

OMPI



ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
GINEBRA

S

WIPO/GRTKF/IC/11/5(a) Add.

ORIGINAL: Inglés

FECHA: 28 de junio de 2007

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

Undécima sesión
Ginebra, 3 a 12 de julio de 2007

LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

ADICIÓN A LA COMPILACIÓN DE LOS COMENTARIOS PRESENTADOS POR
ESCRITO SOBRE LA LISTA DE CUESTIONES

Documento preparado por la Secretaría

1. El Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (“en adelante el CIG”) decidió en su décima sesión que se llevase a cabo un proceso de formulación de comentarios entre períodos de sesiones sobre la Lista de Cuestiones relativa a los conocimientos tradicionales establecida por el Comité. En el Anexo al documento WIPO/GRTKF/IC/11/5(a), titulado “Compilación de los comentarios presentados por escrito sobre la Lista de Cuestiones” figuran los comentarios recibidos por la Secretaría de la OMPI hasta el 30 de abril de 2007, con arreglo al proceso de formulación de observaciones entre períodos de sesiones.
2. El Anexo al presente documento contiene comentarios adicionales recibidos después de la publicación de la primera compilación en el documento WIPO/GRTKF/IC/11/5(a).
3. *Se invita al Comité a examinar y debatir los comentarios compilados en el Anexo además de los distribuidos en el documento WIPO/GRTKF/IC/11/5(a).*

[Sigue el Anexo]

ANEXO

COMENTARIOS RECIBIDOS SOBRE LA LISTA DE CUESTIONES RELATIVA A LA
PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

ÍNDICE

COMENTARIOS GENERALES	2
I. Definición de conocimientos tradicionales (CC.TT.) que deben protegerse	5
II. ¿Quién debe beneficiarse de este tipo de protección? o ¿quién es el titular de los derechos existentes sobre los CC.TT. susceptibles de protección?.....	11
III. ¿Qué objetivo debe alcanzarse al otorgar la protección con arreglo al régimen de la propiedad intelectual (derechos patrimoniales, derechos morales)?.....	14
IV. ¿Qué conductas deben considerarse inaceptables/ilegales en relación con los CC.TT. susceptibles de protección?.....	18
V. ¿Deben existir excepciones o limitaciones a los derechos que dimanar de los CC.TT. susceptibles de protección?	20
VI. ¿Por cuánto tiempo debe otorgarse la protección?	22
VII. ¿En qué medida otorgan protección los derechos de P.I. vigentes? ¿qué vacíos deben llenarse?.....	24
VIII. ¿Qué sanciones o penas deben imponerse a conductas o actos considerados inaceptables/ilegales?	29
IX. ¿Qué cuestiones deben abordarse a escala internacional y nacional? o dicho de otro modo ¿cuál es la línea divisoria entre la normativa internacional y la nacional?.....	31
X. ¿Qué trato debe darse a los titulares/beneficiarios de derechos que sean extranjeros? ..	34

COMENTARIOS GENERALES

Canadá

De conformidad con el punto 11 del orden del día, en la décima sesión del CIG de la OMPI se acordó que los Estados miembros y los observadores fuesen invitados a someter comentarios sobre una lista de diez cuestiones adjunta como Anexo I al documento de decisiones de 8 de diciembre de 2006.

El Canadá agradece a la Secretaría de la OMPI la oportunidad de realizar comentarios. Señala que espera trabajar junto con los otros Estados miembros y las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales y considera que los comentarios recibidos guiarán la labor futura del CIG.

En respuesta a esa invitación de la OMPI, el Canadá presenta los siguientes comentarios, sin perjuicio de los comentarios que puedan presentarse en fechas posteriores. El propósito es que estos comentarios los compartan los Estados miembros, la Secretaría de la OMPI y las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales.

El Canadá quiere aprovechar esta oportunidad para presentar algunos comentarios generales aplicables a todas las cuestiones. Estamos de acuerdo con la opinión expresada en diversos documentos preparados por la Secretaría de la OMPI respecto a que indicar el objetivo político que se tiene que abordar y el fundamento jurídico para la protección de los CC.TT. puede ayudar a definir la forma adecuada de protección y la materia protegida. El primer paso para poder abordar las otras cuestiones señaladas más abajo es alcanzar un consenso sobre un objetivo común.

Australia

En respuesta a la decisión adoptada en la 10ª sesión del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (el CIG) de abordar diez cuestiones en su 11ª sesión, a Australia le es grato proporcionar algunas observaciones iniciales respecto a esas cuestiones. Aunque las cuestiones acordadas no son para nada nuevas en los debates del CIG, el revisarlas a la luz de la extensa labor realizada hasta ahora por el CIG puede ayudar a aclarar dónde sería beneficioso realizar una labor más concreta, dónde hay que aclarar más los objetivos y dónde se encuentran las diferencias de enfoque. A través de los puntos de vista expresados hasta ahora por los Estados miembros se ve claramente que existen amplias divergencias en lo que respecta al enfoque que debe darse a las cuestiones sobre la relación existente entre los conocimientos tradicionales (CC.TT.) y la propiedad intelectual (P.I.).

Teniendo en cuenta lo anterior, es conveniente que el CIG continúe creando una sólida base de conocimientos que sirvan como punto de partida para nuevos debates. Es importante seguir compartiendo experiencias nacionales, en especial porque cada vez son más los países que encuentran por sí mismos soluciones a cuestiones relativas a los CC.TT. Se ha observado que muchas de estas soluciones se inspiran en la labor del CIG. Asimismo, para continuar con la labor del CIG resulta fundamental que se acuerden los objetivos políticos y los principios rectores generales para abordar las cuestiones de P.I. relacionadas con los CC.TT. Sólo cuando se alcance un consenso a este respecto se podrán examinar plenamente y hacer

avanzar todas las opciones a fin de alcanzar los objetivos, de acuerdo con los principios acordados.

Nueva Zelanda

Nueva Zelanda apoya la continuación de la labor del CIG en **todos** los ámbitos, pero mantiene su postura sobre la necesidad de alcanzar un cierto consenso sobre los objetivos políticos y los principios rectores antes de determinar los posibles mecanismos jurídicos para la protección de los CC.TT. o tomar decisiones sobre la forma de cualquier obligación internacional que pueda adoptarse (incluida la posibilidad de redactar directrices, una declaración, un protocolo, un tratado o enmiendas a los tratados existentes).

Las cuestiones fundamentales que surgieron en la décima sesión representan un paso positivo en lo que respecta a abordar las cuestiones complejas y polémicas en relación con la interrelación entre la P.I. y los CC.TT. Consideramos que antes de entrar en un debate sobre las posibles opciones políticas o jurídicas para tratar las cuestiones es fundamental adoptar un enfoque de este tipo. Los objetivos y principios políticos que contienen los documentos aún requieren mucho trabajo; esto, y la labor sobre grupos de cuestiones fundamentales deben ser las prioridades del CIG. El ahondar más en la sustancia de las cuestiones fundamentales asociadas a la protección de los CC.TT. y las ECT ha sido un paso positivo que el Comité debería extender.

Las respuestas de Nueva Zelanda, que vienen a continuación, se basan en los comentarios que hemos realizado en anteriores sesiones del CIG y deberían leerse conjuntamente con esos comentarios y además de ellos. Las respuestas no constituyen la postura final de Nueva Zelanda sobre estas cuestiones. Nueva Zelanda acogería con beneplácito la oportunidad de realizar más comentarios en futuras sesiones, ya que continuamos recibiendo opiniones de diversas partes interesadas del país, y se está desarrollando nuestra experiencia nacional.

Una serie de partes interesadas indígenas de Nueva Zelanda han hecho hincapié en que las cuestiones relacionadas con los CC.TT. y las ECT deben abordarse como un todo.¹ Nueva Zelanda considera que estas preocupaciones son válidas y, por lo tanto, hemos adoptado un enfoque más holístico combinando nuestras respuestas a los dos grupos de cuestiones fundamentales.

El Grupo de Políticas en materia de Propiedad Intelectual del Ministerio de Desarrollo Económico de Nueva Zelanda, realizó, el lunes 12 de marzo de 2007, un seminario sobre la protección de los CC.TT. y las ECT a fin de debatir con los maoríes y otras partes interesadas nacionales las cuestiones fundamentales que se derivaron de la décima sesión del CIG. En consulta con los participantes, se realizó un informe sobre el seminario que se adjunta a este documento como Apéndice I.² La respuesta de Nueva Zelanda, que viene a continuación, se ha basado en el contenido del informe, los comentarios recibidos hasta ahora y el proyecto de objetivos políticos y principios rectores, así como en el informe de evaluación realizado por

¹ En su informe de evaluación, que se sometió a la décima sesión del CIG y se ha publicado en el documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(b), Maui Solomon señala que un solo documento sobre CC.TT. y ECT sería de uso más fácil, teniendo en cuenta las muchas cuestiones comunes y repeticiones que contienen los dos documentos.

