susceptible de protecciones, por supuesto, es una cuestión que incumbe a la legislación nacional. Se aplicarán limitaciones en función de los objetivos de política de la protección. Por ejemplo, la legislación nacional puede conceder protección a conocimientos que están en posesión de ciertas comunidades solamente. En ese sentido, la legislación puede limitar la protección otorgada a los conocimientos tradicionales de ciertas comunidades indígenas²¹ o de comunidades afroamericanas²². La legislación puede también determinar el campo técnico al que pertenece la materia objeto de protección, porque la legislación intenta alcanzar objetivos de política específicos asociados a ese campo específico de los conocimientos. Por ejemplo, se puede restringir la protección para que abarque los conocimientos tradicionales que guardan relación con los recursos genéticos²³ (o más comúnmente, biológicos) o la medicina tradicional. La protección también puede estar condicionada a la utilización comercial de los conocimientos tradicionales²⁴ –dejando de lado, por lo tanto, los conocimientos de naturaleza puramente religiosa o cultural, como son los rituales o los recursos sagrados. El objetivo de política se limitaría en estos casos a responder a las preocupaciones relativas a la comercialización de los conocimientos tradicionales, dejando que otros instrumentos jurídicos (el Derecho consuetudinario inclusive, siempre que se proceda) aborden los conocimientos de carácter religioso y cultural.

²¹ Véase la Ley de Biodiversidad del Brasil, Medida Provisional N° 2.186-15, del 26 de julio de 2001, Artículo 7.

²² Véase la Decisión N° 391 de la Comunidad Andina sobre el Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos, del 2 de julio de 1996, Artículo 1.

²³ Por ejemplo, la Ley de Biodiversidad del Brasil, nota *supra* 15, Artículo 1; la Ley de Biodiversidad de Venezuela de 24 de mayo de 2002, Artículo 84.

²⁴ Véase la Ley N° 20 del 26 de junio de 2000, de Panamá, relativo al régimen especial de propiedad de los derechos colectivos de las comunidades indígenas para la protección de su identidad cultural y de los conocimientos tradicionales, Artículo 1.

17. Cabe señalar que las características que vengana agregarse, como las tres mencionadas anteriormente, con la finalidad de definir mejor el ámbito de protección llevarán necesariamente a una reducción del ámbito de protección en la práctica. Sin embargo, una característica de los sistemas de propiedad intelectual radica en que la protección jurídica efectiva que se brindan se aplica a todo el material que pueda quedar comprendido dentro de una definición global amplia de la materia pertinente; en cierta medida, ésta es una característica inevitable de los sistemas o normas acordados internacionalmente, lo cual no excluye una concepción más amplia a nivel de las legislaciones nacionales.

III. SISTEMAS *SUIGENERIS* DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

18. La propiedad intelectual es un conjunto de principios y normas que regulan la adquisición, el uso y la pérdida de derechos e intereses respectos de bienes intangibles susceptibles de utilización en el comercio. Su objeto es esencialmente dinámico, como lo son los principios y normas que la conforman. En consecuencia, la propiedad intelectual ha evolucionado últimamente a un ritmo muy rápido para poder incorporar las nuevas tecnologías y los métodos de actividad comercial generados por la economía mundial. En ciertos ámbitos, los mecanismos jurídicos existentes se han adaptado a las características del nuevo objeto: el sistema de patentes ha debido afrontar las dificultades que plantean las invenciones biotecnológicas y los nuevos procesos de utilización de los dispositivos de las tecnologías de la información (los denominados “métodos comerciales”); el derecho de autor y los derechos conexos se han ampliado para resolver los problemas que plantean los programas informáticos, el comercio electrónico y la protección de las bases de datos. Pero en otros ámbitos se han creado nuevos sistemas, donde parecía que el simple esfuerzo de adaptar los mecanismos existentes no respondería adecuadamente a las características del nuevo objeto. Las variedades vegetales han justificado la creación de un sistema *suigeneris*, cuyo régimen principal está definido en el Convenio de la UPOV²⁵; los esquemas de trazado (topografías) de los circuitos integrados también han sido objeto de un sistema especial que integra elementos de las legislaciones de patentes, de diseños industriales y de derecho de autor. Lo que hace que un sistema de propiedad intelectual sea un sistema *suigeneris* es la modificación de algunas de sus características para poder dar cabida adecuadamente a las características especiales de su objeto, y a las necesidades específicas de política que llevaron a la creación de un sistema distinto. La Secretaría de la OMC se refirió a la explicación del sistema *suigeneris* de protección de las obtenciones vegetales del Artículo 27.3b) del Acuerdo sobre los ADPIC, en los términos siguientes: “la protección *suigeneris* ofrece a los Miembros una mayor flexibilidad para adaptarse a las circunstancias particulares que surjan de las características técnicas de las invenciones en el ámbito de las obtenciones vegetales, tales como la innovación y la divulgación”²⁶.

²⁵ Véase el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978, y el 19 de marzo de 1991. UPOV significa Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales.

²⁶ *Convenio sobre la Diversidad Biológica y Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio*. Nota de la Secretaría, documento de la OMC IP/C/W/216, del 3 de octubre de 2002, párrafo 3. El Acuerdo sobre los ADPIC constituye el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC).

19. En este sentido, cualquier referencia a un sistema *suigeneris* para la protección del conocimiento tradicional no implica que se deba crear un mecanismo jurídico a partir de nada. Por el contrario, la propiedad intelectual ha evolucionado continuamente para seguir siendo un mecanismo eficaz de promoción del progreso tecnológico, la transferencia y la difusión de tecnología y para estar al servicio de los derechos e intereses de los creadores, así como de la equidad en las actividades comerciales. El aspecto fundamental de la propiedad intelectual es que abarca los activos intangibles y que confiere a los titulares el derecho de prohibir que otros reproduzcan su obra/oficina sus interpretaciones o ejecuciones o las reproduzcan (derecho de autor y derechos conexos) así como el derecho de excluir a otros de la utilización del objeto protegido (derechos de propiedad industrial). La idea fundamental es que la propiedad intelectual es el derecho de decir “no” a terceros (y en consecuencia, el derecho de decir “sí” a una persona que solicite el permiso de reproducir/oultizar el objeto protegido). La propiedad intelectual concebida dentro de un criterio amplio puede llegar a considerarse como un nombre poco apropiado por que no abarcan necesariamente las obras “intelectuales” como tales sino que cubren activos intangibles de orígenes diversos que no conllevan necesariamente un trabajo intelectual abstracto; tampoco necesitan ser definidos ni protegidos exclusivamente mediante derechos de propiedad (los derechos morales de los autores y la reputación de los comerciantes no son objeto de propiedad, desde el punto de vista del derecho civil).

20. Si se desarrollan de manera acertada, los sistemas de propiedad intelectual pueden llegar a desempeñar una función esencial en la conservación de la identidad cultural de las comunidades tradicionales, y por consiguiente, en la potenciación de los titulares de conocimiento tradicional, en el sentido de que se les atribuirá el derecho vital de decir “no” a terceros que utilicen su conocimiento tradicional sin autorización o distorsionando su uso, sea cual fuere su naturaleza comercial. En otras palabras, incluso las comunidades que consideran que sus conocimientos (o parte de los mismos) deberían quedar fuera de los canales comerciales, pueden beneficiarse de la protección por propiedad intelectual, ya que ello les otorgará el poder de impedir que esos conocimientos se comercialicen o utilicen de manera distorsionante o culturalmente insensible ²⁷.

