

OMPI



ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
GINEBRA

WIPO/GRTKF/IC/4/8

ORIGINAL : Inglés

FECHA: 30 de septiembre de 2002

S

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

**Cuarta sesión
Ginebra, 9 a 17 de diciembre de 2002**

**ELEMENTOS DE UN SISTEMA *SUI GENERIS* DE PROTECCIÓN
DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES: DOCUMENTO DE ACTUALIZACIÓN**

Documento preparado por la Secretaría

I. RESEÑA

1. El presente documento es una versión actualizada del documento WIPO/GRTKF/IC/3/8, en el que se examinan los elementos relativos a un eventual sistema *sui generis* de propiedad intelectual para la protección de los conocimientos tradicionales. En este documento se revisan los antecedentes del debate sobre la protección *sui generis* de los conocimientos tradicionales, y se examinan algunos de los elementos que pueden dificultar, en esta etapa, la definición precisa de un régimen jurídico de protección de los conocimientos tradicionales. Se examina el concepto de protección *sui generis* de los conocimientos tradicionales, y se señala que esta necesidad no supone un sistema jurídico nuevo o independiente, sino que también podrá incluir elementos *sui generis* adaptados o ampliados, partiendo del marco actual de propiedad intelectual. En el documento se estudia luego la naturaleza de la protección por propiedad intelectual en general y, sobre esa base, se ponderan los fundamentos que puedan resultar pertinentes a la protección de los conocimientos tradicionales por la propiedad intelectual. Se destaca que los mecanismos jurídicos para la protección de los conocimientos tradicionales se distinguen de los conocimientos tradicionales como tales, y nunca podrán abarcar plenamente la naturaleza holística de los conocimientos tradicionales -puesto que su función es fundamentalmente impedir que terceros realicen actos no autorizados en relación con la materia, antes que expresar plena y totalmente los conocimientos tradicionales. Tomando como punto de partida un debate general sobre la naturaleza de la materia objeto de los conocimientos tradicionales, en el documento se examinan luego alguna de las características clave de un sistema *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales, en particular el marco jurídico general, los objetivos de política, la materia, y los criterios para definir la materia protegida, así como la titularidad, naturaleza, adquisición, gestión y observancia de los derechos. El objetivo del presente documento es facilitar el debate y el examen, antes que anticiparse a cualquier decisión de política sobre la conveniencia o no de adoptar enfoques *sui generis* para proteger los conocimientos tradicionales.

II. ANTECEDENTES

2. En el documento WIPO/GRTKF/IC/3/8 de la OMPI, preparado por solicitud del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (“el Comité”)¹, se examinaban los elementos que podían formar parte de un sistema jurídico *sui generis* aparte, definido específicamente para proteger los conocimientos tradicionales. El Comité examinó detalladamente ese documento en su tercera sesión, en junio de 2002², y decidió que debía actualizarse y revisarse para formar parte de los debates siguientes. El presente documento es la versión actualizada del documento WIPO/GRTKF/IC/3/8, solicitada por el Comité. El debate permanece en una fase exploratoria, sin embargo, el enfoque general de las cuestiones adoptado en el documento anterior fue recibido positivamente, en general. Varias delegaciones indicaron que las consultas locales que figuraban en el documento anterior aún se estaban realizando. Para

¹ Véanse los antecedentes en el documento WIPO/GRTKF/IC/3/8, *Elementos de un sistema sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales*, párrafos 1 a 3.

² Véase el *Informe de la tercera sesión del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, aprobado por el Comité*, documento WIPO/GRTKF/IC/3/17 de la OMPI.

facilitar los debates y las consultas en curso, el documento revisado sigue de cerca la versión anterior, y las actualizaciones tienen por objeto tener en cuenta cuestiones particulares destacadas en los debates, y dar al documento un carácter más sistemático y útil. Este documento deberá leerse junto con los documentos WIPO/GRTKF/IC/3/9 y 4/9, en que se examinan los enfoques posibles respecto de la definición de “conocimientos tradicionales”.

III. INTRODUCCIÓN

3. Existen varias razones por las que sería prematuro identificar de manera definitiva las características precisas de un marco jurídico adaptado especialmente a las características de los conocimientos tradicionales, especialmente si debe estar en condiciones de aplicarse de manera generalizada en el plano internacional. En primer lugar, si bien el debate internacional sobre la necesidad de elaborar mecanismos de protección de los conocimientos tradicionales comenzó hace más de dos decenios³, aún no se ha adquirido la experiencia suficiente, a escala nacional e internacional, como para tener la seguridad de que ya existen todas las opciones 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 referencia la experiencia lograda a través de los sistemas operativos nacionales que aportan modelos de protección de los conocimientos tradicionales en funcionamiento, ya sea a través de la protección *sui generis* o a través de la aplicación de los sistemas de propiedad intelectual existentes a la materia de los conocimientos tradicionales⁴.

4. 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 de los conocimientos tradicionales⁵. En consecuencia, parecería existir, por lo menos en opinión de esos miembros, la necesidad de comprender mejor cómo se aplican los sistemas existentes a la materia de los conocimientos tradicionales. Esto puede servir igualmente de guía para definir los ámbitos concretos de necesidad de cualquier nuevo sistema *sui generis*. También puede ser de utilidad para determinar cómo un sistema *sui generis* se relaciona con los elementos de otros sistemas de propiedad intelectual que revisten importancia en la protección de los conocimientos tradicionales. A este respecto se han manifestado inquietudes acerca de la posibilidad de que se produzca una doble protección del mismo material de conocimientos tradicionales, mediante sistemas generales de propiedad intelectual y mediante derechos *sui generis* sobre los conocimientos tradicionales, aunque en otros contextos no es habitual que se dé una superposición de derechos de propiedad intelectual.

³ 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 de los conocimientos tradicionales.

⁴ Véase *Reseña sobre formas actuales de protección de los conocimientos tradicionales mediante la propiedad intelectual*, documento WIPO/GRTKF/IC/3/7 del 6 de mayo de 2002.

⁵ *Ibid.*

5. En tercer lugar, los miembros deben de todos modos decidir si, de elaborarse un sistema *sui generis* en el futuro, dicho sistema cubriría todas las manifestaciones y expresiones de los conocimientos tradicionales en sentido amplio⁶, o si deberían seguirse dos vías jurídicas diferentes: en una de las vías, se concentrarían los esfuerzos en desarrollar un sistema debidamente adaptado a las características de las expresiones del folclore (a través de la elaboración de disposiciones *sui generis*, valiéndose en lo posible de las Disposiciones Tipo OMPI/UNESCO como punto de partida); en la otra vía, los miembros examinarían un sistema *sui generis* compatible con las características particulares de los conocimientos tradicionales técnicos, en especial los conocimientos tradicionales relacionados con la biodiversidad. La propia variedad de conceptos acerca de los conocimientos tradicionales, que abarcan los conocimientos tradicionales técnicos y las expresiones del folclore, podría opacar la claridad y eficacia de cualquier sistema *sui generis*; para decirlo de otra forma, cuanto más amplio sea el alcance de los conocimientos tradicionales (abarcando todo el espectro, desde los conocimientos tradicionales técnicos y los que se relacionan con la biodiversidad, hasta las expresiones de la cultura tradicional), más general y nebuloso será el sistema jurídico creado para protegerlos, y más inciertos el propósito y la orientación de la protección conferida.

6. Por último, y en relación con el punto precedente, se plantea una cuestión de definición y terminología, examinada en el documento WIPO/GRTKF/IC/3/9: por más que no se llegue a una definición concluyente o exhaustiva, un consenso general sobre el alcance operativo del término “conocimientos tradicionales” facilitaría la deliberación sobre las formas apropiadas de proteger estos conocimientos. Además, como se examina en el mismo documento, el enfoque adoptado para definir la materia, en particular la que será objeto de protección, está necesariamente vinculado a la forma y los objetivos de la protección de los conocimientos tradicionales que se desee.

7. Por consiguiente, todo esfuerzo por definir un sistema *sui generis* nuevo y de aplicación 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 de los conocimientos tradicionales a escala internacional. Sin embargo, el Comité identificó claramente durante su labor la necesidad de explorar los posibles elementos de un sistema de este tipo, y esto puede ayudar a dilucidar el tema y a definir el entorno de funcionamiento de la protección de los conocimientos tradicionales. Por consiguiente, el presente documento no intenta anular el debate en cuanto a la necesidad de un sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales, sino señalar algunos elementos que podrían ser tomados en consideración si se logra un consenso sobre la necesidad de desarrollar un sistema *sui generis*.

8. La forma en que el Comité trataría esta cuestión, de lograrse un consenso, es un interrogante. Por el momento, el Comité puede seguir 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,

⁶ 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 2 *supra*, en el párrafo 167. La Delegación de la India “afirmó que consideraba que debía darse a las expresiones del folclore el mismo tratamiento que a cualquier otra forma de conocimientos tradicionales”. *Ídem*, párrafo 171.

orientándose específicamente hacia 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.

9. Aunque se llegue a un consenso en el sentido de dirigir la labor hacia la elaboración de un mecanismo de protección de los conocimientos tradicionales, se mantiene el interrogante sobre la forma que adoptaría ese resultado. El Comité podría participar en esta labor con miras a establecer normas flexibles, es decir, directrices y/o recomendaciones no vinculantes que se aprueben o apliquen a escala nacional y que conduzcan a un desarrollo *de facto* de principios armonizados mínimos para la protección de los conocimientos tradicionales. Podría asimismo formular sugerencias con miras a la adopción de principios internacionales que, al seguir un enfoque armonizado, podrían aumentar la protección internacional, así como evitar la utilización no autorizada y la apropiación indebida, y reducir las distorsiones y barreras al comercio internacional de productos y servicios que incorporen conocimientos tradicionales. De la misma manera, la creación de directrices no vinculantes o recomendaciones que guíen a los sistemas nacionales puede ayudar, junto con la experiencia que se adquiriera en la materia, a comprender mejor los elementos fundamentales de un sistema nacional eficaz y viable, que a su vez sirva para señalar principios internacionales.

10. Al tratar de identificar los posibles elementos de un sistema *sui generis* surge el interrogante de si el sistema debe definirse a escala predominantemente nacional o internacional. El Comité puede concentrarse en los sistemas de protección nacionales para luego extraer principios más generales que puedan expresarse en un marco internacional; o podría directamente procurar definir cuáles son los elementos o principios básicos que serán necesarios en un marco internacional, ya sea de carácter indicativo, ilustrativo, o más formal.