² [Nota de la Secretaría: el apéndice se adjunta como Apéndice I a este documento WIPO/GRTKF/IC/11/4 (a) Add. El mismo Apéndice contiene dos (sub)apéndices, A y B]

Maui Solomon (sometido al CIG en su décima sesión y publicado en el documento WIPO/GRTKF/IC/11/5(b)).

Para facilitar un análisis de las cuestiones, se han proporcionado ejemplos de los puntos de vista de las partes interesadas y de conceptos consuetudinarios de los grupos indígenas del país cuando se ha considerado que estos ejemplos podían ayudar a aclarar la postura de Nueva Zelanda. El hecho de mencionar las opiniones y conceptos de dichas partes en la respuesta de Nueva Zelanda no significa necesariamente que el Gobierno los haga suyos. Se han introducido en el documento a fin de reflejar e integrar los distintos puntos de vista nacionales y los conceptos consuetudinarios indígenas relacionados con esas cuestiones fundamentales. Consideramos que este enfoque es positivo, especialmente teniendo en cuenta el estudio de la OMPI sobre: i) el papel de las leyes y los protocolos consuetudinarios de las comunidades indígenas y locales en relación con sus conocimientos tradicionales, recursos genéticos y expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore, y ii) la relación de las leyes y los protocolos consuetudinarios con el sistema de propiedad intelectual.

Todos los términos y conceptos consuetudinarios indígenas se traducen al inglés y se definen para que los pueda entender una mayor audiencia internacional. Un glosario de términos maoríes³ se puede encontrar como referencia al final del documento.⁴

³ Los maoríes son el pueblo indígena de Nueva Zelanda.

⁴ [Nota de la Secretaría: el glosario se adjunta como Apéndice II a este documento WIPO/GRTKF/IC/11/4 (a) Add.]

I. DEFINICIÓN DE CONOCIMIENTOS TRADICIONALES (CC.TT.) QUE DEBEN PROTEGERSE

Nicaragua

Los conocimientos adquiridos en el transcurso del tiempo en una determinada región con características de una comunidad específica que pasa dichos conocimientos de generación en generación como parte de sus costumbres y cultura.

Canadá

Consideramos que existen dos partes en la definición de los CC.TT. que deben protegerse: 1) realizar una definición adecuada de los CC.TT., y 2) determinar en su totalidad el alcance de la materia susceptible de protección. Ambas representan un desafío debido a la complejidad de las cuestiones y a las particularidades de todos los Estados miembros. Tal como señaló en los comentarios generales, el Canadá opina que alcanzar un consenso sobre el objetivo de la protección de los CC.TT. puede ayudar a definir la materia que se tiene que proteger y aportar una mayor claridad terminológica. Algunas de las cuestiones que tiene que abordar de forma detallada el CIG son el significado de “tradicional” y aclarar si las personas o entidades entran dentro del ámbito del término “comunidades”.

Los conocimientos tradicionales que deben protegerse son conocimientos atesorados por pueblos y comunidades indígenas, que se han pasado de unas generaciones a otras y que por lo tanto se han enriquecido y renovado con el tiempo y por el hecho de haberse compartido entre varios pueblos y comunidades indígenas; son el resultado de su interacción con el entorno y se consideran parte de su patrimonio cultural. Están relacionados con los recursos biológicos, como los conocimientos de las propiedades, los usos y las características de la biodiversidad; así como con las expresiones culturales y el folclore.

Australia

Es preciso debatir más en profundidad la definición de CC.TT. en términos de protección, para saber si dicha protección debe aplicarse por medios jurídicos, no jurídicos, nacionales o internacionales. Aquí reside la clave. De acuerdo con el mandato del CIG, que no excluye ningún resultado, es posible que una única definición no se adecue a todas las circunstancias. Para algunos fines, resultaría conveniente una definición amplia o una serie de principios, pero para otros, se necesitaría una definición más precisa. Esto dependerá del objetivo o de los objetivos que la definición esté teniendo en cuenta. Así, a efectos de adoptar una resolución sobre la protección de los CC.TT. o celebrar un debate general sobre la cuestión, una serie de principios generales podría resultar apropiada, mientras que a efectos de elaborar un contrato relativo al acceso y la distribución de beneficios para CC.TT., se requeriría seguramente una definición distinta, más específica. Hasta cierto punto, este punto de vista ya se ve reflejado en la labor del CIG, en la que se abordan por separado los CC.TT. y las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore (ECT/EF).

Las definiciones deben aportar claridad en lo que respecta al objeto de la protección. Esto resulta crucial tanto para alcanzar los objetivos de la protección de los CC.TT. como para garantizar que se identifiquen claramente los elementos que se encuentren en el dominio público. La protección preventiva de los CC.TT., mediante el reconocimiento de su función como parte del estado de la técnica o como secreto comercial, es de gran relevancia para los pueblos indígenas y las definiciones claras desempeñan un papel esencial a este respecto.

En el documento WIPO/GRTKF/IC/3/9, el CIG analizó las complejas cuestiones relativas a la definición de los CC.TT. Resaltó la importancia de aclarar la distinción entre “protección jurídica” y otras formas de protección, como la preservación y la conservación físicas, para poder definir el alcance de los CC.TT. que pueden ser objeto de la protección relativa a la P.I.⁵ En este documento también se sugiere que el hecho de tener en cuenta el contexto tradicional, el contexto colectivo y comunitario, y la naturaleza intergeneracional de los CC.TT., así como su preservación y transmisión, contribuiría a centrar los debates en las características específicas de los CC.TT.⁶ evitando predefinir el carácter de la protección de la que pudiese disponerse.

En el debate acerca de las definiciones, es importante tener presente tanto las aspiraciones, las expectativas y las necesidades de los titulares de los CC.TT. como la compleja red de legislaciones y políticas nacionales e internacionales existentes. Al examinar estos intereses y aspiraciones, es preciso tomar en consideración las diferencias que se derivan del hecho de si los CC.TT. forman parte de una tradición oral o escrita. Se debe llegar a una postura que permita abordar estas cuestiones de forma coherente y de manera que se refuercen unas a otras.

Nueva Zelandia

Lo primero que hay que plantearse es si se necesita una definición formal o rígida. Esto es especialmente importante debido a que los conocimientos y la cultura evolucionan. Al intentar definir CC.TT. y ECT, corremos el riesgo de congelar o limitar los derechos en el momento en que se definen, y, por consiguiente, de no tener en cuenta completamente su naturaleza evolutiva. En lugar de eso, deberíamos buscar modelos de protección que no requieran la elaboración de definiciones formales de CC.TT. y ECT o en los que se reconozca plenamente que los CC.TT. y las ECT evolucionan.

Hasta ahora no se ha acordado ninguna definición formal de lo que se considera que son los CC.TT. y las ECT. En el contexto del Convenio sobre la Diversidad Biológica los CC.TT. generalmente se han definido como “*conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales de todo el mundo, desarrollados a través de la experiencia de siglos y adaptados a la cultura y al entorno locales, y transmitidos oralmente de generación en generación.*”

Las definiciones de trabajo de la OMPI señalan que los CC.TT. son conocimientos que se han “*generado, preservado y transmitido en un contexto tradicional y entre generaciones; están particularmente asociados o vinculados a una comunidad (o comunidades) cultural*”

⁵ Párrafo 26 del documento WIPO/GRTKF/IC/3/9.

⁶ Párrafo 35 del documento WIPO/GRTKF/IC/3/9.

tradicional o indígena mediante un sentido de la custodia o de la responsabilidad cultural; o la comunidad de origen los reconoce como conocimientos tradicionales.” Los CC.TT. se definen en términos generales en el artículo 3 del documento WIPO/GRTKF/IC/11/5 (c) en tanto que “contenido o sustancia de conocimientos derivados de actividades intelectuales realizadas en un contexto tradicional y sin limitación alguna en cuanto al campo de que se trate, lo que abarca los ámbitos agrícola, medioambiental y médico y los conocimientos conexos a los recursos genéticos.”

Sin embargo, el proyecto de artículo 4 sugiere que para que sean susceptibles de protección específica contra la utilización o apropiación indebidas es necesario aportar elementos más precisos, en el sentido de que los CC.TT. deben: i) existir en un contexto tradicional y haber sido transmitidos de una generación a otra; ii) asociarse de forma muy precisa a una comunidad o población tradicional o indígena que preserve y transmita dichos conocimientos de una generación a otra; y iii) formar parte integrante de la idiosincrasia cultural de la comunidad o población indígena tradicional a la que se atribuyan esos conocimientos, ya sea mediante custodia, propiedad colectiva o responsabilidad cultural. Esos vínculos pueden quedar reflejados de forma oficial o informal por medio de prácticas, normativas o protocolos consuetudinarios o tradicionales.