²⁷ La potenciación de los titulares de los conocimientos tradicionales puede ser considerada como un aspecto de derechos humanos de la protección de los derechos tradicionales. Pero esta cuestión tiene dos componentes adicionales que no se deben dejar de ser importantes. Uno es de naturaleza jurídica: un sistema claro, transparente y eficaz de protección de los conocimientos tradicionales aumenta la seguridad jurídica y la previsibilidad para el beneficio no sólo de los titulares de los conocimientos tradicionales sino también de la sociedad en su conjunto, incluidas las empresas e instituciones de investigación dedicadas a la bioprospección. El otro es de naturaleza económica: el formalizar y registrar los activos intangibles de las comunidades tradicionales los transformaría en capital, lo cual permitiría a las comunidades tradicionales realizar operaciones comerciales de manera más segura. Muchas comunidades tradicionales que viven en la pobreza en la realidad ricas en conocimientos, pero a los que sus conocimientos objeto de títulos de propiedad en buena y debida forma, son susceptibles de apropiación comercial indebida por parte de terceros. Hernando de Soto, en su libro “El Misterio del Capital, ¿Por qué el capitalismo triunfa en Occidente y fracasa en el resto del mundo?” (Ediciones El Comercio, noviembre de 2000) es grime argumentos convincentes para conferir un carácter formal a los bienes inmuebles de las comunidades pobres de los países en desarrollo.

IV. ¿UN SISTEMA *SUI GENERIS* PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES?

21. Como ya se ha señalado, el presente documento no pretende anticiparse al debate respecto a la necesidad de establecer un sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales como sustituto o como complemento de los mecanismos existentes de propiedad intelectual. Su finalidad es, de conformidad con lo solicitado por varios Miembros del Comité, identificar algunos elementos que deberían considerarse siempre y cuando se tome la decisión de desarrollar un sistema de este tipo. En realidad, se entiende en general que algunos de los aspectos de los conocimientos tradicionales pueden ser protegidos de forma adecuada por los mecanismos existentes.

22. Un breve fábul puede ayudarnos a demostrar la naturaleza de los conocimientos tradicionales y la disponibilidad de mecanismos de propiedad intelectual que se adaptan a sus características. Imaginemos que un miembro de una tribu amazónica nos muestra un servicio médico del *pajé* (*pajé* significa chamán en tupí –guaraní). El chamán, luego de examinar al paciente, va al jardín (muchos chamanes de la selva tropical amazónica cultivan sus propias plantas²⁸) y recoge algunas semillas y frutas de diferentes plantas. Mezcla los ingredientes de acuerdo a un método que sólo él conoce y prepara una pócima de acuerdo a una receta solamente conocida por él. Mientras prepara la pócima, y posteriormente, mientras se la da al paciente (en un caso también prescrito por él), el *pajé* reza a los dioses de la jungla e interpreta una danza religiosa. También es posible que en el humo de las hojas de una planta mágica (“lavida del alma”²⁹). La pócima es sirve y se guarda en un recipiente con dibujos simbólicos y el *pajé* viste su atuendo ceremonial para proceder a la curación. En ciertas culturas, el *pajé* no se considera un curandero sino el instrumento a través del cual los dioses curan al paciente.

23. Los conocimientos tradicionales del chamán de la Amazonía son la combinación de todos esos elementos. Considerados separadamente, los mecanismos de propiedad intelectual existentes podrían proteger la mayoría si no todos los elementos. Por ejemplo:

- las diferentes plantas con las cuales el chamán ha preparado la pócima pueden protegerse con arreglo a un sistema de protección de obtenciones vegetales, siempre que las plantas sean nuevas, estables, y tengan un carácter distintivo y sean homogéneas;

- la pócima (o su fórmula) puede ser objeto de una patente, siempre que se demuestren la novedad y la actividad inventiva, que sea susceptible de aplicación industrial y que no haya sido previamente divulgada;

- el uso y la dosis de la pócima también pueden ser protegidos mediante una patente en virtud de la legislación de los países de algunos de los Miembros del Comité que conceden

²⁸ Véase Mark J. Plotkin, *Tales of a Shaman's Apprentice – An Ethnobotanist Searches for New Medicines in the Amazon Rain Forest (Cuentos del aprendizaje de un chamán – Un etnobotánico busca nuevas medicinas en la selva tropical amazónica)*, ed. en inglés, Penguin Books, 1993.

²⁹ Véase Richard Evans Schultes y Robert F. Raffaut, *Vine of the Soul – Medicine Men, Their Plants and Rituals in the Colombian Amazonia (Lavida del alma – Hombres dedicados a la medicina, sus plantas y rituales en la Amazonia colombiana)*, ed. en inglés, Synergetic Press and Conservation Int'l, 1992.

patentes para nuevos usos de sustancias, así como para métodos terapéuticos nuevos e inventivos;

- el rezo, una vez fijado, puede ser amparado por el derecho de autor³⁰;
- la interpretación o ejecución, una vez fijada, puede ser protegida por derechos conexos derivados del derecho de autor, y el chamán – como intérprete o ejecutante – puede beneficiarse de la concesión del derecho de autorizar la fijación de su interpretación o ejecución³¹;
- el recipiente que contiene la pócima puede ser patentado o protegido por un certificado de modo de utilidad si tiene características funcionales nuevas e inventivas; si no las tiene, puede ser protegido en virtud de un sistema para diseños industriales;
- el dibujo del recipiente y el atuendo pueden ser protegidos por los sistemas y sea de derecho de autor o biende diseños industriales.

24. Naturalmente, la posibilidad de disponer de mecanismos existentes para la protección de los elementos independientes del conocimiento tradicionales dependerá de que se cumplan los requisitos jurídicos para su protección. Como se indica en el documento OMPI/GRTKF/IC/2/9, los mecanismos existentes de propiedad intelectual son necesariamente incompatibles con los distintos elementos del conocimiento tradicionales. De hecho, en respuesta a la Pregunta 1 de una encuesta sobre las formas existentes de protección de la propiedad intelectual para los conocimientos tradicionales, algunos Miembros suministraron información pertinente a este respecto:

“Varios miembros del Comité han indicado que los mecanismos de propiedad intelectual existentes están por lo general disponibles para la protección de los conocimientos tradicionales. Ciertos miembros del Comité, tales como la Unión Europea, Hungría, Suiza y Turquía han presentado una lista extensa de los mecanismos existentes, lo cual implica que el derecho a la protección de los conocimientos tradicionales depende casi exclusivamente del cumplimiento de las condiciones jurídicas anteriormente establecidas. En las respuestas de otros miembros se afirma que ciertos mecanismos específicos son más adecuados que otros para proteger los conocimientos tradicionales: Indonesia ha puesto de relieve la importancia del derecho de autor, de los signos distintivos (incluidas las indicaciones geográficas) y el secreto comercial; Noruega ha mencionado especialmente la protección mediante el secreto comercial de los conocimientos tradicionales que no se encuentran en el dominio público, así como, indirectamente el derecho de marcas. Samoa también ha puesto de relieve la importancia del derecho de autor y los derechos conexos.

“Australia, Canadá, Kazajstán y la Federación de Rusia han proporcionado ejemplos evidentes de la forma en que los mecanismos de propiedad intelectual existentes ya han sido utilizados para proteger los conocimientos tradicionales. Australia ha identificado

³⁰ El Artículo 15.4a) del Convenio de Berna también otorga protección a las obras no publicadas de autores desconocidos.

³¹ El chamán tendría derecho a dar su consentimiento a la fijación de su interpretación o ejecución, de conformidad con las disposiciones del Artículo 6.2) del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

cuatro casos que, en su opinión, demuestran la facultad del sistema de propiedad intelectual australiano de proteger los conocimientos tradicionales: *Foster contra Mountford* (1976) 29 FLR 233, *Milpurrru contra Indofurn Pty Ltd* (1995) 30 IPR 209, *Bulun Bulun & Milpurrru contra R.T. Textiles Pty Ltd* (1998) 41 IPR 513 y *Bulun Bulun contra Flash Screenprinters* (examinado en (1989) EIPR Vol 2, pp. 346 -355). Del examen de estos casos se desprende que la protección en virtud de la Ley de Derecho de Autor de Australia puede ser tan valiosa para los artistas aborígenes e isleños del Estrecho de Torres como para cualquier otro artista. Además, se dispone de otros derechos de propiedad intelectual para la protección de los conocimientos tradicionales, a saber, las marcas de certificación, el sistema de marcas en su globalidad y el sistema de dibujos o modelos industriales.