11. Asimismo, no existe necesariamente una clara división entre los elementos de los sistemas de propiedad intelectual existentes, que sean pertinentes a la protección de los conocimientos tradicionales, y los sistemas de conocimientos tradicionales *sui generis*. Este punto puede ilustrarse mediante el ejemplo de la protección *sui generis* de las bases de datos: en parte, se identifica una compilación de datos como un objeto independiente de protección en el marco de la legislación sobre derecho de autor cuando constituya una creación intelectual por razones de la selección o disposición de su contenido⁷. Sin embargo, también puede considerarse una base de datos, en parte, como objeto de protección *sui generis* de bases de datos según el sistema jurídico de ciertos países⁸. De hecho, ambos mecanismos jurídicos se han elaborado como para poder aplicarse a las colecciones de conocimientos tradicionales, permitiéndoles una cierta protección. La protección de las bases de datos (tanto en el marco del derecho de autor, como mediante mecanismos *sui generis*) como manera pertinente de proteger las expresiones culturales tradicionales se examina en el documento WIPO/GRTKF/4/3.

⁷ De conformidad con el Artículo 10.2 del Acuerdo sobre los ADPIC y el Artículo 5 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor.

⁸ Véase, por ejemplo, la Directiva de la UE relativa a las bases de datos (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)).

12. 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 sean puedan aplicarse a los conocimientos tradicionales. Se han elaborado mecanismos *sui generis* específicos en el marco del derecho de la propiedad intelectual para satisfacer determinadas necesidades prácticas u objetivos de política relacionados con la materia en cuestión: éstos 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 nuevos microorganismos⁹. Se han formulado propuestas relativas a la obligación de divulgación relacionada específicamente con las patentes de invenciones derivadas de recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales asociados¹⁰. En lo que se refiere a los propios conocimientos tradicionales, el desarrollo de clases o subclases definidas de conocimientos tradicionales en la Clasificación Internacional de Patentes puede considerarse como un elemento *sui generis* de un sistema existente, destinado a facilitar la protección defensiva de los conocimientos tradicionales¹¹. Al ampliarse el concepto de derechos de los intérpretes o ejecutantes para incluir a aquellos que interpretan o ejecutan “expresiones del folclore”¹², se abarcan temas *sui generis* relacionados con los conocimientos tradicionales dentro de un sistema de propiedad intelectual amplio (la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y las expresiones culturales tradicionales se tratan en mayor detalle en el documento WIPO/GRTKF/IC/4/3). De ahí que, en cierta medida, tal ve el Comité deba explorar o definir los límites y la interacción de los elementos *sui generis* de los sistemas de propiedad intelectual existentes que protejan en cierta manera los conocimientos tradicionales por un lado y, por el otro, los elementos de sistemas *sui generis* independientes, concebidos específicamente para la protección de los conocimientos tradicionales.

IV. ¿POR QUÉ PROTEGER LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES MEDIANTE LA PROPIEDAD INTELECTUAL?

13. La forma de protección de los conocimientos tradicionales, ya sea mediante mecanismos existentes de propiedad intelectual, mediante elementos adaptados o *sui generis* de formas existentes de propiedad intelectual, o mediante un sistema *sui generis* independiente, dependerá en gran medida de por qué se protegen los conocimientos

⁹ De conformidad con el Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional Depósito de Microorganismos a los fines del Procedimiento en materia de Patentes.

¹⁰ “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 VI/24, Parte A, Anexo. Véase también el Informe inicial sobre el estudio técnico acerca de los requisitos de divulgación en relación con los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales, documento WIPO/GRTKF/IC/4/11.

¹¹ Véanse los párrafos 39 y 40 del documento IPC/CE/31/8, Informe del Comité de Expertos, Unión Especial para la Clasificación Nacional de Patentes (Unión IPC), trigésimo primer período de sesiones, Ginebra, 25 de febrero a uno de marzo de 2002.

¹² Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, Artículo 2a).

tradicionales – cuál sería el objetivo previsto de la protección de los conocimientos tradicionales. Los sistemas existentes de propiedad intelectual se han utilizado para distintos objetivos relacionados con los conocimientos tradicionales, por ejemplo,

- como salvaguarda contra la reivindicación por terceros de derechos de propiedad intelectual respecto de conocimientos tradicionales,
- para proteger los conocimientos tradicionales de la divulgación o la utilización no autorizadas, para proteger productos comerciales relacionados con conocimientos tradicionales distintivos,
- para impedir la utilización injuriosa desde el punto de vista cultural, o inadecuada, de material de conocimientos tradicionales,
- para conceder licencias sobre el uso de expresiones culturales relacionadas con los conocimientos tradicionales, y controlar ese uso,
- para conceder licencias sobre aspectos de conocimientos tradicionales que han de utilizarse en productos comerciales de terceros.

14. Normalmente, el objetivo de la protección será una combinación de algunos de los elementos anteriores, y el énfasis variará según el material que concretamente deba protegerse – en particular, podrá ser necesaria la protección tanto defensiva como positiva. Es probable que la protección (independiente) *sui generis* de los conocimientos tradicionales centre su atención no sólo en la protección defensiva sino en la creación de un derecho positivo respecto de la materia protegida. Aun así, se planteará la cuestión de cuáles son los derechos positivos en cuestión, y qué actos de terceros se prevé limitar, y si la protección está vinculada con otros objetivos específicos de política, como la protección activa del patrimonio cultural, la eliminación de prácticas comerciales desleales, la gestión equitativa de los recursos genéticos, y la conservación de la diversidad biológica. El debate acerca de la protección de los conocimientos tradicionales mediante la propiedad intelectual podrá aclararse prestando mayor atención a las necesidades y objetivos específicos de quienes procuran proteger sus conocimientos tradicionales. Sin embargo, al mismo tiempo, hay algunos aspectos comunes de los sistemas de propiedad intelectual que pueden aplicarse a la protección de los conocimientos tradicionales y podrán ayudar a aclarar por qué, por lo general, un tipo de protección análogo al de la propiedad intelectual podrá ser útil para los conocimientos tradicionales.

15. Tal vez debido a la diversidad de los objetivos de la protección de conocimientos tradicionales que se han planteado en los debates, no queda del todo claro si los conocimientos tradicionales caen en la misma categoría general que otras creaciones intelectuales, como las invenciones y las obras literarias y artísticas, protegidas por derechos específicos de propiedad intelectual. La cuestión de fondo es en qué medida debe verse un sistema *sui generis* desde la óptica de un sistema de propiedad intelectual, y en qué medida funciona en forma independiente del marco general de propiedad intelectual. A la vez, ello se relaciona con la posible incomodidad que genera la orientación evidentemente comercial o económica del sistema de propiedad intelectual, que parecería entrar en conflicto con las necesidades y expectativas de naturaleza más variada y cultural de los titulares de conocimientos tradicionales. En la mayoría de los casos (pero no en todos), los conocimientos tradicionales no se desarrollan con un objetivo comercial y no se prevé comercializarlos de manera tradicional. En consecuencia, se plantea la inquietud de que no deberían transformarse en objeto del comercio, como lo es la materia de la propiedad intelectual, ni reducirlos y simplificarlos a un conjunto de derechos patrimoniales. Podría parecer que aplicar la protección por propiedad intelectual disminuye el valor cultural y espiritual de los conocimientos tradicionales o, aún peor, distorsiona su naturaleza esencial y los transforma en una mercancía comerciable. Desde otro punto de vista, se ha sugerido que

no existe justificación económica para el costo de idear y aplicar un nuevo régimen jurídico para proteger los conocimientos tradicionales; por ejemplo, el argumento del incentivo relativo a la protección por propiedad intelectual podría no aplicarse a la protección de los conocimientos tradicionales, que casi por definición han surgido de la iniciativa de las comunidades, en respuesta a sus propias necesidades e intereses. Sin embargo, esos análisis podrían dejar de lado la naturaleza adaptable y el amplio espectro de mecanismos de propiedad intelectual.

16. Por lo general, la definición de “propiedad intelectual” se ha expresado en términos amplios: por ejemplo, en el Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, de 1967, se define en relación con derechos específicos de propiedad intelectual (como los derechos relativos a las invenciones y a las marcas), pero también con inclusión de “todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico”¹³. Sin embargo, hay una cualidad común a los derechos establecidos en el marco de los sistemas de propiedad intelectual. Los derechos de propiedad no son indefinidos, con la variabilidad y las características abstractas del conocimiento humano. Los derechos de propiedad se hacen valer contra terceros: fundamentalmente, facultan a su titular a prohibir la violación de su propiedad. Debido a la naturaleza intangible de su materia, los derechos de propiedad intelectual quedan definidos por los límites establecidos alrededor de la materia reivindicada, y se hacen valer impidiendo a terceros la utilización o reproducción de la materia protegida.

17. En la mayoría de los casos, la utilización que los titulares de propiedad intelectual hacen del material protegido es independiente de cómo se definen los derechos: lo que importa para la propiedad intelectual es el uso que otros puedan (o no puedan) hacer de esos activos, trátense de activos culturales o comerciales, o ambos a la vez. Es esta característica específica de los derechos de propiedad intelectual que los hace importantes aun para quienes no desean hacer un uso comercial de sus activos, pero quieren impedir a otros ese uso. Por ejemplo, los derechos morales de los autores -derecho de integridad y de atribución- no tienen una naturaleza comercial y, de hecho, se confieren con independencia de los derechos patrimoniales de los autores¹⁴. No obstante, funcionan como parte de un sistema de propiedad intelectual, pues para ejercer esos derechos (limitar actos como la deformación, alteración u otra modificación de la obra, u otros actos despectivos) son necesarios exactamente los mismos instrumentos de observancia (como los mandamientos judiciales o la imposición de daños y perjuicios) que en los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. En la misma tónica, en la medida en que los conocimientos tradicionales son una expresión de la identidad cultural, los instrumentos de observancia de la propiedad intelectual son necesarios para protegerlos de la deformación u otras acciones despectivas, aun para los titulares de conocimientos tradicionales que no deseen colocarlos en los canales comerciales.