En el artículo 1 del documento WIPO/GRTKF/IC/11/4 (c) se definen las ECT como:

- a) *“... todas las formas tangibles o intangibles en que se expresan, aparecen o se manifiestan los conocimientos y la cultura tradicionales, y comprenden las siguientes formas de expresión o combinaciones de las mismas:*
 - i) *las expresiones verbales, tales como los relatos, las gestas épicas, las leyendas, la poesía, los enigmas y otras narraciones; las palabras, los signos, los nombres y los símbolos;*
 - ii) *las expresiones musicales, tales como las canciones y la música instrumental;*
 - iii) *las expresiones corporales, tales como las danzas, las representaciones escénicas, las ceremonias, los rituales y otras interpretaciones o ejecuciones;*
 - iv) *independientemente de que estén o no fijadas en un soporte; y*
 - v) *las expresiones tangibles, tales como las obras de arte y, en particular, dibujos, pinturas (incluidas las pinturas corporales), tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, forja, joyería, cestería, labores de punto, textiles, cristalería, tapices, indumentaria; artesanía; instrumentos musicales; y obras arquitectónicas; que son:*
 - *aa) producto de la actividad intelectual creativa, en particular la creatividad del individuo y la de la comunidad;*
 - *bb) características de la identidad cultural y social de una comunidad, así como de su patrimonio cultural; y*
 - *cc) mantenidas, utilizadas o desarrolladas por esa comunidad o por individuos que tienen el derecho o la responsabilidad de hacerlo de conformidad con las leyes y las prácticas consuetudinarias de dicha comunidad.*
- b) *La elección concreta de los términos que califiquen la materia protegida debe determinarse en el ámbito regional y nacional».*

Estas definiciones de trabajo de la OMPI, y en particular la de ECT, reflejan que la atención se centra en los derechos de P.I. Muchos pueblos indígenas definen sus CC.TT. y ECT de una forma mucho más amplia que incluye: los sistemas de aprendizaje e instituciones tradicionales para la gestión medio ambiental; las prácticas de gestión de la propiedad común; los procesos tradicionales de toma de decisiones; las estructuras locales de clasificación y cuantificación; los conocimientos y prácticas en relación con la salud; el ecosistema; la ganadería; la conservación de los recursos hídricos y del suelo; la agricultura; los textiles y otras artesanías locales; los materiales de construcción; y la conservación de la energía; entre otras cosas.

Los individuos y organizaciones a los que hemos consultado las definiciones de trabajo antes mencionadas han señalado que, en general, están de acuerdo con ellas, ya que parece que cubren la mayor parte de las áreas de interés. Asimismo, están de acuerdo en que los conocimientos tradicionales y en especial los *mātauranga Māori* (conocimientos maoríes)⁷, a menudo se transmiten de forma oral y tienen un vínculo distintivo con la cultura local y con la relación que la comunidad tiene con la tierra y sus recursos naturales.

“Toi te whenua, los conocimientos provienen de la tierra. La identidad está basada en ella. No tener tierra conduce a perder el alma.” (Dr. Hirini Moko Mead). No puede dejar de destacarse la importancia que la tierra y el medio ambiente tienen para los maoríes. Ésta se refleja a través de la *whakapapa* (genealogía), los nombres ancestrales de los lugares y las historias tribales. El cuidado con el que los maoríes tratan la tierra refleja la estrecha relación que tienen con sus ancestros. Los maoríes se ven a sí mismos no sólo como “de la tierra” sino “como la tierra”.

“Los maoríes creen que la tierra es el vientre elemental al que todos tenemos que regresar. Abrazados a ella, cuidadosamente situados, los huesos completan el ciclo; porque tal como da, ella recibe.” (Dr. Ngahuia Te Awekotuku, 1982)

La tierra es muy importante para los maoríes, pero también lo es el agua que corre a través de ella. Se dice que toda el agua se originó en el dolor de la separación del *Ranginui* (padre cielo) y de la *Papatūānuku* (madre tierra) y que está dotada de una *mauri* o fuerza vital propia. (Referencia: *He Hinatore ki te Ao Māori*). Los conocimientos maoríes o *mātauranga Māori* tienen su origen en la relación ancestral y multigeneracional (*whakapapa*) con la cultura, la tierra y sus recursos.

“Los conocimientos han sido creados a través del tiempo, pero no por un solo autor o inventor. Son el depósito de la cultura y la identidad. Los beneficios son compartidos. No pueden poseerse ni venderse. No hay nadie que pueda conocerlo todo; sus custodios tienen la responsabilidad de su protección y utilización.” (Moana Jackson)

Estas responsabilidades de custodia fueron definidas por el Tribunal de Waitangi en el contexto de la demanda WAI 262⁸ en virtud del Tratado de Waitangi, utilizando el concepto maorí de *kaitiaki* (guardas o custodios) en relación con los *mātauranga Māori* (conocimientos

⁷ Los maoríes son el pueblo indígena de Nueva Zelandia. Los *Mātauranga maoríes* o conocimientos maoríes representan el cuerpo de conocimientos tradicionales indígenas más significativo de Nueva Zelandia.

⁸ El Tribunal Waitangi es una comisión de encuesta establecida por ley a fin de examinar los alegatos de incumplimiento del Tratado de Waitangi (el documento fundacional de Nueva Zelandia) e informar al respecto. Los querellantes en la demanda WAI 262, también conocida como la demanda sobre la fauna y la flora, han planteado preocupaciones en relación con los derechos de P.I. y la protección de los *mātauranga Māori*. Los comentarios finales del caso WAI 262 fueron realizados en junio de 2007. Actualmente el Tribunal Waitangi está en fase de redacción del informe.

maoríes) y sus *taonga* (tesoros – que incluyen las expresiones culturales, los recursos naturales y los sistemas de conocimiento). Los siguientes términos y conceptos consuetudinarios indígenas son importantes para el análisis nacional de las cuestiones relacionadas con los CC.TT. y las ECT:

Mātauranga Māori son los conocimientos maoríes de los *kaitiaki* junto con los sistemas de organización, transmisión, divulgación, y protección de dichos conocimientos y también incluye los *te reo Māori* (lengua y dialectos maoríes), los *tikanga Māori* (véase abajo la definición) y las obras *taonga* (véase abajo la definición).⁹

Las obras Taonga o ECT maoríes incluyen obras artísticas y literarias tales como tallas, tejidos, *waiata* (canciones), *pātere* (cantos rítmicos), *oriori* (canciones de cuna), *haka* (expresión dramática/poética de cuestiones culturales), *mōteatea* (término genérico para las canciones tradicionales maoríes), pinturas, artesanías, obras escritas, obras gráficas, obras dramáticas, obras musicales, tradiciones orales, artes interpretativas, símbolos, imágenes y diseños, artefactos y la *mauri* (fuerza vital) de estas obras *taonga*, en las que se reflejan de alguna forma la cultura o identidad de sus *kaitiaki* (guardas o custodios consuetudinarios) e incluyen los conocimientos, habilidades, y valores culturales o espirituales en los que se basan.

Los Kaitiaki de las obras *taonga*, los recursos biológicos y genéticos de especies indígenas o *taonga*, el medio ambiente, *te reo Māori*, *tikanga Māori* y *mātauranga Māori*, son: individuo/s, *whānau* (familia (s)), *hapū* (subtribu (s)) o *iwi* (tribu (s)) (según cuál sea el caso), cuya relación consuetudinaria con estos *taonga* genera una obligación y el correspondiente derecho a: proteger, preservar, controlar, regular, utilizar, desarrollar o transmitir estos *taonga* y la relación con ellos.

Tikanga Māori son las costumbres, leyes, prácticas, tradiciones y valores de los *kaitiaki* (guardas y custodios consuetudinarios) que comprenden, sustentan y están en la base de la cultura maorí y sus muchas e inconfundibles culturas tribales.

Entre los ejemplos de conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales de Nueva Zelandia pueden incluirse las prácticas y sistemas de conocimientos en relación con el tejido, las artes interpretativas, la medicina, la construcción de casas tradicionales, los juegos, las canciones, las historias tribales, la pesca, la caza y los conocimientos y prácticas agrícolas, la recogida de alimentos, los conocimientos biológicos y medioambientales, y las estructuras de clasificación y cuantificación tales como el calendario maorí, entre otras cosas.