“En Canadá, la protección por derecho de autor concedida en virtud de la Ley de Derecho de Autor se utiliza ampliamente en favor de los artistas, compositores y escritores aborígenes de creaciones basadas en la tradición, tales como las obras talladas en madera de artistas de la costa del Pacífico, entre ellas las máscaras y tótems, las joyas de plata de artistas de la tribu Haida, las canciones y grabaciones sonoras de artistas aborígenes y las esculturas de artistas Inuit. Los pueblos aborígenes utilizan las marcas comerciales, en particular, las marcas de certificación, para identificar toda una serie de productos y servicios que van de las obras artísticas tradicionales a los productos alimenticios, vestidos, servicios turísticos y empresas administradas por tribus primitivas. Muchas empresas y organizaciones aborígenes han registrado marcas relacionadas con símbolos y nombres tradicionales. En cambio, la protección en virtud de la Ley de Dibujos y Modelos Industriales se concede en menor grado a personas o comunidades aborígenes. La empresa West Baffin Eskimo Cooperative Ltd. registró más de 50 dibujos finales del decenio de 1960 para tejidos con imágenes tradicionales de animales y de personas pertenecientes al pueblo Inuit. Escada vez más corriente en Canadá es el hecho de que las comunidades aborígenes firmen acuerdos de confidencialidad con las autoridades y empresas aborígenes para compartir sus conocimientos tradicionales. Por ejemplo, la empresa pesquera *Unaaq Fisheries* de propiedad del pueblo Inuit del norte de Quebec y de la Isla Baffin, se ocupa de la administración de pesquerías. Esta empresa cedió regularmente tecnologías patentadas a otras comunidades que utilizan su propia experiencia en la industria pesquera comercial. Las técnicas que elabora están protegidas como secretos comerciales.

“Tanto Kazajstán como la Federación de Rusia han proporcionado ejemplos de protección de conocimientos tradicionales técnicos mediante la concesión de patentes. Además, en Kazajstán, la apariencia externa de la vestimenta tradicional, los peinados (*saykele*), las alfombras (*tuskiiz*), las decoraciones de sillones de montar, las viviendas (*yurta*) y sus elementos estructurales, así como los accesorios de vestir para mujeres, tales como las pulseras (*blezik*), las cunas típicas nacionales y las vajillas (*piala, torcyk*) están protegidos en calidad de dibujos o modelos industriales. Las designaciones que contienen elementos del ornamento de los habitantes de Kazajstán están registradas y protegidas como marcas comerciales.”³²

32

Véase el documento OMPI/GRTKF/IC/2/9d de la OMPI, párrafos 7a y 10.

25. En el mismo documento WIPO/GRTKF/IC/2/9, la Secretaría de la OMP llama la atención sobre algunos de los conceptos erróneos en relación con las limitaciones percibidas de los mecanismos de propiedad intelectual existentes como sistema eficaz para la protección de los conocimientos tradicionales:

“No obstante, cabe señalar que casi todos los conceptos jurídicos implícitos en esta lista de limitaciones percibidas podrían volver a evaluarse sobre la base de la experiencia obtenida mediante la aplicación del derecho de propiedad intelectual. Por ejemplo, la idea que sirve de fundamento a la limitación percibida en el sentido de que los conocimientos tradicionales son inherentes al dominio público es el resultado del concepto de que los conocimientos tradicionales, al ser tradicionales, son “antiguos” y, por lo tanto, no pueden recuperarse. En realidad, tal como ya lo ha puesto de relieve la Secretaría de la OMP en diferentes ocasiones, los conocimientos tradicionales, tan sólo por ser “tradicionales” no son necesariamente antiguos. La tradición, en el contexto de los conocimientos tradicionales, se refiere a la manera en que se elaboran dichos conocimientos y no a la fecha en que se elaboraron. Los conocimientos tradicionales son conocimientos que se han desarrollado sobre la base de tradiciones de cierta comunidad o nación. Por esa simplísima razón, los conocimientos tradicionales son impulsados culturalmente. No obstante, las comunidades producen y seguirán produciendo cada día conocimientos tradicionales como respuesta a sus exigencias y necesidades medioambientales. Además, incluso los conocimientos tradicionales que sean “antiguos”, en el sentido de que hay sido elaborados a lo largo de muchas generaciones, pueden ser nuevos para varios sectores de la propiedad intelectual. La novedad, por lo general, se ha definido mediante leyes en función de criterios más o menos precisos, según los cuales, el elemento específico de conocimientos tradicionales se ha puesto a disposición del público en general (o, al menos, de un grupo de personas con experiencia en la materia). En la esfera de las patentes, por ejemplo, es la divulgación (o su ausencia) la que establece si se ha cumplido con la condición de novedad (y de actividad inventiva). El momento en que se realiza la invención apenas toma en cuenta consecuencias. ³³No obstante, éste no es un concepto absoluto, incluso en el ámbito de las patentes. Es un hecho bien conocido que unos pocos Estados miembros de la OMP han aceptado aplicar también una protección provisional por patente a ciertas invenciones que han sido patentadas en otros países, siempre que esas invenciones no hayan sido objeto de utilización comercial. Una noción similar de “novedad comercial” se encuentra en los ámbitos de la protección *sui generis* de las obtenciones vegetales ³⁴y los esquemas de trazado (topografías) de circuitos integrados.”³⁵

26. Otra limitación comúnmente percibida es que los conocimientos tradicionales se crean y poseen colectivamente, mientras que las leyes de derecho de autor y de patentes requieren la identificación de los distintos creadores. El documento OMPI/GRTKF/IC/2/9 propone un enfoque diferente de la cuestión de la propiedad:

³³ En algunos países que siguen la norma del “primer inventor”, la fecha en que se realiza la invención es importante en el contexto de examen como en los procedimientos judiciales por interferencia.

³⁴ Véase el Acta de 1991 del Convenio de la UPOV, Artículo 6.1).

³⁵ Véase el Acuerdo sobre los ADPIC, Artículo 38.2.

“Por consiguiente, el concepto de “dominio público” al parecer no es un concepto horizontal y, por lo tanto, no debería privar a los miembros del Comité de buscar asistencia en los mecanismos de propiedad intelectual existentes para proteger los conocimientos tradicionales. En realidad, las respuestas mencionadas en el párrafo 22 parecen expresar una fuerte necesidad de seguir preguntándose si la eventual necesidad de desarrollar un nuevo régimen *sui generis* de propiedad intelectual para los conocimientos tradicionales surge de las características muy intrínsecas de dichos conocimientos, más bien que de las limitaciones resultantes de las condiciones de la protección prevista por los mecanismos existentes. Por ejemplo, tal como se ha dicho antes, las normas existentes por lo visto ya podrían contener la respuesta a los problemas entorno a la novedad y la originalidad de los conocimientos tradicionales. Además, el hecho de que los creadores/inventores de los conocimientos tradicionales no se puedan identificar fácilmente no impide necesariamente aplicar las normas existentes en materia de propiedad intelectual. La mayoría de los sujetos de propiedad intelectual pertenecen a entidades colectivas que, en muchos casos, representan importantes grupos de individuos (la empresa General Motors es titular de derechos de propiedad intelectual en nombre de una comunidad de accionistas que es mucho más importante y está más difundida que la mayoría de las comunidades tradicionales identificadas). Por otro lado, el derecho de patentes no se ocupa necesariamente de cómo proteger a los inventores sino de cómo apropiarse de las invenciones. Del mismo modo, el derecho de autor, especialmente en el contexto del Acuerdo sobre los ADPIC, no tiene que ver con la protección de los autores, sino más bien con la apropiación de las obras. En otras palabras, la protección de los derechos individuales de los autores e inventores en el ámbito de la propiedad intelectual se ha orientado hacia la adopción y aplicación de normas nacionales, particularmente mediante los acuerdos contractuales y las normas laborales más bien que mediante el establecimiento de normas internacionales. Por ejemplo, en muchas leyes nacionales de patentes se ha reconocido excepcionalmente que, cuando el invento no puede ser identificado y no se puede identificar como tal, no se debería impedir a las oficinas nacionales de patentes emitir el documento de patente a pesar de las disposiciones del Artículo 4ter del Convenio de París. El plazo de protección tampoco tendría que ser una cuestión problemática. La propiedad intelectual y una protección a largo plazo, sino indefinida, podrían no resultar incompatibles. La legislación de marcas e indicaciones geográficas podría revelarse extremadamente útil a este respecto.”³⁶