¹³ El Artículo 2 del Convenio de la OMPI establece que se entenderá por “Propiedad Intelectual”, “los derechos relativos: a las obras literarias, artísticas y científicas, a las interpretaciones de los artistas intérpretes y a las ejecuciones de los artistas ejecutantes, a los fonogramas y a las emisiones de radiodifusión, a las invenciones en todos los campos de la actividad humana, a los descubrimientos científicos, a los dibujos y modelos industriales, a las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales, a la protección contra la competencia desleal, y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico.”

¹⁴ Artículo 6 *bis* del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

18. Por lo tanto, la protección por propiedad intelectual no transforma los conocimientos tradicionales en objetos del comercio; por el contrario, una consecuencia inmediata podrá ser que da a los titulares de conocimientos tradicionales la facultad de impedir una utilización de los elementos de su identidad que pueda redundar en una deformación, o impedir que sus conocimientos tradicionales se transformen en objetos comerciables. Si lo desean, los titulares de conocimientos tradicionales podrán no sólo abstenerse de dar a sus conocimientos tradicionales una dimensión comercial, sino también impedirselo a otros. Por otra parte, un régimen de propiedad intelectual será de primario interés para los titulares de conocimientos tradicionales que tengan la aspiración legítima de dar una dimensión comercial a sus conocimientos, o al menos a determinadas partes de ellos que deseen colocar en el comercio. De ahí que la primera razón para proteger por propiedad intelectual los conocimientos tradicionales es permitir a sus titulares preservar su identidad contra cualquier uso que no desean para sus conocimientos tradicionales.

19. La segunda razón para valerse de la propiedad intelectual para proteger los conocimientos tradicionales es de naturaleza jurídica: un sistema claro, transparente y eficaz de protección de los conocimientos tradicionales aumenta la seguridad y previsibilidad jurídica en beneficio no sólo de los titulares de conocimientos tradicionales, sino también de toda la sociedad, incluyendo las empresas y las instituciones de investigación, que son socios en potencia de los titulares de conocimientos tradicionales. Esos beneficios van más allá de la promoción de la innovación como tal, ante el argumento de que las formas de protección de conocimientos tradicionales por propiedad intelectual son innecesarias, puesto que la innovación se había producido aun sin protección por propiedad intelectual. En el documento WIPO/GRTKF/IC/3/7 se examinan los fundamentos de la protección por propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales:

“Por otro lado, es verdad que los conocimientos tradicionales han sido creados sin necesidad de un sistema oficial de protección de la propiedad intelectual. En ese sentido, no cabe deducir que la propiedad intelectual contribuirá a promover la creación de nuevos conocimientos. Ahora bien, la finalidad de la propiedad intelectual, y, en particular, de las patentes, los certificados de obtenciones vegetales y los secretos comerciales, no sólo es promover la actividad inventiva. Si sólo fuera ése su objetivo, la propiedad intelectual no tendría razón de ser en los países con economías de planificación central o en los ámbitos en los que las actividades inventivas de base incumben al gobierno o a las instituciones privadas de financiación pública (por ejemplo, la biotecnología). La transparencia y la fiabilidad de los derechos de propiedad respecto de los conocimientos pueden desempeñar una importante función en la reducción de los costos de transacción en lo que se refiere a la transferencia de tecnología. Por ejemplo, las patentes son fundamentales en el ámbito de la biotecnología, en el que los gobiernos o las instituciones que han promovido las invenciones precisan transferir invenciones financiadas con fondos públicos al mercado. Para velar por la transparencia y la fiabilidad en ese ámbito es necesario definir y atribuir claramente los derechos y obligaciones. Con ese fin es fundamental contar con un mecanismo privado de apropiación. Al proteger los conocimientos tradicionales mediante la propiedad intelectual se establecerían normas claras por lo que respecta a la apropiación por parte de las comunidades tradicionales de sus propias expresiones culturales (incluidos los conocimientos técnicos), reduciendo así la enorme incertidumbre que entrañan hoy todas las actividades de bioprospección que llevan a cabo instituciones comerciales y de investigación.”

20. Algunos ejemplos de costos de transacción más elevados debido a la falta de un sistema transparente de protección de conocimientos tradicionales pueden encontrarse en la actual incertidumbre respecto del acceso (o la falta de acceso) a la biodiversidad y los conocimientos tradicionales conexos en varios países, lo que puede llevar a inseguridad y pérdida de confianza en el trato con eventuales socios comerciales y de investigación – a la pérdida no sólo de las entidades extranjeras, sino también, y en particular, de las instituciones nacionales, que perderían una oportunidad de potenciar las posibilidades de acceso a la tecnología extranjera, e iría en desmedro de los propios titulares de conocimientos tradicionales que se verían privados de eventuales beneficios financieros y de otra índole. Otro ejemplo es el debate actual sobre el requisito de divulgar el consentimiento fundamentado previo en las solicitudes de patente, para las invenciones que puedan haber derivado de elementos de conocimientos tradicionales o puedan haberse valido de ellos. Ese requisito perdería entidad (por lo que respecta a los conocimientos tradicionales) si los conocimientos tradicionales fueran objeto de derechos de propiedad. En un régimen de propiedad intelectual, los titulares de conocimientos tradicionales podrían hacer valer sus derechos contra cualquier utilización ilegítima de sus conocimientos tradicionales, ya sea en el contexto de una solicitud de patente o por uso comercial directo.

21. Un tercer motivo posible para proteger los conocimientos tradicionales mediante propiedad intelectual se refiere al desarrollo económico y el alivio de la pobreza: si las comunidades lo desearan, la formalización y el registro de los activos intangibles de las comunidades tradicionales los transformarían en capital, facilitando así el establecimiento de empresas comerciales dentro de las comunidades tradicionales¹⁵. Muchas comunidades tradicionales que viven en aparente pobreza son de hecho ricas en conocimientos – pero sus conocimientos, por no ser objeto de títulos formales de propiedad, quedan a la merced de una eventual apropiación ilegítima por terceros. Además, una vez reconocidos mediante títulos, los conocimientos tradicionales podrían utilizarse como garantía colateral para facilitar el acceso al crédito para las comunidades tradicionales. Ello se aplicaría en los casos en que las comunidades tradicionales decidieran activamente comercializar determinados elementos de sus conocimientos tradicionales. Por ejemplo, sería útil para promover el desarrollo de empresas autosostenidas basadas en artesanía relacionada con los conocimientos tradicionales, en que la protección de esos conocimientos podría ayudar tanto a fortalecer el acceso de la empresa a los mercados, como a garantizar el acceso al capital necesario para crear empresas basadas en la comunidad. Si bien la experiencia comercial con otros aspectos de los conocimientos tradicionales es poca, existen posibilidades en esferas como la medicina tradicional o complementaria, y otras tecnologías útiles, así como en determinados productos agrícolas y alimentarios.

22. El cuarto motivo para proteger los conocimientos tradicionales mediante propiedad intelectual se refiere a las relaciones de comercio internacional, y se examinó en el documento WIPO/RT/LDC/1/14 de la OMPI, *Protección de los conocimientos tradicionales: una cuestión mundial de propiedad intelectual*¹⁶. Un argumento general para la protección por

¹⁵ La relación entre la formalización de bienes inmuebles pertenecientes a comunidades pobres y al desarrollo económico se examina en *The Mystery of Capital — Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else* de Hernando de Soto (ed. Basic Books, 2000).

¹⁶ Documento WIPO/RT/LDC/1/14, del 29 de septiembre de 1999, presentado en la Mesa Redonda Interregional de Alto Nivel sobre la Propiedad Intelectual para los Países menos Adelantados (PMA), Ginebra, 30 de septiembre de 1999:

propiedad intelectual ha sido que su ausencia en los países extranjeros lleva a una ventaja desleal de los fabricantes locales, pues necesitan recuperar el costo de la investigación y el desarrollo. Otros factores iguales, los titulares extranjeros de derechos de propiedad intelectual se encontrarán en desventaja en relación con sus imitadores locales y, por lo tanto, la ausencia de protección por propiedad intelectual redundará en barreras no arancelarias al comercio. Así como esto se aplica a las industrias farmacéutica, de informática y del espectáculo, se aplicaría a los conocimientos tradicionales relacionados con la propiedad intelectual y los intereses comerciales de las comunidades tradicionales que utilizan sus conocimientos tradicionales en su vida económica, especialmente cuando procuran realizar actividades comerciales más allá de su comunidad.

23. Cada uno de estos motivos podría aplicarse por igual a la utilización de mecanismos existentes de propiedad intelectual para proteger la materia relacionada con los conocimientos tradicionales, al uso de formas adoptadas o ampliadas de derechos de propiedad intelectual en vigor para proteger los conocimientos tradicionales, y al uso de mecanismos *sui generis* de propiedad intelectual ideados específicamente para proteger los conocimientos tradicionales.

V. CONOCIMIENTOS TRADICIONALES: UN CONCEPTO PRÁCTICO

24. En trabajos anteriores, la Secretaría de la OMPI ha utilizado la expresión “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 conocimiento, creaciones, innovaciones y expresiones culturales que: se han transmitido generalmente de generación en generación; se considera generalmente que pertenecen a un pueblo en particular o a su territorio, y evolucionan constantemente en respuesta a los cambios que se producen en su entorno”¹⁷. No se trata de una definición formal sino de un concepto práctico de conocimientos tradicionales, tal vez no tan preciso como una definición científica o jurídica, pero que incluye no obstante los elementos esenciales para comprender la naturaleza y el alcance de los conocimientos tradicionales como materia jurídica y se conforma al enfoque general que se da a la definición de materia en el marco internacional de la propiedad intelectual.

[Continuación de la nota de la página anterior]

“Como consecuencia de las negociaciones de la Ronda Uruguay, muchos países en desarrollo y países menos adelantados han aceptado la obligación de fijar normas elevadas de protección de la propiedad intelectual, como un medio de promover el libre comercio. Puede sostenerse que la diversidad biológica, y los conocimientos tradicionales relacionados con su utilización de manera sostenible, son una ventaja comparativa de los países menos adelantados que son ricos en biodiversidad, aumentando la eficacia de su participación en los mercados mundiales para elevarse así por encima de los niveles actuales de pobreza y privación. Se trata de un ejemplo de cómo la protección de los conocimientos tradicionales en el plano nacional e internacional puede considerarse como un instrumento de elevado potencial para progresar en la integración de los países menos adelantados en la economía mundial”.