Las características fundamentales de los CC.TT. y las ECT son que:

- se originan, preservan y transmiten en un contexto tradicional;

⁹ En la demanda WAI 262 en relación con el Tratado de Waitangi, los querellantes, las Ngāti Koata (tribus maoríes de la isla sur de Nueva Zelandia), discuten la interpretación de *Mātauranga*: “Los *Mātauranga* son los que proporciona a las Ngāti Koata la comprensión de sus intrincadas relaciones y conexiones con el universo, el medio ambiente y los otros. ...no existe una sola palabra o descripción que pueda definir el significado de *mātauranga*. El término “conocimientos tradicionales” ganó terreno durante las vistas como equivalente de *mātauranga* en lengua inglesa. Pero los *Mātauranga* son mucho más que “conocimientos”, tradicionales o de otro tipo (por ejemplo, adquiridos). Los conocimientos pueden definirse como una familiaridad con los hechos, las verdades o los principios, derivada del estudio o la investigación. Lo que diferencia a los *mātauranga* de los conocimientos es que los conocimientos se obtienen a través del estudio o la investigación mientras que los *mātauranga* son tanto aprendidos como inherentes a los pueblos que los poseen. Los conocimientos pueden aprenderse a través de libros mientras que los *mātauranga* se transmiten de generación en generación. La mejor forma de describir los *Mātauranga* es como “comprensión” porque cuando uno pierde sus *mātauranga* es la comprensión lo que pierde y no sus conocimientos. Esta comprensión que incluyen los *mātauranga* es el fundamento por el que existimos en el universo y la forma en la que interactuamos con él.”

- se transmiten de generación en generación;
- pertenecen a una determinada comunidad tradicional o pueblo indígena;
- no son estáticos sino que evolucionan a medida que las comunidades responden a nuevos desafíos y necesidades; y
- son de naturaleza colectiva.

Cualquier definición de los CC.TT. y las ECT que deberían ser materia de protección también debe tener en cuenta los siguientes hechos generalmente aceptados:

- Los conocimientos indígenas son un subconjunto de los conocimientos tradicionales.
- Las expresiones culturales tradicionales son la manifestación de los conocimientos tradicionales.
- Los CC.TT. y las ECT forman parte de sistemas culturales que se transmiten y preservan de generación en generación, que cada comunidad ha desarrollado y mantenido en su entorno físico y cultural local.
- En “conocimientos y expresiones culturales tradicionales” el término “tradicionales” no implica necesariamente que los conocimientos o expresiones culturales sean antiguos o de naturaleza no científica. Pueden ser creaciones o innovaciones basadas en la tradición que evolucionan, y cuya creación se ha basado en las tradiciones culturales y ha surgido cuando los individuos y las comunidades han aceptado los nuevos retos y realidades que surgen en su entorno físico y social.

Sin embargo, puede establecerse una distinción entre:

- la “base de conocimientos tradicionales” (que comprende las tradiciones y el patrimonio cultural, la lengua, los lugares sagrados, los restos humanos, los recursos naturales, y los conocimientos asociados a ellos); y
- las “innovaciones y creaciones basadas en los conocimientos tradicionales” (que se han sustentado o inspirado en la “base de conocimientos tradicionales”).

La “base de conocimientos tradicionales” está sujeta a las leyes y protocolos tradicionales. A menudo es propiedad colectiva o está guardada colectivamente, y puede ser sagrada/secreta o estar en el dominio público. Las innovaciones basadas en los conocimientos tradicionales pueden ser creaciones individuales, quizá acompañadas de responsabilidades hacia la comunidad, que pueden estar sujetas a leyes formales y a leyes consuetudinarias.

Los derechos de P.I. convencionales sólo protegen las innovaciones y creaciones basadas en los CC.TT., y no subyacen en los mismos CC.TT. El problema se plantea debido a que las innovaciones y creaciones basadas en los conocimientos tradicionales no pueden separarse de los mismos CC.TT. Las expresiones culturales tradicionales no pueden disociarse de los mismos conocimientos tradicionales o del entorno físico y cultural del que surgen. Sin embargo, las expresiones culturales tradicionales, al ser manifestaciones o prácticas culturales concretas de los CC.TT., son posiblemente más fáciles de proteger que los conocimientos tradicionales.

II. ¿QUIÉN DEBE BENEFICIARSE DE ESTE TIPO DE PROTECCIÓN? O ¿QUIÉN ES EL TITULAR DE LOS DERECHOS EXISTENTES SOBRE LOS CC.TT. SUSCEPTIBLES DE PROTECCIÓN?

Nicaragua

Los beneficiarios de estos conocimientos deben ser la comunidad o la población de la región, y el gobierno local es el propietario de esos derechos.

Canadá

Muchos pueblos y comunidades de todo el mundo crean y buscan la protección de lo que pueden considerar como CC.TT. Los CC.TT. pueden originarse en una determinada comunidad o pueden ser compartidos en su totalidad o en parte por diferentes comunidades. Cuando son comunes a varias comunidades, será importante que el CIG aclare si todas o algunas comunidades deberían beneficiarse de protección para sus CC.TT. y las implicaciones políticas de dicha protección.

Sin olvidar que las comunidades son beneficiarias potenciales de protección para sus CC.TT., el CIG debería abordar si la protección de los CC.TT. debe extenderse a otros beneficiarios. Tal como se señaló en el informe relativo a las misiones exploratorias de la OMPI 1998-1999, no todos los CC.TT. son de naturaleza colectiva. Puede haber casos en los que un individuo, familia, clan o sociedad determinados pueden ser reconocidos como la fuente de los CC.TT. El CIG debería realizar más debates a fin de aclarar quiénes son los correspondientes beneficiarios potenciales y titulares de derechos de los CC.TT. susceptibles de protección.

Perú

El artículo 2 de la Ley 27811 define a los pueblos indígenas de la forma siguiente:

“...Son pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se autorreconocen como tales. En éstos se incluye a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, así como a las comunidades campesinas y nativas...”.

Australia

Una vez más, es importante definir los objetivos de la protección. La determinación de quién debe beneficiarse o ser titular de los derechos de los CC.TT. susceptibles de protección depende de los objetivos o resultados que se persigan. Aparte del principio muy general de que, a grandes rasgos, son los titulares de los CC.TT. los que deben beneficiarse de estos conocimientos, es difícil determinar, sin conocer la situación específica, quién debe ser el titular o beneficiarse de la protección de la que se trate. La propiedad de los CC.TT. o el derecho a disfrutar de los derechos y de los avances del conocimiento y la tecnología que se derivan de los CC.TT. da lugar a graves problemas.

Así, es preciso desenmarañar la red de derechos sobre los CC.TT. que se superponen entre diversos países, comunidades e individuos. Esta situación se da particularmente en los casos en los que diferentes culturas tienen, totalmente o en parte, un pasado o un patrimonio común. Por otra parte, cada grupo comunitario puede otorgarle la prioridad a ciertos elementos de un patrimonio común y no a otros, por ejemplo, un grupo puede considerar que se está dando un trato ofensivo a un elemento concreto de sus CC.TT., mientras que otro grupo puede pensar que ese mismo trato del mismo material o de un material parecido resulta inocuo. ¿En qué situación se encuentra el posible usuario con respecto a estas diferencias? ¿Qué consecuencias tendría la autorización para usar los CC.TT. en el grupo que deniega o no da su autorización o en la persona que sólo cuenta con la aprobación de uno de los grupos? Asimismo, cabe señalar que las fronteras geográficas y políticas no siempre ayudan a decidir quién debe beneficiarse o quién es el titular de los derechos.

¿Qué postura ocupa el individuo frente a su comunidad indígena, tradicional o local? Si una persona de una de estas comunidades desarrolla CC.TT. dentro o fuera del contexto de la comunidad, ¿tiene derecho a reclamar los beneficios de esa innovación para sí misma, por ejemplo, patentándola o permitiendo su explotación exclusiva y manteniéndola en secreto para todos excepto para aquellas personas que vayan a fabricarla con arreglo a un contrato? ¿Dónde está la frontera entre los CC.TT. susceptibles de protección y el sistema actual de derechos de P.I.? Con respecto a la comunidad en sentido amplio, ¿dónde debe trazarse la línea de demarcación entre los CC.TT. que se consideran conocimientos generales (y por lo tanto parte del dominio público) y los CC.TT. que han mantenido su naturaleza susceptible de protección? ¿Qué características deben tener los CC.TT. que están actualmente en el dominio público para justificar que se restrinja de alguna forma su pertenencia al mismo? ¿Puede en algún caso retirarse la condición de pertenencia al dominio público y, en caso afirmativo, en qué circunstancias?

Nueva Zelandia

Los titulares de derechos y beneficiarios de cualquier ganancia derivada de la utilización y explotación de CC.TT. y ECT deberían ser los titulares de CC.TT. y los creadores de ECT y sus comunidades.