27. Sin embargo, la posibilidad de proteger los elementos de los conocimientos tradicionales por separado no responde necesariamente a la necesidad de protección de los conocimientos tradicionales. Los conocimientos tradicionales no son las simples sumas de sus distintos componentes: los conocimientos tradicionales son más que eso, son la combinación sistemática y coherente de sus elementos para formar una unidad indivisible de conocimientos y cultura. Para el *pajé*, el mérito de la curación radica en la combinación del extracto con los rituales religiosos, y no en la píoca por sí sola. La característica de varios de los mecanismos de propiedad intelectual antes mencionados no aceptan como objeto dicha combinación de elementos de los conocimientos. Puede ser necesario, por lo tanto, concebir un sistema que sea sensible a la naturaleza holística de los conocimientos tradicionales y que tenga un enfoque global. Las patentes, las marcas, los diseños, etc., pueden ser muy eficaces para proteger los distintos elementos de los conocimientos tradicionales, pero no contemplan su naturaleza holística.

³⁶

Idem en el párrafo 24.

28. Los conocimientos tradicionales, dentro de ese concepto holístico, tienen cuatro características únicas: los elementos espirituales y prácticos de los conocimientos tradicionales están entrelazados y son por lo tanto inseparables (en este sentido que cada elemento de los conocimientos tradicionales sirve como factor inherente de identificación cultural de sustitulares); por el hecho de que las comunidades tradicionales crean los conocimientos en respuesta a un medio cambiante, los conocimientos tradicionales están en constante evolución y se perfeccionan progresivamente; los conocimientos tradicionales abarcan diferentes campos, en la esfera de las expresiones culturales y en el ámbito técnico; finalmente, ya que su creación no conlleva necesariamente un procedimiento sistemático y formal, los conocimientos tradicionales pueden aparentar tener un carácter menos formal, y su naturaleza sistemática y carácter global llegan a ser aparentes solamente cuando se tiene un mayor conocimiento de los contextos culturales y de las normas que rigen su creación.

V. ELEMENTOS DE UN SISTEMA *SUI GENERIS* PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

a) Marco jurídico general de un sistema *sui generis*

29. Esas cuatro características de los conocimientos tradicionales deben reflejarse de alguna manera en el marco general de cualquier sistema *sui generis* que se haya de considerar a nivel internacional, si se llega a un consenso en cuanto al desarrollo de un sistema de este tipo. Dada su naturaleza holística y en vista de la necesidad de responder al contexto cultural, el sistema *sui generis* no debería exigir que se separen y aíslen los diferentes elementos de los conocimientos tradicionales sino más bien adoptar un enfoque global y sistemático. De hecho ya se han formulado sugerencias en el sentido de reflejar (y respetar) la naturaleza holística de los conocimientos tradicionales de forma que éstos puedan describirse e incorporarse en inventarios generales de conocimientos relativos a una comunidad específica (o grupos de comunidades)³⁷. Este inventario, recopilación, o base de datos contendría una descripción detallada de los conocimientos de las comunidades tradicionales sin separar sus componentes.

³⁷ “Las formas de protección de los conocimientos tradicionales son otro aspecto que necesitan ser aclarado. Una posibilidad de garantizar la protección sería crear bases de datos a nivel nacional e internacional y hacer respetar los derechos sobre esas bases para protegerlas contra su uso por partes no autorizadas.” Declaración de la Delegación del Brasil en la Reunión de la OMP sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Ginebra, 17 y 18 de abril de 2000 (en archivos de la Secretaría de la OMPD); “Sistema de bases de datos *sui generis*: entre las posiciones adoptadas por los autores jurídicos, [se omiten algunas] están aquellas que pretenden sostener que la mejor manera de proteger los conocimientos tradicionales, dadas sus características, variedad y magnitud, sería mediante la introducción de bases de datos *sui generis*. Estas bases de datos, además de los típicos derechos sobre las bases de datos que son originales por la selección o disposición de su contenido, tendrían las siguientes características adicionales: protección de la información no divulgada: una protección relativa a la organización de la información contenida en la base de datos no sería suficiente pues tendrían que existir derechos sobre los conocimientos efectivamente registrados. Sin una protección del objeto, no existiría el incentivo de transferirlos en el caso de las innovaciones, o de sistematizarlos y especificarlos en el caso de los conocimientos tradicionales. El derecho de exclusión se aplica sólo a la reproducción de la información sinotambién a la información registrada. No hay necesidad de fijar previamente la información como requisito para recibir protección.” *Los conocimientos tradicionales y la necesidad de otorgarles una*

[Siguela nota en la página siguiente]

30. Un sistema basado en un inventario de conocimientos también tendría la ventaja de permitir la actualización y modificación de su contenido, así como la posibilidad de agregar nueva información, sin formalidades costosas y complejas, como sería el registro de un procedimiento nuevo.
31. El hecho de que los conocimientos tradicionales se puedan describir en su totalidad obedece a la naturaleza complementaria de sus elementos (inseparables). Los conocimientos del chamán podrían por lo tanto fijarse en una base de datos y protegerse mediante diferentes conjuntos de derechos (que a su vez pueden ser complementarios): el derecho de impedir la reproducción/ofijación de los elementos literarios y artísticos de sus conocimientos; y el derecho de impedir el uso de los elementos técnicos del contenido de la base de datos.
32. Debido a la naturaleza intrínsecamente práctica de los conocimientos tradicionales, la descripción y fijación en un inventario ha de ser necesariamente muy flexible, en el sentido de que el único requisito, sobre todo en cuanto a los elementos técnicos, sería que la descripción sea de fácil comprensión para un experto en la materia. Nadie debe esperar, por ejemplo, que el chamán proporcione la fórmula o la composición de la fórmula o molécula de un componente químico determinado, sino simplemente una descripción de los materiales que utiliza, de manera que otra persona pueda producirla.
33. Por último, debe destacarse que la naturaleza holística de los conocimientos tradicionales no es un concepto jurídico en sí mismo que resulta de la naturaleza complementaria de ciertos elementos de esos conocimientos, algunos de los cuales son fundamentalmente de tipo espiritual o cultural, mientras que otros son esencialmente prácticos, como pone de manifiesto la fábula del *pajé*. Pero algunas comunidades han podido separar sus conocimientos de acuerdo a diferentes tipos de uso económico y culturales, en los ámbitos de las expresiones del folclore y de las artesanías. Ello podría dar lugar a una recombinación en el sentido de seguir vías jurídicas diferentes (y complementarias) que convengan más a las características de esas unidades de conocimientos que ya no están intrínsecamente asociadas al sistema global de cultura de la comunidad sino que quepa en mejor o en distintos compartimentos de ese sistema. El "holismo" de los conocimientos tradicionales no debería por tanto estar "tallado en la piedra" y sería preferible adoptar un enfoque flexible. Un sistema de protección sólo puede tener por finalidad responder a necesidades de política específicas más bien que proteger todos los aspectos de los conocimientos tradicionales. En ese sentido, los elementos que se identifican a continuación, que están basados en un mecanismo posible de protección de inventarios o de recopilaciones de conocimientos tradicionales, no deben tomarse como exclusivos. Por ejemplo, las expresiones del folclore