¹⁷ *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.

25. En el documento WIPO/GRTKF/IC/3/9 se procura sentar algunos principios generales aplicables a los conocimientos tradicionales, y se sugiere que, de ser necesaria, una definición más delimitada de “conocimientos tradicionales” podría incluir elementos tales como:

- el reconocimiento de que los conocimientos proceden de un contexto tradicional y se custodian y transmiten en el mismo;
- la posible asociación de los conocimientos con la cultura o comunidad tradicional o indígena que genera, custodia y transmite los conocimientos;
- la percepción de la relación que existe entre los conocimientos y una comunidad tradicional o indígena u otro grupo de personas que se identifique con la cultura tradicional, como el sentido de tener la obligación de preservar los conocimientos, o de que la apropiación indebida o la utilización denigrante sería nociva u ofensiva;
- desde el punto de vista de la propiedad intelectual, los conocimientos que se derivan de la actividad intelectual en una amplia gama de contextos sociales, culturales, medioambientales o tecnológicos; y
- el hecho de que la comunidad u otro grupo identifiquen por sí mismos los conocimientos como conocimientos tradicionales¹⁸.

26. 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 una fijación de las normas del derecho de patentes en el plano internacional sin que existan definiciones internacionales específicas o autorizadas en la materia de este concepto fundamental. A pesar de que lo que constituye una “invención” tiene elementos importantes de armonización en la práctica, sigue habiendo diferencias significativas a escala nacional tras unos 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 ésta debe 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, en el documento

¹⁸ Documento OMPI/GRTKF/IC/3/9, párrafo 35.

¹⁹ Cf ADPIC Artículo 15.1: “Cualquier signo o combinación de signos que sean capaces 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

WIPO/GRTKF/IC/3/9 figura un análisis más completo de un posible enfoque relativo a la definición de protección.

27. El concepto práctico de conocimientos 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 sus titulares, por lo que su conservación e integridad están relacionadas con la preocupación relativa a la conservación de las distintas culturas en sí; y aunque contengan información de carácter práctico o tecnológico, los conocimientos tradicionales tienen una dimensión cultural y un contexto social que los diferencia de otras formas de información científica o tecnológica.

28. 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 sus raíces en ella, 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 la artesanía, 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. Ello se debe a que el desarrollo de conocimientos medicinales por las comunidades tradicionales, a pesar de su naturaleza predominantemente técnica, no sólo responde a una determinada necesidad práctica sino también a enfoques y creencias culturales.

29. 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 solicitantes²¹. Las reivindicaciones de patentes que compiten con respecto a materias similares se resuelven sin hacer referencia al entorno cultural que dio origen a las invenciones. En cambio, la dimensión de los conocimientos tradicionales en lo que atañe a la identidad cultural 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

[Continuación de la nota de la página anterior]

conocimientos tradicionales: nuestra identidad, nuestro futuro”, celebrada en Mascate (Omán) el 21 y el 22 de enero de 2002.

²¹ La “Ley de Protección y Promoción de los Conocimientos Tradicionales Medicinales de Tailandia” admite procedimientos de interferencia en el contexto del registro de conocimientos tradicionales. Véase la Parte VIII, más adelante.

tradicionales de naturaleza técnica, deja de ser meramente una cuestión de economía o de derechos exclusivos sobre la tecnología; adquiere realmente una dimensión de derechos humanos, pues se entrelaza con cuestiones relacionadas con la identificación cultural y la dignidad de las comunidades tradicionales. Puede establecerse 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 necesario dar protección contra el uso culturalmente ofensivo de los conocimientos tradicionales u otras formas no económicas de uso indebido de los conocimientos tradicionales. También pueden estipularse sanciones específicas, como daños y perjuicios adicionales en caso de uso indebido ofensivo del material protegido.

30. El hecho de que los conocimientos tradicionales se desarrollen en un contexto predominantemente cultural también da origen a otra característica importante: 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. Ya sea que los conocimientos tradicionales se creen en el marco de una tradición sistemática o formal, o bien en un contexto *ad hoc* o más informal, tienden con 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 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, desde una perspectiva externa o universal, la manera en que se crean los conocimientos tradicionales puede parecer no sistemática y sin método, en parte porque el reglamento o sistema que rige su creación puede transmitirse de manera informal o cultural, en parte porque este elemento sistemático no está expresamente articulado, y en parte porque el proceso que lleva a la creación de los conocimientos tradicionales puede no estar formalmente catalogado 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 ni 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, conjuntos de normas o directrices culturales, 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 de que se examinen 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 sean descritos y reivindicados si llegara a crearse un sistema *sui generis* de registro de los conocimientos tradicionales.

31. La identificación de características adicionales para poder determinar más precisamente el alcance de la materia susceptible de protección es, por supuesto, 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 pertenezcan a ciertas comunidades solamente. En ese sentido, la legislación puede limitar la protección otorgada a los conocimientos tradicionales de ciertas comunidades indígenas²². La legislación también puede determinar el campo técnico al que pertenece la materia objeto de protección, porque la legislación intenta alcanzar objetivos de

²² Véase la Ley N° 27.811 del Perú, sancionada el 10 de agosto de 2001, Artículos 1 y 2.a).

política específicos asociados a ese determinado campo de los conocimientos. Por ejemplo, la protección puede limitarse a los conocimientos tradicionales que guardan relación con los recursos genéticos²³ (o más comúnmente, biológicos) o la medicina tradicional²⁴. La protección también puede estar condicionada a la utilización comercial de los conocimientos tradicionales²⁵ – dejando de lado, por lo tanto, los conocimientos de naturaleza puramente religiosa o cultural, como los rituales o los recursos sagrados. El objetivo de política se limitaría en estos casos a atender las preocupaciones relativas a la comercialización de los conocimientos tradicionales, dejando que otros instrumentos jurídicos (el derecho consuetudinario inclusive, siempre que sea procedente) aborden los conocimientos de carácter religioso y cultural.

32. Cabe señalar que las características que vengan a 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 no se aplica a todo el material que pueda quedar comprendido dentro de una definición global amplia de la materia pertinente; en cierta medida, esta es una característica inevitable de los sistemas o normas acordados internacionalmente, lo cual no excluye una concepción más amplia en el plano de las legislaciones nacionales.

33. Por último, cabe aclarar²⁶ que, por lo general, la naturaleza de la materia de los conocimientos tradicionales debería distinguirse de los derechos que se le confieren –trátese de derechos existentes de propiedad intelectual o de derechos *sui generis* independientes. En otras palabras, los derechos de propiedad intelectual (sean o no *sui generis*) son diferentes de los conocimientos tradicionales que protegen. De hecho, en muchos casos la misma materia de conocimientos tradicionales cumpliría con los requisitos necesarios para gozar de la protección conferida a varios derechos de propiedad intelectual. Además, podrá ser la manifestación de los conocimientos tradicionales, antes que los conocimientos tradicionales en sí mismos, lo que efectivamente sea objeto de protección. Una parte de la dificultad de definir tanto los conocimientos tradicionales como el alcance y forma de su protección es la presunción de que esos conceptos deberían fusionarse –es decir que el alcance de la protección jurídica debería estar dado al mismo tiempo por una definición completa de los conocimientos tradicionales y que la protección conferida a las expresiones de los conocimientos tradicionales debería proteger plenamente los conocimientos tradicionales y su entorno cultural y social. Del mismo modo, algunas de las críticas formuladas a la protección de los conocimientos tradicionales por la propiedad intelectual –por ejemplo, que no abarca todos los aspectos ni el carácter holístico de los conocimientos tradicionales- se deben a la presunción de que los mecanismos jurídicos de protección, como los derechos de propiedad

²³ El Decreto Ley de Portugal Nº 118/2002, del 20 de abril de 2002, protege los conocimientos tradicionales relacionados con el uso comercial o industrial de variedades locales y demás material autóctono con valor actual o potencial para las actividades agrícolas, agroforestales y paisajísticas, incluidas las variedades locales y el material espontáneo (Artículo 3.1)). La Ley Nº 27.811 del Perú protege los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas, relacionados con recursos biológicos (Artículo 3).

²⁴ Véase la Ley de Protección y Promoción de los Conocimientos Tradicionales Medicinales de Tailandia. Véase también la Parte VIII del presente documento.

²⁵ Véase la Ley Nº 20 del 26 de junio de 2000, de Panamá, relativa 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.

²⁶ Véase también el debate en el documento WIPO/GRTKF/IC/3/9.

intelectual, deben definir completamente el material que protegen y, de hecho, resultar idénticos al mismo. Por lo tanto, es preciso proseguir el examen del tema y los debates, con el fin de distinguir la materia de los conocimientos tradicionales de:

- el alcance de las formas específicas de protección jurídica, y
- los elementos o manifestaciones de los conocimientos tradicionales que quedan concretamente protegidos por derechos determinados.

VI. SISTEMAS *SUI GENERIS* DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

34. La propiedad intelectual es un conjunto de principios y normas que regulan la adquisición, el uso y la pérdida de derechos e intereses respecto de activos intangibles susceptibles de utilización en el comercio. Su materia es esencialmente dinámica, 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 algunos ámbitos, los mecanismos jurídicos existentes se han adaptado a las características de la nueva materia: el sistema de patentes ha debido afrontar las dificultades que plantean las invenciones biotecnológicas y los nuevos procesos de utilización de dispositivos de 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 de la nueva materia. Las variedades vegetales han justificado la creación de un sistema *sui generis*, cuyo régimen principal está definido en el Convenio de la UPOV²⁷; 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 *sui generis* es la modificación de algunas de sus características para poder dar cabida adecuadamente a las características especiales de su materia, 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 *sui generis* de protección de las obtenciones vegetales del Artículo 27.3b) del Acuerdo sobre los ADPIC, en los términos siguientes: “La protección *sui generis* ofrece a los Miembros más flexibilidad para adaptarse a las circunstancias concretas que planteen las características técnicas de las invenciones en el área de las obtenciones vegetales, por ejemplo, la novedad y la divulgación”²⁸.

²⁷ 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. La sigla UPOV corresponde a la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (de la denominación en francés, *Union pour la Protection des Obtentions Végétales*).