Para los maoríes la respuesta a esta cuestión sobre los CC.TT. y las ECT ha sido generalmente *ngā uri* – todos los que *whakapapa* (descienden genealógicamente). La estructura de las comunidades maoríes se organiza en *iwi* (tribus), *hapū* (subtribus), y *whānau* (familia). Los maoríes a los que se ha consultado sobre esta cuestión han señalado que la distribución de beneficios y titularidad de los derechos pueden causar problemas, debido a la estructura consuetudinaria de las comunidades. Algunos elementos de los CC.TT. y las ECT pueden pertenecer a más de una *iwi*, *hapū*, o *whānau*; y ciertos elementos de los CC.TT. y las ECT pueden variar ligeramente de una *iwi*, *hapū*, *whānau* a otra pero pueden seguir siendo básicamente los mismos CC.TT. y las mismas ECT.

Asimismo, deben determinarse los derechos de los creadores individuales en oposición a los de la comunidad a partir de la que surgieron los CC.TT. y las ECT. Se trata de saber en qué casos tiene que analizarse en profundidad y definirse la diferencia entre CC.TT. y ECT antes de determinar qué tipo de derechos deben concederse y quiénes deben ser sus titulares. Tal como señalamos en nuestra respuesta a la pregunta 1, los conocimientos tradicionales están sujetos a las leyes y protocolos consuetudinarios y a menudo son propiedad colectiva o están

guardados colectivamente, y algunos de sus elementos pueden ser sagrados/secretos o estar en el dominio público. Las innovaciones o expresiones basadas en los conocimientos tradicionales pueden ser creaciones individuales, quizá acompañadas de responsabilidades hacia la comunidad, que pueden estar sujetas a leyes formales y a leyes consuetudinarias.

Algunos interesados maoríes han dicho que esta cuestión de los titulares de derechos y beneficiarios por el momento se encuentra “en una canasta demasiado difícil”. Sin embargo, también se reconoce que el sistema para gestionar la titularidad de los derechos y la distribución de los beneficios tiene que diseñarse con arreglo a las normas y costumbres indígenas.

La utilización de los CC.TT. y las ECT también puede beneficiar a todos los neozelandeses y a la humanidad en general, y contribuir a su bienestar, y a menudo potencia la innovación, la creatividad y el crecimiento no sólo en las comunidades indígenas y locales a partir de las que se originaron sino de una forma más amplia. El reconocimiento de las contribuciones a la innovación y creatividad es importante y está de conformidad con los objetivos y principios que subyacen en los sistemas de derechos de P.I. y, por consiguiente, cualquier atribución de derechos o distribución de beneficios generados por la utilización de CC.TT. y ECT debería reconocer justa y equitativamente estas contribuciones. Es importante reconocer las fuentes de innovación y creatividad o las contribuciones de los titulares de conocimientos tradicionales, independientemente de quién esté utilizando los CC.TT. o las ECT. Los individuos u organizaciones consultados afirman que es fundamental que se reconozca la *whakapapa* (a saber, la fuente) de los CC.TT. y las ECT.

Asimismo, habrá que realizar más análisis a fin de definir lo que significa “beneficio”. Existen muchos tipos de beneficios que pueden derivarse de la utilización de CC.TT. y ECT. No nos ocupamos simplemente de los potenciales beneficios económicos. Hay que analizar más esta cuestión a fin de examinar en profundidad la naturaleza y la extensión de la protección que debería proporcionarse en el contexto de los derechos de P.I., y qué tipos de beneficios deberían proporcionarse a los propietarios de derechos de P.I. y a los beneficiarios o titulares de los CC.TT. y las ECT.

III. ¿QUÉ OBJETIVO DEBE ALCANZARSE AL OTORGAR LA PROTECCIÓN CON ARREGLO AL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (DERECHOS PATRIMONIALES, DERECHOS MORALES)?

Nicaragua

En lo que respecta a los derechos económicos, debe garantizarse la naturaleza exclusiva de la explotación de los conocimientos, así como el derecho a autorizar o prohibir dicha explotación, mientras que los derechos morales son derechos colectivos (regionales o comunitarios).

Canadá

Antes de determinar si debe proporcionarse a los CC.TT. protección por P.I. o protección *sui generis* y si ésta debería tener forma de derecho económico o moral, los Estados miembros deberían ponerse de acuerdo en lo que respecta a los objetivos que se quieren alcanzar al otorgar protección a los CC.TT. Asimismo, un consenso sobre los objetivos puede estar en la base de un debate sobre si pueden utilizarse los mecanismos existentes. Entretanto, resulta importante mantener una máxima flexibilidad a fin de que se respeten las diversas tradiciones jurídicas de los Estados miembros.

Al buscar “protección” para sus CC.TT. las comunidades pueden tener diferentes objetivos, tales como la preservación, la promoción de la diversidad, y la promoción de la creatividad y de la innovación. En este contexto, existe cada vez más consenso entre diversas delegaciones respecto a que la prevención de la “apropiación indebida” debe ser el más importante de los objetivos fundamentales. El Canadá ha señalado que comparte el interés en lo que respecta a la prevención de la “apropiación” y utilización indebidas de CC.TT. También está de acuerdo en que el término “apropiación indebida” es muy complejo y varios Miembros han señalado que este término puede dar lugar a diversas interpretaciones. Al mismo tiempo, en la forma en la que el CIG define su objetivo común en el contexto de los CC.TT. debería tenerse en cuenta el impacto que un objetivo de este tipo puede tener sobre los usuarios y el interés público general, en especial, cuando la P.I. pueda tener un impacto sobre otras iniciativas políticas importantes.

Australia

Australia defiende firmemente la idea de que el primer paso fundamental en la elaboración de cualquier enfoque relativo a la protección de los CC.TT., al relacionarse con la P.I., es determinar los objetivos políticos y principios rectores generales pertinentes. Sólo cuando se elaboren los objetivos y principios de forma que se articule claramente la finalidad deseada con relación a la protección, será posible desarrollar los instrumentos apropiados para alcanzar dichos objetivos. Cabe indicar que, para lograr los objetivos políticos que se derivan de los muchos contextos de los CC.TT., es posible que haya que desarrollar una amplia gama de instrumentos políticos. Este enfoque puede ser preferible al enfoque de la “talla única”. Los Estados miembros deberían tener libertad para aplicar los instrumentos políticos más apropiados a su situación nacional. Es importante que toda medida que se desarrolle para proteger los CC.TT. sea coherente y complementaria con los regímenes de P.I. existentes.

Australia reconoce la importancia de abordar las cuestiones del respeto, la conservación y la preservación de los conocimientos tradicionales y admite que, al ocuparse de los aspectos relacionados con los CC.TT., es preciso tener en cuenta el contexto en su totalidad. No obstante, esto no implica necesariamente que todos los elementos situados en la intersección entre los CC.TT. y la P.I. tengan que abordarse de la misma manera o con la misma prioridad. Teniendo en cuenta la gran labor realizada hasta ahora por el CIG, y su utilidad, podría resultar beneficioso centrar los debates y análisis en ejemplos prioritarios concretos de utilización indebida de CC.TT. De esta forma, la OMPI puede estudiar detenidamente las áreas que suscitan especial preocupación y cuyas repercusiones negativas sobre las comunidades se consideran hoy en día más graves, y también pueden analizarse todas las opciones políticas para abordar esas cuestiones.

En el transcurso de esta labor, sería conveniente estudiar minuciosamente las repercusiones que tiene este uso en las comunidades afectadas y, en consecuencia, qué nivel de medidas se requiere (en general, las medidas deberán ser proporcionales a los perjuicios efectivos). Asimismo, sería importante al realizar esta tarea analizar con detenimiento todas las formas de abordar los problemas. Entre otros medios, se podrían estudiar los métodos no jurídicos que puedan aportar soluciones, o soluciones parciales; la manera de aplicar el marco jurídico general en vigor actualmente para que aporte soluciones; la forma de aplicar el sistema actual de derechos de P.I. para que aporte soluciones; y el modo de desarrollar los conceptos de este sistema de derechos de P.I. para que aporten soluciones.

Un análisis específico de estas características contribuiría a concretar los problemas que se plantean, el alcance de los daños experimentados y las soluciones más apropiadas y ajustadas. Asimismo, permitiría poner a prueba los objetivos políticos y principios rectores generales que se hayan acordado para evaluar su adecuación a la finalidad que se persigue. De este modo, se podrían abordar ámbitos que se consideran muy prioritarios de manera que los titulares de los CC.TT. se beneficien con mayor rapidez que si se consideran todas las cuestiones a la vez o se busca una solución que responda a todos los problemas.