[Continuación delanotadela página anterior]

protección por propiedad intelectual adecuada; Comité de la OMPI sobre la relación entre la propiedad intelectual, los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales. Documentos presentados por el Grupo de Países de América Latina y el Caribe (GRULAC), documento de la OMPI WIPO/GRTKF/1/5, del 16 de marzo de 2001 Anexo I, página 9; "La Delegación concluyó que la única manera de atender en forma adecuada las inquietudes de los titulares de conocimientos tradicionales es elaborar un régimen de protección positivo mediante un sistema sui generis para la protección por propiedad intelectual del contenido de las bases de datos de conocimientos indígenas." Declaración de la Delegación de Venezuela, por cuenta de Cuba, Ecuador y Venezuela en la tercer sesión del Comité, Informe, supra nota 1, párrafo 122.

que se han desvinculado del medio físico donde habitan las comunidades y que, por lo tanto, han adquirido una posición independiente en el universo cultural de ciertas comunidades, estarán mejor abordadas en el marco de un enfoque como el de las Disposiciones Tipo OMPI/UNESCO, tal como se establece en el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10. Asimismo la protección de las artesanías también puede considerarse eventualmente en el marco de un sistema de registro que reconozca el *estilo* único que materializa inequívocamente el alma y el espíritu de ciertas comunidades tradicionales. De ahí que sea posible que la labor relativa a la protección de los conocimientos tradicionales permita concebir un “menú” de mecanismos *sui generis* que representen los diferentes aspectos de los conocimientos tradicionales y que, al igual que los mecanismos existentes, puedan ser utilizados de manera complementaria por los creadores y los titulares de los conocimientos tradicionales como corresponda.

b) *Elementos de un sistema sui generis*

34. Una cuestión es identificar las características generales de un sistema *sui generis* adecuado para la protección de los conocimientos tradicionales, y otra, identificar los elementos que ese sistema debe contener para poder ser eficaz. Para poder identificar esos elementos, se debe dar respuesta a las siguientes series de preguntas esenciales a las que todo sistema jurídico eficaz para la protección de los derechos de propiedad debe responder satisfactoriamente:

- i) ¿cuáles es el objetivo de política de la protección?
- ii) ¿cuáles es el objeto que se ha de proteger?
- iii) ¿qué criterios debe reunir este objeto para ser protegido?
- iv) ¿quiénes es el titular de los derechos?
- v) ¿cuáles son los derechos?
- vi) ¿cómo se adquieren los derechos?
- vii) ¿cómo conceder y hacer cumplir los derechos?; y
- viii) ¿cómo se agotan o caducan los derechos?

i) ¿Cuáles es el objetivo de política de la protección?

35. La manera como se conformará y se definirá un sistema *sui generis* dependerá en gran parte de los objetivos de política que se deseen alcanzar. ¿Será éste fundamentalmente defensivo en el sentido de que pretenda prohibir la apropiación indebida o el uso ilícito culturalmente ofensivo de los conocimientos tradicionales, o será semejante a las leyes de protección del patrimonio cultural? ¿Tendrá un objetivo de política más amplio, como el de un sistema creado en respuesta al Artículo 8(j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica, con los objetivos generales de conservación de la diversidad biológica, el uso sostenible de sus componentes y la distribución justa y equitativa de los beneficios resultantes del uso de los recursos genéticos? ¿Estará centrado en la promoción de la comercialización apropiada de los conocimientos tradicionales o en su preservación dentro de un contexto cultural específico?

ii) ¿Cuáles es el objeto que se ha de proteger?

36. Los Miembros del Comité deberán decidir cuáles son los objetos que se beneficiarían potencialmente de la protección y en qué forma ellos responderían a los objetivos de política de un sistema de protección. Por analogía con la legislación de derecho de autor, podría haber cierta similitud con la lista no exhaustiva e ilustrativa de obras con derecho a protección establecida en el Convenio de Berna; o por analogía con la legislación de patentes, se podría hacer referencia a un concepto general que debe interpretarse e implementarse a nivel práctico aplicando normalmente la legislación nacional. Otra opción, por supuesto, incluir todos los conocimientos tradicionales, sin restricción ni limitación en cuanto al objeto, abarcando así las expresiones culturales, tales como las obras artísticas, musicales y científicas, las interpretaciones o ejecuciones, las creaciones técnicas, las invenciones, los diseños, etc. La simple inclusión en una definición general no genera derechos ejecutorios y este enfoque dejaría abierta la posibilidad de definir más precisamente las restricciones en cuanto a qué características específicas deben tener el objeto para ser susceptible de protección.

37. Otra opción anteriormente citada es la de limitar la protección a los conocimientos tradicionales técnicos asociados a la biodiversidad, dejando que las artesanías y las expresiones del folclore se aborden en disposiciones separadas, sin olvidar que la decisión de dividir los conocimientos tradicionales holísticos en componentes separados (en otras palabras, la elección del mecanismo más adecuado en el “menú” anteriormente citado) deberá incumbir a los titulares de los conocimientos tradicionales. Este enfoque podría tener en cuenta el hecho de que algunos de los objetivos de política pueden abordarse mediante sistemas de propiedad intelectual ya existentes (en particular, los eventuales elementos *sui generis* de esos sistemas), y que un sistema *sui generis* separados sólo será necesario para alcanzar otros objetivos de política.

iii) ¿Cuáles son los criterios adicionales de protección?

38. Podría ser necesario aclarar que a pesar de que algunos conocimientos tradicionales entraron dentro de una definición amplia, tal vez necesiten satisfacer criterios diferentes para ser protegidos en el marco de un sistema *sui generis*. Esto puede suceder, por ejemplo, con los conocimientos tradicionales que ya son de dominio público. Los titulares de conocimientos tradicionales deben ser conscientes de que los conocimientos adicionales que entran en el dominio público pueden recuperarse sin afectar las expectativas legítimas y los derechos adquiridos por terceros. Por lo tanto, es necesario definir el dominio público en relación con los conocimientos tradicionales. Side ntro de un enfoque amplio, la información

que ha sido divulgado se considera automáticamente de dominio público, se habrá perdido efectivamente toda una serie de conocimientos tradicionales con fines de protección por propiedad intelectual y será muy difícil, o imposible, recuperarlos. Por otro lado, la elaboración de bases de datos o de inventarios con la finalidad de documentarlos conocimientos tradicionales para impedir la apropiación indebida mediante solicitudes de patentes presentadas por terceros podría contribuir a agudizar el problema. Los Miembros del Comité pueden, sin embargo, recurrir al concepto de novedad comercial y especificar que todos los elementos (dentro del alcance predeterminado del objeto) de los conocimientos tradicionales que no hayan sido comercializados antes de la fecha de compilación de la base de datos, quedan protegidos. El concepto de novedad comercial, en realidad, no es ajeno a los mecanismos de propiedad intelectual existentes, tales como la protección de obtenciones vegetales de la UPOV³⁸, la protección de los esquemas de trazado (topografías) de circuitos integrados³⁹, y la protección de gasoductos mediante patentes⁴⁰.

39. Deselementos adicionales, adoptados en la Ley N° 20 de Panamá, podrían ayudar a delimitar los objetos susceptibles de protección definiendo mejor su alcance: a) la expresión de la identidad cultural de una comunidad determinada; y b) la posibilidad de ser utilizado comercialmente. En primer lugar, sólo los elementos de los conocimientos tradicionales que continúan siendo “tradicionales”, en el sentido de que siguen unidos intrínsecamente a la comunidad en que se originaron, serían susceptibles de protección en el marco de un sistema *suigeneris*. En cambio, los elementos de los conocimientos tradicionales que hayan perdido ese vínculo, a través de un proceso de industrialización, por ejemplo, no podrán ser protegidos en el marco de un sistema *sui generis*⁴¹. En segundo lugar, los legisladores pueden decidir que los conocimientos tradicionales que no son susceptibles de utilización comercial no estarán amparados por el sistema *suigeneris*. De hecho, es poco probable que un tercero se dedique al uso ilícito o distorsión de los conocimientos tradicionales si éstos no tienen utilidad comercial o industrial. Al limitar el alcance de los conocimientos tradicionales, la legislación reduciría el costo que genera su inscripción en registros o inventarios. Sin embargo, cabe señalar que la clasificación de los conocimientos tradicionales en dos categorías (una que tenga utilidad comercial, potencial o efectiva, y otra que no la tenga) puede ser contraria a la naturaleza holística de los conocimientos tradicionales, según la cual, sus componentes espirituales y prácticos están entrelazados de tal manera que la mayoría de las veces es imposible distinguirlos.