²⁸ *El Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Acuerdo 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 Marrakesh por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC).

35. En este sentido, cualquier referencia a un sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales no supone que deba crearse un mecanismo jurídico a partir de la 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 a prohibir que otros reproduzcan su obra y/o fijen sus interpretaciones o ejecuciones o las reproduzcan (derecho de autor y derechos conexos), así como el derecho a excluir a otros de la utilización de la materia protegida (derechos de propiedad industrial). La idea fundamental es que la propiedad intelectual es el derecho a decir “no” a terceros (y en consecuencia, el derecho a decir “sí” a una persona que solicite el permiso de reproducir y/o utilizar el objeto protegido). Con un criterio amplio, hasta podría considerarse que propiedad intelectual es un nombre poco apropiado porque no abarca necesariamente las obras “intelectuales” como tales, sino que cubre activos intangibles de orígenes diversos que no conllevan necesariamente un trabajo intelectual abstracto; tampoco necesita ser definida ni protegida 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).

36. 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 conocimientos tradicionales, en el sentido de que se les atribuirá el derecho vital a decir “no” a terceros que utilicen sus conocimientos tradicionales 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 la facultad de impedir que esos conocimientos se comercialicen o utilicen de manera distorsionante o culturalmente insensible.

VII. ¿UN SISTEMA *SUI GENERIS* PARA PROTEGER LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES?

37. Como ya se ha señalado, el presente documento no pretende anticiparse al debate respecto de 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 tenerse en cuenta si, y sólo si, se tomara 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.

38. Una breve fábula puede ayudarnos a demostrar la naturaleza de los conocimientos tradicionales y la disponibilidad de mecanismos de propiedad intelectual que se adapten a sus características. Imaginemos que un miembro de una tribu amazónica no se siente bien y solicita los servicios médicos del *pajé* (*pajé* significa chamán en tupí-guaraní). El chamán, tras examinar al paciente, va a su jardín (muchos chamanes de la selva tropical amazónica

cultivan sus propias plantas²⁹) y recoge algunas semillas y frutas de diferentes plantas. Mezcla esos ingredientes con un método que sólo él conoce y prepara una pócima según una receta solamente conocida por él. Mientras prepara la pócima, y posteriormente, mientras se la da al paciente (en una dosis también prescrita por él), el *pajé* reza a los dioses de la jungla e interpreta una danza religiosa. También es posible que inhale el humo de las hojas de una planta mágica (“la vid del alma”³⁰). La pócima se 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.

39. Los conocimientos tradicionales del chamán de la Amazonia son la combinación de todos esos elementos. Considerados separadamente, los mecanismos de propiedad intelectual existentes podrían proteger la mayoría de esos elementos, si no todos. 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 patentes para nuevos usos de sustancias, así como para métodos terapéuticos nuevos e inventivos;
- el rezo, una vez fijado, puede gozar de protección por derecho de autor y conforme a la legislación de muchos países, también podrá gozar de esa protección aunque no haya habido fijación³¹;
- 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 ejecución³²;

²⁹ Véase Mark J. Plotkin, *Tales of a Shaman's Apprentice – An Ethnobotanist Searches for New Medicines in the Amazon Rain Forest (Cuentos del aprendiz de un chamán – Un etnobotánico busca nuevas medicinas en la selva tropical amazónica)*, ed. en inglés, Penguin Books, 1993.

³⁰ Véase Richard Evans Schultes y Robert F. Raffaut, *Vine of the Soul – Medicine Men, Their Plants and Rituals in the Colombian Amazonia (La vid 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.

³¹ El Artículo 15.4a) del Convenio de Berna también otorga protección a las obras no publicadas de autores desconocidos.

³² Y el chamán tendría derecho a consentir la fijación de esa interpretación o ejecución, de conformidad con las disposiciones del Artículo 6.2) del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

- el recipiente que contiene la pócima puede ser patentado o protegido por un certificado de modelo de utilidad si tiene características funcionales nuevas e inventivas; sino 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 ya sea de derecho de autor o bien de diseños industriales.

40. Naturalmente, la disponibilidad de los mecanismos existentes para la protección de los elementos independientes de los conocimientos tradicionales dependerá de que se cumplan los requisitos jurídicos para su protección. Como se indica en el documento OMPI/GRTKF/IC/3/7, los mecanismos existentes de propiedad intelectual no son necesariamente incompatibles con los distintos elementos de los conocimientos tradicionales. De hecho, en respuesta a la Pregunta 1 de una encuesta sobre las formas existentes de protección por 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 sean del 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, el 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 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, *Milpururru* contra *Indofurn Pty Ltd* (1995) 30 IPR 209, *Bulun Bulun & Milpururru* contra *R.T. Textiles Pty Ltd* (1998) 41 IPR 513 y *Bulun Bulun* contra *Flash Screenprinters* (examinado en (1989) EIPR Vol2, pp.346-355). [Se omiten las citas.] 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. [Se omiten las notas de pie de página.] 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 el 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 a finales del decenio de 1960 para tejidos con imágenes tradicionales de animales y de personas pertenecientes al pueblo Inuit. Es cada vez más corriente en el Canadá el hecho de que las comunidades aborígenes firmen acuerdos de confidencialidad con las autoridades y empresas no 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 cede 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 sillas 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 como diseños industriales. Las designaciones que contienen elementos del ornamento de los habitantes de Kazajstán están registradas y protegidas como marcas³³.

41. En el mismo documento, WIPO/GRTKF/IC/3/7, la Secretaría de la OMPI llamó la atención sobre algunos de los conceptos erróneos en relación con lo que se percibe como limitaciones de los mecanismos de propiedad intelectual existentes para proteger eficazmente 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 inherentemente del dominio público resulta 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 OMPI 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 simple razón, los conocimientos tradicionales son impulsados culturalmente. No obstante, las comunidades producen y seguirán

³³ Véase la nota 4, más arriba, párrafos 7 a 10.

produciendo cada día conocimientos tradicionales como respuesta a los cambios en sus exigencias y necesidades medioambientales. Además, incluso los conocimientos tradicionales que sean “antiguos”, en el sentido de que hayan sido elaborados ayer o hace 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 ha realizado la invención apenas se toma en cuenta con ese fin.³⁴ No 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 OMPI 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 vegetales³⁵ y los esquemas de trazado (topografías) de circuitos integrados.^{36 37}

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

“Además, el hecho de que los creadores/inventores de los conocimientos tradicionales no puedan identificarse fácilmente no impide necesariamente aplicar las normas existentes en materia de propiedad intelectual. La mayoría de los activos de propiedad intelectual pertenecen a entidades colectivas que, en muchos casos, representan a 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 inventor no puede ser identificado y no desea ser identificado como tal, no se debería impedir a las oficinas nacionales de patentes emitir el documento de patente a pesar de las disposiciones del Artículo 4^{ter} del Convenio de

³⁴ En algunos países que siguen la norma del “primer inventor”, la fecha en que se realizó la invención es importante en el contexto del examen así como en los procedimientos judiciales por interferencia.

³⁵ Véase el Acta de 1991 del Convenio de la UPOV, Artículo 6.1.

³⁶ Véase el Acuerdo sobre los ADPIC, Artículo 38.2.

³⁷ Véase la nota 4, en el párrafo 33 del presente documento.

París. El plazo de protección tampoco tendría que ser una cuestión problemática. La propiedad intelectual y una protección a largo plazo, si no indefinida, podrían no resultar incompatibles. La legislación de marcas e indicaciones geográficas podría revelarse extremadamente útil a este respecto”³⁸.

43. 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 la simple suma 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. Huelga decir que para el *pajé* el mérito de la curación radica en la combinación del extracto con los rituales religiosos, y no en la pócima por sí sola. Las características 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.

44. Los conocimientos tradicionales, dentro de ese concepto holístico, tienen cuatro características únicas: los elementos espirituales y prácticos de los conocimientos tradicionales están entrelazados y por lo tanto son inseparables (es en este sentido que cada elemento de los conocimientos tradicionales sirve como factor intrínseco de identificación cultural para sus titulares); 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 de las expresiones culturales y 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 evidentes solamente cuando se tiene un mayor conocimiento de los contextos culturales y de las normas que rigen su creación.

45. Sin embargo, la necesidad de un nuevo enfoque jurídico que refleje adecuadamente la naturaleza holística de los conocimientos tradicionales no es incompatible con las medidas de observancia de los derechos respecto de determinados elementos de los conocimientos tradicionales. Si un tercero utiliza la fórmula de la poción inventada por el chamán, debería poderse recurrir a medidas de observancia para atacar ese acto infractor, con independencia de que el infractor no reproduzca la oración o la interpretación. Este enfoque “minimalista” encuentra un ejemplo en el derecho de patentes: no es necesario que un infractor viole todas las reivindicaciones para ser responsable. Para el derecho bastará que se infrinja una sola caracterización del concepto inventivo reivindicado. De manera similar, es posible infringir el derecho de autor sobre una obra musical mediante distintos actos (reproducción, radiodifusión, puesta a disposición del público, etcétera) sin que sea necesario realizarlos todos. El concepto “holístico” de los conocimientos tradicionales haría necesario un mecanismo sencillo de inscripción y registro, pero no debería interferir en la observancia de los derechos para cada uno de sus elementos.

³⁸ *Ídem*, en el párrafo 34.

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

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

46. Esas cuatro características de los conocimientos tradicionales deben reflejarse de alguna manera en el marco general de cualquier sistema *sui generis* que haya de considerarse en el plano 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 aislen los diferentes elementos de los conocimientos tradicionales, sino antes 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 determinadas comunidades (o grupos de comunidades). Este inventario, recopilación, o base de datos contendría una descripción detallada de los conocimientos de las comunidades tradicionales sin separar sus componentes.