Nueva Zelanda

- Impedir la apropiación y utilización indebidas, y la falsificación de CC.TT. y ECT, proporcionando a las comunidades los medios necesarios para controlar las formas en que se utilizan los CC.TT. y las ECT fuera del contexto consuetudinario y tradicional.
- Promover y estimular que los individuos y organizaciones que deseen utilizar CC.TT. y ECT lleven a cabo prácticas más respetuosas, de conformidad con las leyes y protocolos consuetudinarios en relación con los CC.TT. y las ECT.
- Reconocer y fortalecer la aplicación de leyes y protocolos consuetudinarios en relación con los CC.TT. y las ECT.
- Garantizar el reconocimiento de la contribución que los titulares de CC.TT. y ECT realizan a la innovación y la creatividad – derecho moral al reconocimiento (¿de quién y de dónde?) Garantizar la adecuada atribución de derechos a través del reconocimiento de la contribución de los CC.TT. y las ECT a los esfuerzos creativos.
- Promover la gestión justa y equitativa y la repartición de los beneficios (económicos o de otro tipo) derivados de la utilización de CC.TT. y ECT.
- Reconocer las responsabilidades colectivas asociadas a los CC.TT. y las ECT. Aunque actualmente la ley reconoce los derechos económicos y algunos derechos morales de los descendientes de los *tipuna* (ancestros) que convierten los *mātauranga* (conocimientos maoríes) en expresiones culturales tradicionales, esos creadores son vistos por algunos maoríes como un simple vehículo de expresión de los CC.TT. Consideran que los derechos consuetudinarios en relación con los CC.TT. y las ECT son sobre todo derechos colectivos, con una expresión individual. La dimensión colectiva consuetudinaria de los derechos debería reconocerse en los sistemas de derechos de P.I.

Algunos argumentan que existe tensión entre los modelos legislativos y visiones del mundo occidentales o europeos y las leyes, costumbres y visiones del mundo indígenas. La mercantilización de la cultura puede verse como un ejemplo de esta divergencia entre las leyes y visiones del mundo. Un principio a tener en cuenta al acordar protección por P.I. a los CC.TT. y las ECT debe consistir en equilibrar los puntos de vista y expectativas enfrentados en relación con la utilización de los CC.TT. y las ECT para satisfacción general de todos. Esto también está de conformidad con los objetivos de promover la libertad intelectual y artística, la investigación y el intercambio cultural en condiciones equitativas, y aumentar la seguridad, la transparencia y la confianza mutua.

Otros objetivos secundarios, pero que también tienen su importancia, serán:

- Aumentar la sensibilización, nacional e internacional, en relación con cuestiones que conectan los CC.TT. y las ECT con los derechos de P.I. (por ejemplo, a través de la educación y los mecanismos sobre prácticas óptimas).
 - Ayudar a las comunidades indígenas y locales a preservar, desarrollar, y promover sus CC.TT. y ECT y apoyar sus estructuras tradicionales de creación, preservación y transmisión.
 - Colaborar en la salvaguardia y promoción de la integridad y diversidad culturales.
 - Promover las relaciones laborales positivas que generan respeto mutuo, confianza y cooperación, o los mejoran.
 - Garantizar la conformidad con otros derechos indígenas nacionales e internacionales y derechos de las comunidades locales, y promover su respeto y observancia.
-

IV. ¿QUÉ CONDUCTAS DEBEN CONSIDERARSE INACEPTABLES/ILEGALES EN RELACIÓN CON LOS CC.TT. SUSCEPTIBLES DE PROTECCIÓN?

Nicaragua

La explotación y comercialización individual y los cambios en los procesos de preparación o producción que no cumplen con la transmisión de estos conocimientos y que se han diseñado para una explotación a gran escala por parte de empresas que no pertenecen a la comunidad.

Canadá

Históricamente, las comunidades e individuos de todo el mundo han utilizado materiales, ideas y otros elementos culturales pertenecientes a otras culturas. En muchos casos estas acciones pueden considerarse actos positivos de “apropiación” por los que los individuos y las comunidades no expresan preocupación. Sin embargo, pueden existir casos en que los individuos y comunidades pueden considerar esos actos en relación con los CC.TT. como “apropiación indebida”.

Cada vez existe mayor consenso entre diversas delegaciones respecto a que la prevención de la “apropiación indebida” debe ser el principal objetivo fundamental. El Canadá ha señalado que comparte el interés en lo que respecta a la prevención de la “apropiación” y utilización indebidas de CC.TT. Asimismo, está de acuerdo en que el término “apropiación indebida” es complejo, y una serie de Estados miembros han indicado que “apropiación indebida” puede significar cosas diferentes para distintas personas. Al mismo tiempo, en la forma en la que el CIG define su objetivo común en el contexto de los CC.TT. debería tenerse en cuenta el impacto de un objetivo de este tipo sobre los usuarios y el interés público general. Si la “apropiación indebida” va a ser el centro de la labor futura del CIG, se debería procurar alcanzar un consenso sobre qué conductas concretas en relación con los CC.TT. constituyen “apropiación indebida”.

Australia

El CIG ha centrado su atención en el concepto de la prevención de la apropiación indebida de los CC.TT. Este concepto se ha desarrollado a partir del intercambio de experiencias nacionales. Como indicaba Australia en sus comentarios recogidos en el documento WIPO/GRTKF/IC/9/5, el término “apropiación indebida” puede cubrir una amplia gama de cuestiones y requiere ser objeto de más debates y análisis por parte de los Estados miembros. ¿Cómo interactuaría este concepto con el de competencia desleal en virtud del artículo 10bis del Convenio de París? Una vez más, es importante disponer de una serie de objetivos claros y consensuados antes de diferenciar actos que puedan considerarse inaceptables o ilegales. Al hacer esta diferenciación, se deberán tener en cuenta los medios de protección que ofrece el sistema de derechos de P.I. para combatir la apropiación indebida y qué actos se prestan a abordarse mediante formas de protección distintas de las de los derechos de P.I., como la ley sobre la denigración por motivos culturales, históricos o raciales.

Nueva Zelandia

- La utilización de CC.TT. y ECT sin una consulta previa adecuada con sus titulares o sin su permiso.
 - La reproducción, adaptación y comercialización no autorizadas sin compartir los beneficios (económicos o de otro tipo) con los titulares de los CC.TT. o las ECT.
 - La utilización de CC.TT. y ECT que vaya en contra de la legislación, las prácticas y los protocolos consuetudinarios en relación con dichos CCTT. o dichas ECT, o no los respete. Por ejemplo, la apropiación de una lengua tradicional para utilizarla fuera del contexto cultural consuetudinario sin autorización de los pueblos indígenas o comunidades locales cuya lengua es objeto de apropiación.
 - La utilización de CC.TT. y ECT de una forma que resulte insultante, degradante, o cultural o espiritualmente ofensiva.
 - La fabricación, importación/exportación o venta de recuerdos tradicionales falsos como “indígenas” o “auténticos” y el fraude en lo que respecta a la integridad de los CC.TT. y las ECT; o el intento de asociar y comercializar productos o servicios de una forma que conduzca a los consumidores a asumir que los titulares de los CC.TT. o las ECT apoyan o aprueban el producto o servicio en cuestión.
 - El acceso no autorizado a CC.TT. y ECT sagrados o secretos, como puedan ser cementerios u objetos de importancia espiritual y cultural, o la revelación de información sobre éstos.
 - El no reconocer o mencionar la fuente de una innovación o creación basada en la tradición ni a los mismos titulares de los CC.TT. y las ECT. El no reconocer o mencionar la contribución que los CC.TT. y las ECT hacen a las innovaciones y esfuerzos creativos.
 - El garantizar derechos de P.I. erróneos o inválidos sobre CC.TT. y ECT u obras derivadas de los mismos. La creación de obras o inventos que sean adaptaciones o derivados de CC.TT. y ECT es una conducta que requiere ser analizada más en profundidad a fin de determinar lo que se considera inaceptable o ilegal.
-

V. ¿DEBEN EXISTIR EXCEPCIONES O LIMITACIONES A LOS DERECHOS QUE DIMANAN DE LOS CC.TT. SUSCEPTIBLES DE PROTECCIÓN?

Nicaragua

Sí, sobre todo con fines médicos en caso de emergencia nacional.

Canadá

Parece prematuro abordar las excepciones y limitaciones en este momento, debido a que su naturaleza y ámbito dependen de una serie de factores, tales como el ámbito de la materia susceptible de protección y el tipo de protección que se proporciona a los CC.TT. Además, las excepciones y limitaciones inadecuadas e ineficaces desde el punto de vista administrativo pueden terminar sofocando la creatividad e innovación en la sociedad y la economía. Por consiguiente, el impacto sobre los creadores/inventores, los usuarios y el interés público general debe tenerse en cuenta cuando se desarrollan las excepciones y limitaciones apropiadas a cualquier tipo de derechos que dimanen de las CC.TT. susceptibles de protección.