40. Por último, la legislación puede establecer que el objeto de protección debe figurar en inventarios, colecciones, compilaciones, o simplemente en bases de datos de conocimientos tradicionales. Las implicaciones jurídicas de esta disposición se examinan más adelante. Lo importante en esta coyuntura es que los Miembros del Comité que decidan la creación de un sistema *suigeneris* nacional pueden perfectamente terminar reconociendo que los conocimientos tradicionales, para poder ser protegidos, deben estar documentados y fijados.

³⁸ UPOV, 1991, Artículo 6.

³⁹ Tratado sobre la Propiedad Intelectual respect de los Circuitos Integrados, de 1989, Artículo 7, incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC, Artículo 35.

⁴⁰ Véase el documento OMPI/GRTKF/IC/2/9 de la OMPI.

⁴¹ Pueden ser protegidos, sin embargo, por otras formas de propiedad intelectual. Algunos tipos de artesanía, por ejemplo, han sido objeto de gran industrialización y modernización, con lo que han perdido sus características tradicionales y han dejado de ser objeto de identificación cultural. Esas artesanías pueden ser protegidas en el marco del sistema de diseño industrial porque se han transformado fundamentalmente en productos de consumo.

La documentación es imprescindible para el proceso de conservación de los conocimientos tradicionales. Al mismo tiempo, la descripción de los conocimientos tradicionales tiene la ventaja de hacer pública la intención de la comunidad de apropiarse de los conocimientos en cuestión; por lo que la documentación y fijación actúan como señales de “prohibido el paso”, exactamente como las reivindicaciones de las invenciones en el caso de las patentes.

iv) ¿Quiénes es el titular de los derechos?

41. Los derechos de propiedad intelectual pertenecen, en principio, a sus creadores (autores, inventores, diseñadores, creadores, etc.), quienes pueden transferir sus derechos mediante acuerdos contractuales. Pero se considera, por lo general, que los conocimientos tradicionales son el resultado de la creación e innovación de un creador colectivo: la comunidad. Esa misma lógica indicaría que se deberían conceder los derechos a las comunidades, más que a los individuos. Ese es el razonamiento que explica la tendencia en algunas leyes nacionales y regionales que confieren protección a los conocimientos tradicionales, a designar como los titulares de los derechos a comunidades indígenas, comunidades afroamericanas, comunidades locales o comunidades autóctonas. Obviamente, luego podrá llegar a ser necesario establecer un sistema de definición geográfica y administrativa de las comunidades⁴².

42. Apesar de que la protección de los conocimientos tradicionales se percibe generalmente como una cuestión de derechos colectivos, la protección puede, no obstante, otorgarse a los individuos. La solución para ello debe buscarse en el Derecho consuetudinario⁴³. De hecho, la importancia del Derecho consuetudinario es fundamental para la atribución de los derechos y beneficios dentro de la comunidad. En cualquier solución jurídica relativa a la protección de los conocimientos tradicionales, adoptada tanto a nivel nacional como internacional, se debe reconocer la importancia de las costumbres y tradiciones de una comunidad en relación con el permiso otorgado a los individuos para utilizar los elementos de los conocimientos tradicionales, dentro o fuera de la comunidad correspondiente, así como con cuestiones relativas a la propiedad, el derecho a beneficios, etc. Esas costumbres y tradiciones deben describirse y registrarse junto con los elementos de los conocimientos tradicionales, para que se cree una seguridad jurídica no solamente en lo que respecta a los elementos pertinentes de los conocimientos tradicionales propiamente dichos, sino también en relación con la manera de compartirlos entre las comunidades. Un ejemplo de cómo el Derecho consuetudinario puede integrarse a un sistema *suigeneris* de protección de los conocimientos tradicionales figura en la Ley N° 20 de Panamá, que en su Artículo 15 establece lo siguiente:

“Los derechos de uso y comercialización del arte, artesanías y otras expresiones culturales basadas en la tradición de los pueblos indígenas deben registrarse por el reglamento de uso de cada pueblo indígena, aprobado y registrado en la DIGERPI en

⁴² Panamá ha aprobado una serie de leyes que definen el territorio de las comunidades indígenas y establecen sus propios órganos administrativos, de acuerdo a sus propias costumbres y tradiciones. Véase Aresio Valiente López (Compilador) *Derechos de los Pueblos Indígenas de Panamá, Serie Normativa y Jurisprudencia Indígena*, OIT y CEALP, Costa Rica, 2002.

⁴³ En la Ley de Biodiversidad del Brasil, nota *supra* 15, Artículo 8, se indica que los derechos pueden otorgarse a las comunidades aun cuando los conocimientos se encuentren en un solo individuo. El Artículo 8 no es, sin embargo, obligatorio, lo que indica que la decisión final la toma la comunidad.

la Dirección Nacional de Derecho de Autor del Ministerio de Educación, según el caso⁴⁴.

43. Los conocimientos tradicionales regionales pueden pertenecer a una comunidad que se extiende más allá de las fronteras nacionales. También pueden pertenecer a dos o más comunidades vecinas que comparten el mismo medio ambiente, los mismos recursos genéticos y las mismas tradiciones. En el primer caso, debido a que la propiedad intelectual es territorial, la comunidad debe obtener el reconocimiento de sus derechos en los diferentes países en los que tradicionalmente vive. En el segundo caso, los legisladores tienen las siguientes opciones: pueden establecer la titularidad de los derechos, o pueden dejar que las comunidades soliciten por separado y obtengan los derechos sobre la propiedad conjunta de los conocimientos tradicionales. En cualquier de los casos, sin embargo, incumbe a la legislación nacional decidir si las comunidades pueden actuar en colusión para evitar la competencia entre ellas en lo que se refiere a la cesión y transferencia de sus derechos a terceros. Dado que la colusión entre competidores, especialmente en materia de fijación de precios, donde éstos tienen una participación significativa en el mercado, se considera una violación de la legislación antimonopolio de los países de varios Miembros del Comité, esas legislaciones nacionales tal vez deberían definir las excepciones correspondientes. Por otro lado, la competencia entre las comunidades tradicionales para designar y transferir conocimientos susceptibles de aplicación industrial provocaría una reducción de los precios que habría que pagar por dichos conocimientos, ello para beneficio de los consumidores, y podría ser que así lo prefirieran algunos Miembros del Comité.

44. Una alternativa a la concesión de derechos a las comunidades es nombrar al Estado como custodio de los intereses y derechos de los titulares de los conocimientos tradicionales.

v) ¿Cuáles son los derechos?

45. Los diferentes elementos que componen los conocimientos tradicionales están entrelazados y pertenecen a los ámbitos artístico/cultural y técnico/comercial/industrial. Los derechos que se han de adquirir sobre esos componentes deben ser por lo tanto de relevancia para proteger los legítimos intereses de los titulares de los conocimientos tradicionales. Si se hiciera un uso ilícito o lesivo de los elementos de los conocimientos tradicionales de naturaleza artística o literaria, los titulares de los derechos deberían estar autorizados para impedir que otros reproduzcan y/o fijen y reproduzcan el producto fijado. Pero si se hiciera un uso no autorizado de los componentes técnicos de los conocimientos tradicionales, los titulares de los derechos deberían poder impedir su uso (por uso se entienden los actos de realizar, utilizar, ofrecer a la venta, vender o importar para estos fines el producto tradicional protegido, o cuando el objeto de protección sea un proceso, la acción de utilizar el proceso así como la acción de utilizar, ofrecer a la venta, vender o importar a estos efectos como mínimo el producto directamente obtenido mediante el proceso tradicional). De ahí que un sistema *sui generis* de protección por propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales deba combinar las características del derecho de autor y los derechos conexos con las características de la propiedad industrial.