47. En los debates internacionales acerca de un régimen *sui generis* de bases de datos para la protección de los conocimientos tradicionales, se ha interpretado erróneamente “base de datos” en el sentido de que sugiere necesariamente instrumentos electrónicos sofisticados para recolectar y recuperar electrónicamente elementos de conocimientos tradicionales, y para colocar los conocimientos tradicionales en el dominio público, eventualmente sin en el consentimiento fundamentado previo de sus titulares. Ello se debe tal vez a las formas particulares de bases de datos que pueden utilizarse para la “protección defensiva” de los conocimientos tradicionales, y en particular para asegurar que los examinadores de patentes tengan en cuenta los conocimientos tradicionales al realizar búsquedas en el estado de la técnica³⁹. En este contexto, se hace naturalmente hincapié en la mayor facilidad de acceso a los conocimientos tradicionales, antes que en su protección jurídica. De hecho, se han manifestado serias inquietudes acerca de que la recolección de conocimientos tradicionales en una base de datos de esa índole, en la que no habría aclaración ni confirmación de los derechos correspondientes a los conocimientos tradicionales, podría menoscabar la reivindicación de derechos respecto de los conocimientos tradicionales en sí. Ello se examina en mayor detalle en el documento de la OMPI GRTKF/IC/4/5 (“Proyecto de esquema relativo a una guía para la gestión de la propiedad intelectual en la catalogación de conocimientos tradicionales”). Normalmente, se aconsejaría utilizar este tipo de bases de datos para los conocimientos tradicionales que se encuentran ya incontestablemente en el dominio público, o los elementos de esos conocimientos tradicionales cuyos titulares deseen indudablemente colocar en el dominio público, con plena conciencia de las consecuencias (podría dejarse al margen, por ejemplo, los elementos de los conocimientos tradicionales que se consideran sagrados, valiosos, secretos, tecnológica o comercialmente significativos, o de otra manera inadecuados para formar parte del dominio público). En el documento WIPO/GRTKF/IC/4/3 se examina la situación paralela respecto de las expresiones de culturas tradicionales o del folclore, en los casos en que los archivos, bibliotecas y depósitos similares podrían estar poniendo a disposición del público expresiones de culturas tradicionales en situaciones poco

³⁹ Véase, por ejemplo, *Inventario de bases de datos en línea de catalogación de conocimientos tradicionales*, WIPO/GRTKF/IC/3/6, del 10 de mayo de 2002.

propicias para que los intérpretes o custodios de esas culturas tradicionales ejerzan efectivamente sus derechos respecto del material archivado o recopilado.

48. A los efectos de la “protección positiva”, podrá aplicarse un concepto diferente de “base de datos”, que se utilizaría para definir y hacer valer ciertos derechos respecto del material en cuestión, y cuando no pudiera garantizarse la observancia de esos derechos. Una base de datos de esa índole podría tener el carácter de “inventario”, “colección” o “compilación”, y supondría que los distintos elementos de los conocimientos tradicionales pueden recolectarse en un único depósito sin la obligación de mantener una unidad de creación. Naturalmente, existirá un denominador común entre todos los elementos de los conocimientos tradicionales incluidos en el mismo inventario y reivindicados por una sola comunidad: será esa la identificación cultural de la comunidad que los reivindica. Sin embargo, pueden coexistir conocimientos tradicionales de naturaleza diferente en el mismo inventario, que seguirán siendo objeto de un enfoque jurídico coherente. La composición holística de la bases de datos permite, por lo tanto, que los distintos elementos de los conocimientos del *pajé* se recojan bajo un único título. En ese sentido, las palabras “base de datos”, “inventario”, “registro” o “compilación” se limitan a ilustrar que la protección formal de los conocimientos tradicionales, de adoptarse, no exige una unidad de creación – por oposición a la unidad de la invención prevista en el derecho de patentes.

49. Un sistema basado en un inventario de conocimientos también tendría la ventaja de permitir actualizar y modificar su contenido, y añadir nuevo, sin necesidad de formalidades complejas ni costosas, como un nuevo procedimiento de registro. El hecho de que los conocimientos tradicionales se describan en su totalidad se refiere a la naturaleza complementaria de sus elementos (inseparables). Por lo tanto, el conocimiento de un chamán podría fijarse en una base de datos y protegerse bajo conjuntos distintos (y también complementarios) de derechos: los derechos a impedir la *reproducción y/o fijación* de los elementos literarios y artísticos de sus conocimientos; y los derechos a impedir la *utilización* de los elementos técnicos del contenido de la base de datos⁴⁰.

50. Debido a la naturaleza intrínsecamente práctica de los conocimientos tradicionales, su descripción y fijación en un inventario sería forzosamente muy flexible, en el sentido de que el único requisito -en particular en los que se refiere a los elementos técnicos- sería que la descripción resulte comprensible para un experto en ese campo particular de la materia. Nadie debería prever, por ejemplo, que el chamán proporcione la fórmula o su composición, o la composición molecular de un componente químico determinado, sino simplemente una descripción del material utilizado, de manera que otra persona pueda reproducirlo. La importancia de una descripción bastante completa y razonable subraya el principio general de que el alcance de los derechos que pueden hacerse valer está vinculado directamente con la naturaleza de la información en que se sustenta el derecho – el concepto de divulgación suficiente, o fundamento justo, del derecho de patentes. En este sentido, una descripción razonablemente clara de los conocimientos tradicionales protegidos facilitaría la observancia de los derechos de los titulares de conocimientos tradicionales en relación con eventuales infractores. En otras palabras, una mejor comprensión de los “límites” de los conocimientos tradicionales ayudaría a aclarar si los presuntos infractores de hecho violaron esos límites⁴¹.

⁴⁰ Véase la sección VII.b)v) del presente documento.

⁴¹ Artículo 3 del Decreto Ley Nº 118/2002 de Portugal dice lo siguientes:
“[...]

51. Por último, debe destacarse que la naturaleza holística de los conocimientos tradicionales no es un concepto jurídico en sí, sino 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 usos económicos y culturales, especialmente en los ámbitos de las expresiones del folclore y la artesanía. Cabría entonces recomendar que se sigan vías jurídicas diferentes (y complementarias) que convengan más a las características de determinados elementos de los conocimientos que ya no estén intrínsecamente asociados con el sistema global de cultura de una comunidad sino que quepan mejor en distintos compartimientos 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 específicas de política antes 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 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, se abordarán mejor en el marco de un enfoque que siga las líneas generales de las Disposiciones Tipo OMPI/UNESCO, tal como se establece en el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10. En el documento WIPO/GRTKF/4/3 se analiza también la protección jurídica de las expresiones del folclore. Asimismo, la protección de la artesanía podrá considerarse en el marco de un sistema de registro que reconozca su *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 represente los diferentes aspectos de los conocimientos tradicionales y que, al igual que los mecanismos existentes, puedan utilizar de manera complementaria los creadores y los titulares de conocimientos tradicionales según sus necesidades.

b) *Elementos de un sistema sui generis*

52. Una cuestión es identificar las características generales de un sistema *sui generis* adecuado para la protección de los conocimientos tradicionales, y otra es identificar los elementos que ese sistema debe contener para poder ser eficaz. Para ello debe darse respuesta a la siguiente serie de preguntas fundamentales a las que todo sistema jurídico eficaz para la protección de los derechos de propiedad debe responder satisfactoriamente:

[Continuación de la nota de la página anterior]

2 – Esos conocimientos se protegerán de la reproducción y/o utilización comercial o industrial, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones de protección:

- a) Los conocimientos tradicionales deberán estar identificados, descritos y registrados en el Registro de Recursos Fitogenéticos;
- b) La descripción mencionada en el apartado anterior se realizará de manera que permita a terceros reproducir o utilizar los conocimientos tradicionales y obtener resultados idénticos a los obtenidos por el titular de esos conocimientos.”

- i) ¿cuál es el objetivo de política de la protección?
- ii) ¿cuál es la materia que ha de protegerse?
- iii) ¿qué criterios debe reunir esa materia para ser protegida?
- iv) ¿quién es el titular de los derechos?
- v) ¿cuáles son los derechos?
- vi) ¿cómo se adquieren los derechos?
- vii) ¿cómo deben ser la gestión y la observancia de los derechos?; y
- viii) ¿cómo se pierden o caducan los derechos?
 - i) ¿Cuál es el objetivo de política de la protección?

53. La manera como se conformará y se definirá un sistema *sui generis* dependerá en gran parte de los objetivos de política que se desee alcanzar. ¿Será un sistema 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 amplio, como el del sistema creado en respuesta al Artículo 8.j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica, con los objetivos generales de conservación de la diversidad biológica, uso sostenible de sus componentes y 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?

54. Con independencia de la respuesta que se dé a esta importante pregunta, cabe destacar que un denominador común vincula todos los derechos de propiedad intelectual: el derecho de impedir a terceros la reproducción, fijación o utilización. Por lo tanto, con independencia del propósito último del sistema adoptado, sus características básicas deberían ser similares – o, al menos, guardar coherencia- en el plano internacional. Esa coherencia permitiría articular sistemas nacionales de protección de los conocimientos tradicionales, para evitar la apropiación ilegítima internacional y facilitar la distribución de beneficios relacionados con los conocimientos tradicionales. Si en la protección de los conocimientos tradicionales no se desea incluir estos mecanismos, es probable que esa protección no tenga el alcance amplio de un sistema de propiedad intelectual y la protección podrá orientarse más hacia la preservación cultural o la protección de otros derechos, como los patrimoniales y sociales.

- ii) ¿Cuál es la materia que ha de protegerse?

55. Los miembros del Comité deberán decidir qué materia podría beneficiarse de la protección y en qué forma ello respondería a los objetivos de política de un sistema de protección. Por analogía con la legislación sobre 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 y ponerse en práctica aplicando normalmente la legislación nacional. Otra opción es, por supuesto, incluir todos los conocimientos tradicionales, sin restricción ni limitación en cuanto al objeto, abarcando así

las expresiones culturales, 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 y este enfoque dejaría abierta la posibilidad de definir más precisamente las restricciones en cuanto a qué características específicas debe tener la materia para ser susceptible de protección.

56. Otra opción anteriormente citada es limitar la protección a los conocimientos tradicionales técnicos asociados a la biodiversidad, dejando que la artesanía y las expresiones del folclore se aborden en otras disposiciones, sin olvidar que la decisión de dividir los conocimientos tradicionales, que son un concepto holístico, 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* independiente sólo será necesario para alcanzar otros objetivos de política.

iii) ¿Qué criterios deben reunir esa materia para ser protegida?