Australia

Habida cuenta de que aún quedan por resolver cuestiones importantes sobre los objetivos y sobre cómo alcanzarlos, sería prematuro determinar lo que puede considerarse una excepción o limitación. Sin embargo, cabe indicar que esta cuestión encierra una gran relevancia a la hora de definir cuidadosamente el dominio público en lo que respecta a los CC.TT.

Nueva Zelandia

Señalamos que los elementos que no se deriven de actividades intelectuales y del patrimonio en sentido amplio (por ejemplo, restos humanos y lenguas en general) están excluidos de la definición de la OMPI de CC.TT. y ECT. Sin embargo, puede haber situaciones en las que dichos elementos culturales sean objeto de apropiación y utilización indebidas, o de falsificación en el contexto de los derechos de P.I., y, por consiguiente, también deben formar parte del análisis.

Tal como se señaló en respuesta a la pregunta 4, la creación de obras o inventos que sean adaptaciones o derivados de los CC.TT. y las ECT es una conducta que requiere un análisis más en profundidad a fin de determinar lo que se considera inaceptable o ilegal, y dónde pueden establecerse limitaciones en el contexto de los derechos de P.I.

Las excepciones y limitaciones que contempla actualmente el sistema de derechos de P.I. implican que una parte significativa de los CC.TT. no puede obtener protección. Se necesitan nuevos derechos y mecanismos *sui generis* a fin de hacer frente a esta brecha en la protección. Hasta que se elaboren estos derechos y mecanismos, será difícil calcular qué excepciones o limitaciones dimanarán de ellos. Al responder a esta pregunta, no resulta apropiado referirse únicamente a los tipos de excepciones y limitaciones de la P.I. actual. Las excepciones y limitaciones deberían basarse en la legislación, las prácticas y los protocolos consuetudinarios en relación con los CC.TT. y las ECT, así como en los objetivos y principios humanitarios y medioambientales que los Estados miembros acuerden que deben tener preferencia.

VI. ¿POR CUÁNTO TIEMPO DEBE OTORGARSE LA PROTECCIÓN?

Nicaragua

De forma indefinida.

Canadá

Parece prematuro abordar la duración de la protección en este momento, debido a que dependerá del tipo de protección que se otorgue a los CC.TT. De hecho, el enfoque previsto y los factores a examinar dependerán de si la protección se concede mediante una afirmación de derechos o a través de medidas defensivas. La duración apropiada de la protección puede verse influida por diversos factores tales como el objetivo de la protección, el ámbito de la materia a proteger y las excepciones conexas.

Algunos Estados miembros y observadores han pedido protección a perpetuidad, mientras que otros han sugerido que el mejor enfoque puede ser contemplar plazos de protección que estén más centrados en un objetivo particular y la materia objeto de protección. La protección a perpetuidad de los CC.TT. muy probablemente plantearía problemas a los creadores/inventores y usuarios, y seguramente tendría consecuencias para la sociedad en general. Una protección perpetua por P.I. para los CC.TT. también podría plantear problemas en otros foros como, por ejemplo, los que están buscando promover la diversidad cultural o proteger el patrimonio cultural inmaterial.

En relación con la P.I., no existe una sola norma nacional o internacional sobre la duración de la protección para todas las formas de materia protegida. Aunque la protección a perpetuidad no es desconocida en el derecho de P.I., dicha protección es la excepción y no la regla. En la mayor parte de los casos, la duración de la protección es para un período limitado de tiempo a fin de apoyar los objetivos de estimular la creatividad y la innovación y de promover la difusión de la información.

Australia

La duración de toda protección dependería, una vez más, del objeto de la protección y de los fines que se persigan.

Nueva Zelandia

La protección debe concederse a perpetuidad, o hasta que ya no exista nadie que *whakapapa* (esté genealógicamente conectado) con la fuente de los CC.TT. o las ECT, o mientras haya *uri* (descendientes) que quieran hacer valer sus derechos.

La mayor parte de los derechos de P.I. existentes ponen límites a la duración de la protección. Las partes interesadas maoríes han indicado claramente que no debe haber límites por “motivos económicos o relacionados con la innovación” en la duración de la protección general concedida a los CC.TT. y las ECT. Sin embargo, algunas partes interesadas han indicado que la duración de los derechos de tipo económico acordados en relación a los CC.TT. y las ECT puede ser más corta, pero que los derechos morales deben ser a perpetuidad tal como se define en la relación consuetudinaria con esos CC.TT. y esas ECT.

VII. ¿EN QUÉ MEDIDA OTORGAN PROTECCIÓN LOS DERECHOS DE P.I. VIGENTES? ¿QUÉ VACÍOS DEBEN LLENARSE?

Nicaragua

No existe protección para los conocimientos tradicionales en Nicaragua.

Canadá

Tanto las leyes y políticas de P.I. como las que no son de P.I. pueden, dependiendo del objetivo, proteger a los CC.TT. Se ha expresado preocupación respecto a los “vacíos” existentes en el derecho de P.I. debido a que sólo las personas de la comunidad de la que proceden los CC.TT. podrán utilizarlos como base de un nuevo invento. El que esto represente una brecha en la protección por P.I. puede depender de diversos factores y, en especial, del objetivo político de la protección. Por ejemplo, ¿el objetivo político es permitir sólo a los miembros de la comunidad de origen acceder a todos los CC.TT. de su comunidad y utilizarlos, o es lograr dicha protección sólo para una categoría seleccionada de CC.TT.? Deben tenerse en cuenta las consecuencias de una protección tan amplia para los usuarios y el interés público general. La identificación y el examen de los vacíos del sistema actual permitirían el avance de la labor del Comité para beneficio de los Estados miembros.

Australia

Australia no ha realizado un análisis sistemático de la medida en la que los derechos de P.I. ya proporcionan protección a los CC.TT. ni sobre qué vacíos deben llenarse. Como se ha examinado en términos generales en varios documentos de la OMPI, las patentes, los diseños, las marcas, los derechos de obtentor, el derecho de autor, la información confidencial y las legislaciones sobre competencia desleal tienen una función evidente que desempeñar. Es posible que haya que alterar los conceptos tradicionales relativos a la P.I. para abordar objetivos particulares en materia de CC.TT. Conceptos jurídicos más generales como el derecho contractual, el enriquecimiento injusto, la conducta inmoral y el fraude también pueden tener un papel importante. En el marco de los sistemas jurídicos de los países que tienen una tradición de Derecho consuetudinario anglosajón, estos asuntos pueden resolverse mediante jurisprudencia. Esta forma de Derecho consuetudinario anglosajón tiene unas fuertes repercusiones a largo plazo, al tiempo que se ajusta a la progresiva evolución judicial.

El Gobierno australiano ha empezado a introducir una legislación que tiene por objetivo proporcionar capacidad jurídica en ciertas circunstancias a las comunidades indígenas a fin de salvaguardar la integridad de las obras creativas que encarnan los conocimientos tradicionales de una comunidad. La labor sobre dicha legislación está avanzando.

El *Australian Cultural Ministers Council* (CMC) también ha decidido dar prioridad a las cuestiones de propiedad intelectual indígena. Los objetivos fundamentales en relación con la propiedad intelectual indígena que tiene el CMC son:

- promover unos vínculos más estrechos entre las empresas y las comunidades indígenas en lo que respecta a la propiedad intelectual indígena a fin de estimular una mayor independencia económica;

- incrementar la sensibilización de las comunidades indígenas, los consumidores y las empresas sobre la necesidad de proteger la propiedad intelectual indígena; y
- mejorar la coordinación de las redes existentes de organizaciones indígenas y no indígenas que trabajan en el área de la propiedad intelectual indígena.

Se está terminando de preparar una guía para la gestión de la propiedad intelectual a fin de hacer avanzar estos objetivos.

Como se propuso en la respuesta a la pregunta 3, puede resultar útil analizar ejemplos prioritarios concretos de lo que puede considerarse una utilización indebida de los CC.TT. En estos análisis se podría estudiar de qué forma podrían aplicarse el sistema de derechos de P.I. y el marco jurídico general en vigor para alcanzar los objetivos fijados. Esto sería especialmente provechoso si se considerasen las posibilidades inherentes a los actuales conceptos jurídicos generales y relativos a la P.I., ya que, si bien puede que no se haya recurrido hasta la fecha a estos conceptos en el ámbito de los CC.TT., pueden prestarse a esta aplicación, aún desconocida.