⁴⁴ Ley N° 20 de Panamá presentada por el Sr. Atencio López al Seminario Internacional de la OMP sobre Preservación, Promoción y Protección del Folclore y los Conocimientos Tradicionales, celebrado en São Luiz de Maranhão (Brasil) del 11 al 13 de 2002. El Artículo 85 de la Ley de Biodiversidad de Costa Rica, Ley N° 7.788 de 1988, contiene disposiciones similares.

46. Al igual que la propiedad intelectual en general, y el derecho de autor en particular, los conocimientos tradicionales también deben abarcar derechos materiales y morales. Los derechos morales sólidos respecto de los conocimientos tradicionales pueden ser, en efecto, un componente vital de un futuro sistema *suu generis* debido a su función específica en la protección y la conservación de la identidad cultural de las comunidades tradicionales, incluidos aquellos elementos de los conocimientos tradicionales que no deben ser utilizados comercialmente.
47. Entre los derechos relativos a los conocimientos tradicionales también podrían figurar los derechos de ceder, transferir y conceder bajo licencia el contenido de bases de datos de conocimientos tradicionales de tipo comercial/industrial. Si la posibilidad de transferir los derechos de concederlos bajo licencia no estuviese incluida en la legislación, cualquier intento de abordar la cuestión de la distribución de beneficios en el marco de la Ley de Diversidad Biológica fracasaría necesariamente.
48. El hecho de que los derechos relativos a los conocimientos tradicionales sean fundamentalmente de naturaleza colectiva o afectan a una naturaleza privada, a menos que la legislación no esté prevista para el Estado como custodia de los derechos comunitarios. Los derechos privados deberán pues estar relacionados con el interés público de la sociedad en su conjunto. Como todos los demás derechos de propiedad intelectual (así como todos los demás derechos de propiedad privada), los derechos sobre los conocimientos tradicionales no pueden ser poseídos ni ejercerse de manera que perjudiquen los intereses legítimos de la sociedad en su conjunto. Por lo tanto, los derechos sobre conocimientos tradicionales que se concedan deberán estar sujetos a excepciones, tales como la utilización por terceros con fines académico o estrictamente privados ⁴⁵.
49. Como se señaló más arriba, los elementos antes mencionados se refieren a la protección en materia de propiedad intelectual del contenido de los inventarios de datos sobre conocimientos tradicionales, tal como sugirieron varias delegaciones ⁴⁶. Esos elementos difieren de las disposiciones del Artículo 2.5) del Convenio de Berna ⁴⁷, del Artículo 10.2) del Acuerdo sobre los ADPIC ⁴⁸ y del Artículo 5 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor,

⁴⁵ La Ley N° 20 de Panamá contiene dos excepciones a los derechos concedidos: “los pequeños artesanos no indígenas” que se dedican a la elaboración, producción y venta de reproducciones de artesanías indígenas en las zonas de Buglés, que residen en ciertos distritos, quedan excluidos de las disposiciones de la Ley (Artículo 23); por otra parte, se aplica una especie de excepción del “usuario anterior” a los “pequeños artesanos no indígenas” que ya han sido registrados en la Dirección General de Artesanías Nacionales en la fecha de entrada en vigor de la Ley (Artículo 24).

⁴⁶ Véase la Nota 28.

⁴⁷ El Artículo 2.5) del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1991) estipula: “Las colecciones de obras literarias o artísticas tales como las enciclopedias y antologías que, por la selección de las materias, constituyen creaciones intelectuales estarán protegidas como tales, sin perjuicio de los derechos del autor sobre cada una de las obras que forman parte de estas colecciones”.

⁴⁸ El Artículo 10.2 del Acuerdo sobre los ADPIC establece: “Las compilaciones de datos de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyen creaciones de carácter intelectual, serán protegidas como tales. Esa protección que no abarca los datos

de 1996⁴⁹, en el sentido que no se protegen solamente la selección creativa u original o la disposición del contenido, sino también el contenido mismo. Por otra parte, también difieren de las disposiciones del Capítulo III de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, en la medida en que se sugiere que se confieran los derechos a los titulares de los conocimientos tradicionales y no a los fabricantes de las bases de datos; se deberá otorgar protección contra la reproducción o el uso del contenido de las bases de datos y no simplemente contra su extracción o “reutilización” en el sentido de que están disponibles para el público; y finalmente, los derechos se deben hacer cumplir no solamente en el caso de datos cuya obtención, verificación o presentación haya requerido una inversión considerable⁵⁰, sino también en el caso de cualquier reproducción o uso no autorizados del contenido de la base de datos.

50. La idea de proteger el contenido de las bases de datos de conocimiento tradicionales tiene pues que ver más con la naturaleza exclusiva de la protección de datos de pruebas del Artículo 39.3 del Acuerdo sobre los ADPIC⁵¹, ya que estos datos deben ser protegidos contra el uso comercial desleal, aunque el propio gobierno ponga esos datos a disposición del público⁵². Esto tal vez permitiría que las bases de datos funcionen como un mecanismo viable para sistemas *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales⁵³. La protección del contenido de las bases de datos de conocimiento tradicionales debe realizarse sin perjuicio del uso complementario de otros mecanismos de propiedad intelectual, como el derecho de autor, las patentes, los certificados de obtenciones vegetales y las indicaciones geográficas.

51. Como se ha indicado anteriormente, también se puede desarrollar un sistema *sui generis* de tal manera que incluya características de elementos específicos de los conocimientos tradicionales, tales como las artesanías. Las artesanías de una comunidad determinada siguen las normas técnicas y artísticas que se han desarrollado a través de generaciones, como la

[Continuación de la nota de la página anterior]

materiales en sí mismos, se entenderá sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales en sí mismos”.

⁴⁹ El Artículo 5 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (1996) establece: Las compilaciones de datos de otros materiales, en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, están protegidas como tales. Esa protección no abarca los datos o materiales en sí mismos y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación”.

⁵⁰ Véase la Directiva 96/9/CE, Artículo 7, Diario Oficial L077, 27/03/1996.

⁵¹ La primera parte del Artículo 39.3 del Acuerdo sobre los ADPIC establece: “Los Miembros, cuando exijan, como condición para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos agrícolas que utilizan nuevas entidades químicas, la presentación de datos de pruebas u otros no divulgados cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable, protegerán esos datos contra el uso comercial desleal”.

⁵² La segunda frase del Artículo 39.3 establece: “Además, los Miembros protegerán esos datos contra la divulgación, excepto cuando sea necesario para proteger al público, o salvo que se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra el uso comercial desleal”.

⁵³ Para un análisis detallado de las experiencias actuales en materia de bases de datos de conocimientos tradicionales, véase el documento WIPO/GRTKF/IC/3/6 (“Inventariode bases de datos en línea de catalogación de conocimientos tradicionales”).

elección de materias primas determinadas, métodos de fabricación, colores, motivos decorativos, etc. Esos elementos habituales podrían ser objeto de un registro general (o descripción en un base de datos), lo cual haría que se conceda derecho ⁵⁴ exclusivo sobre el estilo de un determinado línea de productos realizados artesanalmente por la comunidad de acuerdo a los estándares descritos. Las piezas individuales derivadas de ese estilo podrían registrarse, si la comunidad lo desea, para facilitar la protección. Un sistema de este tipo garantizaría a la comunidad la concesión de derechos sobre sus artesanías, evitando así la reproducción distorsionada por parte de terceros no autorizados.

vi) ¿Cómo se adquieren los derechos ?

52. Una opción podría ser la ausencia total de formalidades jurídicas, es decir, que la protección exista a partir de la fecha de creación de los conocimientos tradicionales en cuestión, independientemente de cualquier formalidad ⁵⁴. Esta opción puede dar lugar, sin embargo, a problemas en cuanto a su aplicación práctica, como la necesidad de probar la existencia misma de los conocimientos en cuestión, problema que se resuelve mediante la obligación de fijación, y la eventual necesidad de probar que ha habido plagio o infracción, obstáculos que se superan mediante la documentación/descripción y la presunción de disponibilidad pública de esa información, como en el caso de las marcas y las patentes.