57. Podría ser necesario aclarar que a pesar de que algunos conocimientos tradicionales respondan a una definición amplia, tal vez necesiten satisfacer criterios específicos 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 tradicionales que entran en el dominio público no 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. Si, con un enfoque amplio, la información que ha sido divulgada se considera automáticamente de dominio público, a los fines de la protección por propiedad intelectual se habrá perdido efectivamente toda una serie de conocimientos tradicionales y será muy difícil, o imposible, recuperarlos. Por otro lado, la elaboración de bases de datos o de inventarios con la finalidad de catalogar los conocimientos tradicionales para impedir la apropiación indebida mediante solicitudes de patente 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 quedarán protegidos todos los elementos (dentro del alcance predeterminado de la materia) de los conocimientos tradicionales que no hayan sido comercializados antes de la fecha de compilación la base de datos. El concepto de novedad comercial, en realidad, no es ajeno a los mecanismos de propiedad intelectual existentes, como la protección de obtenciones vegetales de la UPOV⁴², la protección de los esquemas de trazado (topografías) de circuitos integrados⁴³, y la protección provisional por patente⁴⁴.

⁴² UPOV, Acta de 1991, Artículo 6.

⁴³ Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados, de 1989, Artículo 7, incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC, Artículo 35.

⁴⁴ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/2/9 de la OMPI.

58. A este respecto, pueden encontrarse dos soluciones distintas en la legislación de protección *sui generis* de los conocimientos tradicionales del Perú y de Portugal⁴⁵. En el Artículo 13 de la Ley del Perú se establece que los conocimientos tradicionales se encuentran en el dominio público cuando hayan sido accesibles a personas ajenas a los pueblos indígenas, a través de medios de comunicación masiva. En este sentido, la Ley peruana ha adoptado un criterio de novedad técnica. Sin embargo, la utilización de los conocimientos tradicionales que hayan entrado en el dominio público en los últimos 20 años estará sujeta al pago de una tasa (Artículo 13.2). Los conocimientos tradicionales puestos a disposición del público antes de ese plazo de 20 años no podrán protegerse retroactivamente. Por el contrario, la legislación de Portugal permite el registro (a los efectos de la protección jurídica) de los conocimientos tradicionales que “a la fecha de la presentación de la solicitud, no hayan sido objeto de utilización en actividades industriales o no hayan sido conocidos por el público fuera de la comunidad local en que se han obtenido”. (Artículo 3.4). Por lo tanto, la legislación portuguesa combina los criterios de novedad técnica y comercial de manera de ampliar el alcance de la protección. La legislación peruana combina el concepto de dominio público pago (relacionado, por lo general, con la protección por derecho de autor ya expirada) con la novedad técnica.

59. Dos elementos adicionales, adoptados en la Ley N° 20 de Panamá, podrían ayudar a delimitar el objeto susceptible de protección definiendo mejor su alcance: a) la expresión de la identidad cultural de una comunidad determinada; y b) la posibilidad de utilización comercial. En primer lugar, sólo los elementos de los conocimientos tradicionales que siguen 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 *sui generis*. 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*⁴⁶. En segundo lugar, los legisladores pueden decidir que los conocimientos tradicionales que no son susceptibles de utilización comercial no estarán amparados por el sistema *sui generis*. 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.

60. 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

⁴⁵ Por lo que respecta al Perú, véase la Ley N° 27.811, de 10 de agosto de 2001, en el caso de Portugal, el Decreto Ley N° 118/2002, de 20 de abril de 2002.

⁴⁶ 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.

sistema *sui generis* nacional pueden perfectamente terminar reconociendo que los conocimientos tradicionales, para poder ser protegidos, deben estar catalogados y fijados. La catalogación 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 catalogación y la fijación actúan como señales de “prohibido el paso”, exactamente como las reivindicaciones de las invenciones en los documentos de patente.

iv) ¿Quién es el titular de los derechos?

61. Los derechos de propiedad intelectual pertenecen, en principio, a sus creadores (autores, inventores, diseñadores, creadores, etc.), quienes pueden transferirlos 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 comunidad⁴⁷. Esa misma lógica indicaría que los derechos respecto de los conocimientos tradicionales deberían concederse a las comunidades, antes que a los individuos⁴⁸. Obviamente, luego podrá llegar a ser necesario establecer un sistema de definición geográfica y administrativa de las comunidades⁴⁹.

62. Si bien suele percibirse como una cuestión de derechos colectivos, la protección de los conocimientos tradicionales puede otorgarse a los individuos. La solución para ello debe buscarse en el derecho consuetudinario. 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 en el plano nacional como internacional, debe reconocerse la importancia de las costumbres y tradiciones de una comunidad en cuestiones como la autorización para utilizar elementos de los conocimientos tradicionales, dentro o fuera de esa comunidad, o cuestiones relativas a la propiedad, el derecho a beneficios, etcétera. Esas costumbres y tradiciones deben describirse y registrarse junto con los elementos de los conocimientos tradicionales, para crear 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 en las comunidades. Un ejemplo de cómo el derecho consuetudinario puede integrarse a un sistema *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales figura en la Ley N° 20 de Panamá, que en su Artículo 15 establece lo siguiente:

⁴⁷ La Delegación de Ucrania señaló la necesidad de seguir estudiando la cuestión de la titularidad colectiva durante la tercera sesión del Comité: véase el documento WIPO/GRTKF/IC/3/17, párrafo 279.

⁴⁸ La Ley de Panamá (Artículo 1) y la del Perú (Artículo 1) tratan sólo de los derechos colectivos. La norma portuguesa confiere derechos tanto a los individuos como a las entidades colectivas (Artículo 9). La norma tailandesa adopta un enfoque similar, pero el sistema de registro depende de la naturaleza individual o colectiva de los conocimientos (Artículo 16).

⁴⁹ 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.

“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 o en la Dirección Nacional de Derecho de Autor del Ministerio de Educación, según el caso”⁵⁰.

63. 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 cotitularidad de los derechos, o pueden dejar que las comunidades soliciten por separado y obtengan derechos sobre la propiedad conjunta de los conocimientos tradicionales. En cualquiera de los casos, sin embargo, incumbe a la legislación nacional decidir si las comunidades pueden asociarse para evitar la competencia entre ellas en lo que se refiere a la cesión y transferencia de sus derechos a terceros. Dado que la asociación entre competidores, especialmente en materia de fijación de precios y si tienen una participación significativa en el mercado, puede llegar a constituir 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, puesto que la competencia entre las comunidades tradicionales para designar y transferir conocimientos susceptibles de aplicación industrial podría hacer bajar sus precios, lo que redundaría en beneficio de los consumidores, tal vez algunos miembros del Comité querrían privilegiarla. Ello debería promover la competencia entre titulares de activos de propiedad intelectual, en beneficio mutuo y de la sociedad, antes que generar conflictos.

64. 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?

65. Los diferentes elementos que componen los conocimientos tradicionales están entrelazados y pertenecen a los ámbitos artístico/cultural y técnico/comercial/industrial. Por lo tanto, los derechos que han de adquirirse sobre esos componentes deben tender a 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 a 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 procedimiento, la acción de utilizar el procedimiento, así como la acción de utilizar, ofrecer a la venta, vender o importar a estos efectos como

⁵⁰ Ley N° 20 de Panamá presentada por el Sr. Atencio López al Seminario Internacional de la OMPI sobre Preservación, Promoción y Protección del Folclore y los Conocimientos Tradicionales, celebrado en São Luíz 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.

mínimo el producto directamente obtenido mediante el procedimiento 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. La disponibilidad de medidas diferenciadas de observancia debería ser independiente de la naturaleza holística de los conocimientos protegidos, permitiendo así a los titulares de derechos hacerlos valer en relación con determinados elementos de conocimientos tradicionales respecto de los cuales se hayan cometido infracciones⁵¹.

66. De manera análoga al derecho de autor, los conocimientos tradicionales también deben abarcar derechos materiales y morales. Unos derechos morales sólidos respecto de los conocimientos tradicionales pueden ser, en efecto, un componente vital de un futuro sistema *sui 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.

67. Entre los derechos relativos a los conocimientos tradicionales también podrían figurar los derechos a 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 o de concederlos bajo licencia no estuviese incluida en la legislación, cualquier intento de abordar la cuestión de la distribución de beneficios en el marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica fracasaría necesariamente⁵².

68. El hecho de que los derechos relativos a los conocimientos tradicionales sean fundamentalmente de tipo colectivo no afecta a su naturaleza privada, a menos que la legislación opte por elegir al Estado como custodio 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 poseerse ni ejercerse de manera que perjudiquen los intereses legítimos de la

⁵¹ El Artículo 3.4 de la Ley de Portugal establece lo siguiente:

“El registro de conocimientos tradicionales que hasta la fecha de presentación de la solicitud no hubieran sido objeto de utilización en actividades industriales o no fuesen conocidos por el público fuera de la población o comunidad local en que se hubieran obtenido, otorgará a los respectivos titulares el derecho a:

i) oponerse a su reproducción, imitación y/o utilización, directa o indirecta, por terceros no autorizados, para fines comerciales;

ii) ceder, transferir o conceder licencias sobre los derechos respecto de los conocimientos tradicionales, incluyendo su transmisión por vía sucesoria;

[...]”

⁵² Véase la nota 51, más arriba. Además, la Ley del Perú no sólo permite la concesión de licencias respecto de los conocimientos tradicionales, sino que también establece la tasa mínima por regalías: una tasa mínima del 10% respecto del valor de las ventas brutas, antes de impuestos, resultantes de la comercialización de los productos desarrollados a partir de conocimientos tradicionales respecto de los que se concedió la licencia (esta tasa será destinada al Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas); además, una tasa mínima del 5% respecto del valor de las ventas brutas, antes de impuestos, resultantes de la comercialización de los productos desarrollados directa o indirectamente a partir de conocimientos tradicionales respecto de los que se concedió la licencia (esta tasa corresponde a quien concede la licencia). Ley N° 27.811, Artículos 8 y 13.

sociedad. Por lo tanto, los derechos conferidos respecto de conocimientos tradicionales deberán estar sujetos a excepciones, tales como la utilización por terceros con fines académicos o estrictamente privados, o licencias obligatorias fundadas en razones de interés público, así como circunstancias de emergencia relativas a la salud pública⁵³.

69. Como se señala más arriba, los elementos antes mencionados se refieren a la protección por propiedad intelectual del contenido de los inventarios de datos sobre conocimientos tradicionales. Esos elementos difieren de las disposiciones del Artículo 2.5) del Convenio de Berna⁵⁴, del Artículo 10.2) del Acuerdo sobre los ADPIC⁵⁵ y del Artículo 5 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, de 1996⁵⁶, en el sentido que no se protege 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, puesto 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; deberá otorgarse protección contra la reproducción y/o el uso del contenido de las bases de datos y no simplemente contra los datos cuya obtención, verificación o presentación haya exigido una “inversión sustancial desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo”⁵⁷.

70. Por lo tanto, la idea de proteger el contenido de las bases de datos sobre conocimientos tradicionales se relaciona con la naturaleza exclusiva de la protección de datos de pruebas del Artículo 39.3 del Acuerdo sobre los ADPIC⁵⁸, ya que estos datos deben ser protegidos contra

⁵³ 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 ngobes y buglés, que residan 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 hayan sido registrados en la Dirección General de Artesanía Nacional en la fecha de entrada en vigor de la Ley (Artículo 24).

⁵⁴ 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 o disposición de las materias, constituyan creaciones intelectuales estarán protegidas como tales, sin perjuicio de los derechos de los autores sobre cada una de las obras que forman parte de estas colecciones”.

⁵⁵ El Artículo 10.2 del Acuerdo sobre los ADPIC establece:
“Las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, serán protegidas como tales. Esa protección que no abarcará los datos o materiales en sí mismos, se entenderá sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales en sí mismos”.

⁵⁶ El Artículo 5 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (1996) establece:
Las compilaciones de datos o 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”.

⁵⁷ Véase la Directiva 96/9/CE, Artículo 7, Diario Oficial L 077, 27/03/1996.

⁵⁸ 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

el uso comercial desleal, aunque el propio gobierno los ponga a disposición del público⁵⁹. Esto tal vez permitiría que las bases de datos funcionaran como un mecanismo viable para sistemas *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales⁶⁰. La protección del contenido de las bases de datos de conocimientos 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.

71. Como se ha indicado anteriormente, también puede desarrollarse un sistema *sui generis* de tal manera que incluya características de elementos específicos de los conocimientos tradicionales, como la artesanía. La artesanía de una comunidad determinada sigue las normas técnicas y artísticas que se han desarrollado a través de generaciones, como la elección de materias primas determinadas, métodos de fabricación, colores, motivos decorativos, etcétera. Esos elementos habituales podrían ser objeto de un registro general (o descripción en una base de datos), el que se concederían derechos exclusivos sobre el estilo de una determinada línea de productos realizados artesanalmente por la comunidad, de acuerdo a los estándares descritos. Cada una de las piezas 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. La protección jurídica de las expresiones de la cultura tradicional, aplicada a la artesanía, se examina en mayor detalle en el documento WIPO/GRTKF/IC/4/3.

vi) ¿Cómo se adquieren los derechos?

72. Una opción podría ser la ausencia total de formalidades jurídicas, es decir, que la protección exista a partir de la fecha de creación del elemento de los conocimientos tradicionales en cuestión, independientemente de cualquier formalidad⁶¹. Esta opción puede dar lugar, sin embargo, a problemas en cuanto a su aplicación práctica, como la necesidad de probar la existencia misma del elemento en cuestión, problema que se resuelve mediante la obligación de fijación, y la eventual necesidad de probar que ha habido plagio o infracción, obstáculo que se supera mediante la catalogación/descripción y la presunción de disponibilidad pública de esa información, como en el caso de las patentes y las marcas.

73. La segunda opción sería establecer el derecho una vez que se ha registrado la compilación de datos sobre conocimientos tradicionales ante un organismo gubernamental. Los elementos de los conocimientos tradicionales pueden registrarse automáticamente tras el examen formal de la documentación, de la representación jurídica, etc., o pueden estar sujetos a un examen sustantivo. Un examen puramente formal parece ser la solución adoptada por

[Continuación de la nota de la página anterior]

presentación de datos de pruebas u otros no divulgados cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable, protegerán esos datos contra todo uso comercial desleal”.

⁵⁹ La segunda frase del Artículo 39.3 establece:

“Además, los Miembros protegerán esos datos contra toda divulgación, excepto cuando sea necesario para proteger al público, o salvo que se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal”.

⁶⁰ 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 (“Inventario de bases de datos en línea de catalogación de conocimientos tradicionales”).

⁶¹ Véase la Ley de Biodiversidad de Costa Rica Nº 7788, de 1998, Artículo 82.

Portugal (Decreto Ley N° 118, Artículo 3) y el Perú (Ley N° 27.811, Artículo 21). En ambos casos, el registro se invalidará si no se satisfacen las condiciones de fondo (como la novedad). En cambio, la Ley N° 20 de Panamá ha adoptado el sistema de un examen técnico, creando el puesto de examinador de los derechos indígenas, dentro de la Oficina de Propiedad Industrial (DIGERPI), que trabaja como 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 patentes⁶²). El registro de conocimientos tradicionales medicinales en virtud de la norma tailandesa mencionada, que también adoptó el sistema de examen técnico, se ha inspirado en el sistema de patentes –contiene, entre otras, disposiciones sobre el principio del primer solicitante (Artículo 26), sobre procedimientos de interferencia (Artículos 25 y 26) y oposición (Artículo 29).

74. La protección formal implica el control preventivo del registro de los conocimientos tradicionales para evitar una reivindicación infundada de la materia. 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, sean de 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 injustificadas recursos de oposición o de apelación.

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

⁶² 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 ya 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 dar 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 ya que eliminará la incertidumbre que rodea actualmente a todas las cuestiones de acceso a los recursos genéticos, biopiratería y uso desvirtuado 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 beneficio de los exportadores de artesanías legítimas y productos agrícolas tradicionales. Y puesto que se prevén subsidios para inventores y pequeñas empresas en las leyes 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.

76. Un sistema de registro formal podrá limitarse a producir un efecto meramente declarativo, antes que crear una fuerte presunción de validez del derecho reivindicado. Por lo tanto, sería necesaria probar el registro únicamente a los fines de entablar una demanda de titularidad –es decir que el registro no crearía derechos. La diferencia entre un registro declarativo y uno constitutivo es que, en determinadas circunstancias, las comunidades tradicionales podrían recurrir a un registro declarativo para respaldar sus reivindicaciones contra actos de infracción que pudieran haberse producido antes de la obtención del título formal (y teniendo en cuenta las normas aplicables sobre prescripción).

vii) ¿Cómo deben ser la gestión y la observancia de los derechos?

77. Los derechos de propiedad intelectual son inoperantes si no pueden hacerse valer. La protección de conocimientos tradicionales no surtiría efecto sin la disponibilidad de medidas eficaces y expeditivas contra su reproducción y/o uso no autorizados (combinando así, por un lado, las características del derecho de autor y los derechos conexos, y por el 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 forma subsidiaria y *mutatis mutandis*⁶³. Además, en la práctica, los titulares de conocimientos tradicionales pueden encontrar dificultades para hacer valer sus derechos, lo cual plantearía la posibilidad de administrar los derechos mediante un mecanismo aparte, 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 derechos⁶⁴.

viii) ¿Cómo se pierden o caducan los derechos?

78. Hay dos enfoques posibles para este último tema. Un enfoque, generalmente preferido por las legislaciones nacionales que hasta ahora han contemplado la protección de los conocimientos tradicionales, es establecer la protección por un período indefinido⁶⁵. Este enfoque se relaciona con la naturaleza intergeneracional y acumulativa de los conocimientos tradicionales y reconoce que su aplicación comercial, una vez garantizada la protección, puede demorar mucho tiempo⁶⁶. Pero si la protección de los conocimientos tradicionales 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 respecto del elemento

⁶³ Véase la Ley N° 20 de Panamá, Artículo 21.

⁶⁴ Véase la Ley N° 27.811 del Perú, Artículos 47 y siguientes. La norma peruana establece que las acciones por infracción de derechos respecto de conocimientos tradicionales se ventilarán ante una autoridad administrativa (el INDECOPI, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, el organismo peruano que se ocupa del derecho de la competencia y de la propiedad intelectual).

⁶⁵ *Ídem* Artículo 7.

⁶⁶ Los conocimientos tradicionales cumplirían de esa manera una función de prospección, como pretende Edmund Kitch en relación con las patentes (véase Edmund Kitch, *La naturaleza y función del sistema de patentes*, 20 J.L. & Econ. (1977)). Solamente unas pocas patentes cumplen una función de este tipo porque 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.

protegido, que podría ser renovable por varios períodos sucesivos), entonces tendría 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 integridad⁶⁷. La realidad es que al evolucionar, algunos de los conocimientos tradicionales pasan a ser obsoletos.

IX. CONCLUSIÓN

79. Se han identificado estos elementos de un sistema *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales con la finalidad de responder a una petición de varios miembros del Comité, pero no reflejan un consenso del Comité. El objetivo básico de este documento es mostrar que ya existen mecanismos de protección por propiedad intelectual, tanto en el contexto de los conocimientos tradicionales como fuera de él, que podrían trasladarse a un sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales. La utilización de elementos disponibles tiene la ventaja de evitar proceder a tuntas. Por otra parte, las preocupaciones relacionadas con la biopiratería y los costos de transacción en los ámbitos de las expresiones del folclore y de los conocimientos tradicionales relacionados con la biodiversidad se resuelven mejor (aunque no exclusivamente) recurriendo a la adaptación de sistemas ya probados y a los principios que éstos contienen.

80. Se invita al Comité Intergubernamental a tomar nota del contenido del presente documento y, con miras a la preparación de un estudio técnico compuesto basado en los documentos existentes preparados por la Secretaría y en la información proporcionada por los Estados miembros y demás partes interesadas, a formular comentarios sobre el estudio, que habrá de incluir:

- *un análisis de las definiciones de la materia objeto de los conocimientos tradicionales;*
- *una reseña de los enfoques nacionales respecto de la protección de los conocimientos tradicionales; y*
- *un análisis de los elementos de la protección sui generis de los conocimientos tradicionales.*

[Fin del documento]

⁶⁷ Véase la Ley de Portugal, que dispone un plazo de protección de 50 años, renovable por un período idéntico (Artículo 3.6). En virtud de la Ley de Tailandia, el plazo de protección de los conocimientos medicinales tradicionales corresponde a la vida del titular, más 50 años contados a partir de su muerte (Artículo 33).