53. La segunda opción sería establecer el derecho una vez que se ha registrado la compilación de datos sobre conocimientos tradicionales ante un organismo gubernamental. La base de datos puede registrarse automáticamente una vez que se ha realizado el examen formal de la documentación, de la representación jurídica, etc., o puede estar sujeta a un examen sustantivo. Esta última fue la solución concebida por la Ley N° 20 de Panamá, que creó el puesto de examinador de los derechos indígenas dentro de la Oficina de Propiedad Industrial (DIGERPI); la persona trabaja en calidad de examinador y auditor para todos los asuntos relacionados con los derechos de propiedad intelectual y los intereses de los pueblos indígenas (en particular, aunque no exclusivamente, la presentación por parte de terceros de solicitudes basadas en conocimientos indígenas en el ámbito de las patentes ⁵⁵).

⁵⁴ Véase la Ley de Biodiversidad de Costa Rica N° 7788, de 1998, Artículo 82.

⁵⁵ Ley N° 20, Artículo 9. Este punto se refiere a los costos de realizar y registrar bases de datos o inventarios de conocimientos tradicionales. La sociedad debe decidir si los costos correrán a sea a cargo de las comunidades que obtendrán los derechos de propiedad sobre el contenido de los inventarios (bajo la forma de tasas), o de la sociedad. Panamá ha decidido que la sociedad debe encargarse de la adquisición y mantenimiento de los derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos de las comunidades. (Ley N° 20, Artículo 7: “[...] su tramitación ante la DIGERPI no requerirá los servicios de un abogado y se exceptúa de cualquier pago [...]”). Esa decisión está relacionada en última instancia con el concepto de distribución de riqueza y la necesidad de proveer asistencia para la potenciación de las personas indígenas y de las comunidades tradicionales. Por otro lado, la adopción de un sistema transparente y eficaz de protección de los conocimientos tradicionales reducirá el costo de las transacciones y que eliminará la incertidumbre que rodea actualmente a todas las cuestiones de acceso a los recursos genéticos, biopiratería y usos de virtuales de otras expresiones de cultura tradicionales. Es más, una vez que la protección de los conocimientos tradicionales por propiedad intelectual esté incluida en los acuerdos internacionales de comercio, se reducirán las distorsiones e impedimentos al comercio de bienes y servicios que incluyan conocimientos tradicionales, para beneficiar a los exportadores de artesanías legítimas y productos agrícolas tradicionales. Y puesto que se prevén subsidios para inventores individuales y pequeñas empresas en las le yes

54. La protección formal implica el control preventivo del registro de los conocimientos tradicionales para evitar una reivindicación infundada del objeto. Por otra parte, tanto los sistemas de protección formales como informales exigen el establecimiento de mecanismos posteriores de control de la legitimidad de la reivindicación. Por ejemplo, si la legislación adopta el requisito de novedad comercial como condición para la protección, los elementos que hayan sido comercializados con anterioridad y que, por lo tanto, se ajen al dominio público se expondrían bien a ser previamente rechazados, bien a ser posteriormente invalidados. Además, se podría poner al alcance de terceros perjudicados por reivindicaciones excesivas recursos de oposición o de apelación.

55. La legislación puede exigir que se divulguen todos los elementos de los conocimientos tradicionales presentados para ser registrados y que tengan potencialmente de hecho, una aplicación industrial o comercial. En cambio, cualquier otro tipo de información de naturaleza puramente espiritual o sagrada puede mantenerse confidencial, si la comunidad así lo desea.

vii) ¿Cómo administrar los derechos y velar por su observancia?

56. Los derechos de propiedad intelectual son inoperantes si no se pueden hacer cumplir. La protección de los conocimientos tradicionales no sería efectiva si no se garantiza la disponibilidad de medidas eficaces y expeditivas contra el fraude y/o uso no autorizado (combinando así, por un lado, las características del derecho de autor y los derechos conexos, y por otro, las de la propiedad industrial, para aquellos elementos de los conocimientos tradicionales contenidos en inventarios sin efectuar una categorización en función de su naturaleza espiritual o técnica), como lo son los mandamientos judiciales o la indemnización adecuada. Las disposiciones relativas a la observancia de los derechos de propiedad intelectual podrían aplicarse de formas subsidiarias *mutatis mutandis*⁵⁶. Además, en la práctica, los titulares de los conocimientos tradicionales pueden encontrar dificultades para hacer cumplir sus derechos, lo cual haría posible la administración de los derechos mediante un mecanismo distinto, eventualmente un sistema de administración recíproco o colectivo, o confiando a los organismos gubernamentales la función específica de controlar y demandar a los que violan los derechos.

viii) ¿Cómo se pierden o extinguen los derechos?

57. Hay dos enfoques posibles para este último tema. Un enfoque, generalmente preferido por las legislaciones nacionales que hasta ahora han tratado la protección de los conocimientos tradicionales, es establecer la protección por un período indefinido⁵⁷. Este enfoque se relaciona con la naturaleza intergeneracional y la tendencia al incremento de los conocimientos tradicionales y reconoce que su aplicación comercial, una vez garantizada la protección, puede demorar mucho tiempo⁵⁸. Pero si la protección de los conocimientos

[Continuación de la nota de la página anterior]

de patentes de países de varios Miembros del Comité, el subvencionar a comunidades tradicionales no sería entonces contrario al concepto mismo de derechos formales de propiedad intelectual.

⁵⁶ Véase la Ley N° 20 de Panamá, Artículo 21.

⁵⁷ *Idem* Artículo 7.

⁵⁸ Los conocimientos tradicionales cumplirían de esa manera una función de prospección, como pretende Edmund Kitchen en relación con las patentes (véase Edmund Kitch, *La naturaleza y*

[Siguela nota en la página siguiente]

tradicional es ha de establecerse después del acto inicial de su explotación comercial (por ejemplo, por un período de 50 años contados a partir del primer acto comercial que involucra al elemento protegido de los conocimientos tradicionales, que podría ser renovable por varios períodos sucesivos), entonces tendrías sentido fijar con antelación una fecha de vencimiento, con la condición que se aplique exclusivamente a aquellos elementos de los conocimientos tradicionales que tengan aplicación comercial/industrial y que puedan ser aislados de la totalidad del contenido de la base de datos sin perjuicio de su integridad. La realidad es que al evolucionar, algunos de los conocimientos tradicionales pasan a ser obsoletos.

VI. CONCLUSIÓN

58. Se han identificado estos elementos de un sistema *suigeneris* de protección de los conocimientos tradicionales con la finalidad de responder a una petición de varios de los Miembros del Comité y por ello reflejan un consenso por parte del Comité. El objetivo básico de este documento es el demostrar que ya existen mecanismos de protección por propiedad intelectual, tanto en el contexto de los conocimientos tradicionales como fuera del mismo, que podrían trasladarse a un sistema *suigeneris* para la protección de los conocimientos tradicionales. La utilización de elementos disponibles tiene la ventaja de evitar “navegar en aguas desconocidas”. Por otra parte, las preocupaciones relacionadas con la biopiratería y los costos de transacción en los ámbitos de las expresiones del folclore y la biodiversidad asociada a los conocimientos tradicionales serían mejores (aunque no exclusivamente) recurriendo a la adaptación de sistemas ya aprobados y a los principios que éstos contienen.

59. *Se invita al Comité Intergubernamental a tomar nota del contenido del presente documento y a formular comentarios generales al respecto.*

[Fin del documento]

[Continuación de la nota de la página anterior]

función del sistema de patentes, 20 J.L. & Econ. (1977)). Solamente un *aspocas* patentes cumplen una función de este tipo por que la mayoría de las invenciones se realizan en respuesta a las necesidades del mercado. Pero los conocimientos tradicionales no se crean con una finalidad comercial. De ahí que su aplicación comercial, a diferencia de la mayoría de las invenciones patentadas, requiera un estudio de mercado.