Es preciso reconocer que puede haber divergencias de opinión entre los Estados miembros en lo que respecta a la existencia de vacíos. Así, una cuestión que Australia considera que el sistema existente de derechos de P.I. podría abordar convenientemente es la concesión errónea de patentes que implican el uso de CC.TT. En particular, se considera que la revocación de patentes relacionadas con el uso de la margosa y la cúrcuma constituye un ejemplo de cómo el sistema de patentes existente ha sido capaz de reconocer los CC.TT. conocidos como parte del estado de la técnica. Se ha lamentado el hecho de que los procedimientos de revocación en estos casos hayan resultado caros y hayan llevado mucho tiempo y, por lo tanto, se afirma que se necesitan otros mecanismos que garanticen que no se vuelvan a conceder este tipo de patentes. Una cuestión que se plantea es cómo se podría garantizar mediante un sistema alternativo, como un sistema de divulgación obligatoria de los CC.TT., que los errores, que inevitablemente se producen en todo sistema, se subsanen de una forma más barata y rápida que la revocación. Australia respalda plenamente los esfuerzos destinados a aumentar la información que se pone a disposición de los examinadores de patentes de modo que, desde un principio, se cometan menos errores. Sin embargo, Australia sigue teniendo la certeza de que la falta de un sistema obligatorio de divulgación de CC.TT. es un vacío en el sistema actual de derechos de P.I.

También surge a este respecto la cuestión de la proporcionalidad entre las respuestas a los problemas y los problemas en sí. De este modo, cabe preguntarse si la introducción de un sistema de divulgación entrañaría una carga para el sistema de patentes desproporcionada respecto de a) los posibles resultados de esta solución y b) el alcance y las repercusiones del problema que se está tratando de solucionar.

Nueva Zelandia

Los mecanismos de propiedad intelectual se elaboraron sin tener presente la protección de los CC.TT. y de las ECT. Por consiguiente, Nueva Zelandia está planteándose el desarrollo de modelos de protección *sui generis* para la propiedad cultural e intelectual de los maoríes, que vayan más allá de los sistemas de derechos de propiedad intelectual existentes. Somos conscientes de que la protección de los derechos de propiedad intelectual es sólo uno de los aspectos de un conjunto más amplio de preocupaciones en relación con la protección de los conocimientos tradicionales y el patrimonio cultural. Para Nueva Zelandia esto significa que a escala nacional se están buscando medios alternativos para proporcionar protección, además de los que puedan adaptarse en virtud del régimen existente de propiedad intelectual.

Nueva Zelandia apoya la continuación de la labor del Comité sobre sistemas *sui generis* para proteger los elementos de los conocimientos tradicionales que no están cubiertos por los sistemas existentes de derechos de propiedad intelectual.

La cuestión de en qué medida el actual sistema de derechos de P.I. proporciona en Nueva Zelandia protección para los CC.TT. y las ECT se planteó en el contexto de la demanda WAI 262¹⁰ en virtud del Tratado de Waitangi. Los querellantes, los Ngāti Kuri, Ngāti Wai y Te Rarawa¹¹, describieron la relación existente entre los *mātauranga Māori* (conocimientos maoríes) y los derechos de propiedad intelectual de la forma siguiente:

“El sistema de derechos de propiedad intelectual proporciona una forma muy limitada de protección a los *mātauranga* y no refleja ni protege los *valores* subyacentes a los sistemas de conocimientos tradicionales o consuetudinarios. Por ejemplo, los derechos de propiedad intelectual son derechos privados, monopolísticos que proporcionan protección económica a los titulares de esos derechos y tienen una duración limitada. Mientras que los *mātauranga Māori* (tal como ocurre con los sistemas de conocimientos indígenas de todo el mundo) son de naturaleza colectiva, se transmiten de generación en generación y son esenciales para el mantenimiento y supervivencia de la cultura y la identidad maoríes.

Esto no significa que el sistema de derechos de P.I. no proporcione ningún tipo de protección a los maoríes. Ha habido muchos ejemplos en los que los maoríes han utilizado las marcas y el derecho de autor para proteger los aspectos comerciales de sus obras. Para los querellantes, la cuestión fundamental es que el sistema de derechos de P.I. se limita a la protección de los derechos *económicos y comerciales*. No se elaboró para proteger los *valores culturales y la identidad* conexos a los *mātauranga Māori*.”

¹⁰ El Tribunal Waitangi es una comisión de encuesta establecida por ley a fin de examinar los alegatos de incumplimiento del Tratado de Waitangi (el documento fundacional de Nueva Zelandia) e informar al respecto. Los querellantes en la demanda WAI 262, también conocida como la demanda sobre la fauna y la flora, han planteado preocupaciones en relación con los derechos de P.I. y la protección de los *mātauranga Māori*.

¹¹ Tres tribus maoríes de la parte norte de Nueva Zelandia.

Algunos aspectos de los derechos de P.I. existentes pueden utilizarse para proteger los CC.TT. Por ejemplo, puede ser posible reivindicar derechos de autor (incluidos los derechos morales) sobre obras literarias o artísticas que reúnan los criterios exigidos en virtud de la legislación sobre derecho de autor. Sin embargo, señalamos que generalmente las comunidades indígenas y locales no disponen de los recursos (financieros y de otro tipo) necesarios para que los titulares de CC.TT. y ECT puedan gestionar y conseguir el respeto de sus derechos de P.I. a escala nacional e internacional.

Ciertas excepciones y ciertos criterios del actual derecho de P.I., tales como la novedad/estado de la técnica existente y actividad inventiva/no evidencia, contrarios a la moralidad (escandalosos u ofensivos), también pueden proporcionar motivos para que las comunidades indígenas y locales se opongan a la concesión de derechos de P.I. a terceras partes que quieran explotar de forma poco apropiada sus CC.TT. y ECT. De nuevo, se plantea la cuestión de la capacidad de las comunidades indígenas y locales de realizar dichas objeciones.

Si la innovación o creación basada en los conocimientos tradicionales cumple con los criterios para el registro es posible registrar patentes colectivas. Los conocimientos tradicionales que se transmiten de generación en generación en la mayoría de los casos forman parte del estado de la técnica, a no ser que se hayan mantenido secretos, y, por consiguiente, a menudo no serán patentables.

Asimismo, existe la posibilidad de que los titulares de ECT registren marcas, marcas de autenticidad (por ejemplo, Toi Iho – marca maorí) y diseños en relación con ciertos tipos de ECT que se pretenden utilizar en el comercio. Sin embargo, la protección otorgada sólo está relacionada con la utilización de esas ECT en un contexto comercial y está condicionada por ello, lo cual puede que no sea espiritual o culturalmente aceptable para todas las ECT. Por el contrario, ciertos elementos de las ECT se han convertido en parte de la cultura dominante hasta el punto de que ya no se puede decir que sean lo suficientemente distintivos para diferenciar los bienes y servicios de una marca de los de otra. En ambas circunstancias, la legislación actual sobre marcas no tiene plenamente en cuenta las realidades asociadas a la protección de los CC.TT. y las ECT.

La revisión de la Ley de Marcas de Nueva Zelanda, de 1953, introdujo una serie de medidas a fin de hacer frente a las preocupaciones de los maoríes en lo que respecta al registro inapropiado de textos e imágenes maoríes como marcas. Estas medidas adoptaron la forma de disposiciones para evitar que los individuos y las empresas registren marcas que puedan ser ofensivas para una parte significativa de la población, incluidos los maoríes.

El inciso 17 c) de la Ley de Marcas de 2002 prevé que el Comisionado de Marcas “no debe registrar como marca o parte de una marca ningún material cuyo uso o registro sea susceptible, en opinión del Comisionado, de constituir una ofensa para una parte importante de la comunidad, incluidos los maoríes.”

En relación con las marcas registradas en virtud de la ley anterior, que puedan seguir siendo consideradas ofensivas, la ley de 2002 dispone que cualquier persona (incluida una persona que haya sido "culturalmente ofendida") pueda solicitar una declaración de invalidez en virtud de la ley. Esto significa que el Comisionado de Marcas o los tribunales pueden declarar la invalidez de una marca si ésta no se puede registrar en virtud de la ley de 2002 actualmente en vigor.

La Ley de Marcas de 2002 también dispone el establecimiento de un Comité Asesor del Comisionado de Marcas. La función de este Comité tal como la define esta ley es dar su opinión al Comisionado sobre si el uso propuesto o el registro de una marca que se deriva, o parece derivarse, de un signo maorí, incluido el texto y la imagen, es o podría ser ofensivo para los maoríes.

Algunos elementos de protección también se encuentran en el principio de fraude comercial (*passing off*) del derecho anglosajón, en disposiciones jurídicas respecto a la competencia y el comercio justo, y en la ley de contratos (por ejemplo, acuerdos de confidencialidad, acuerdos de acceso y participación en los beneficios, secretos comerciales y violación de la confidencialidad). Sin embargo, ninguno de estos posibles mecanismos de protección ha sido elaborado con el objetivo fundamental de proteger los CC.TT. y las ECT, y, por consiguiente, a menudo no abordan completamente las preocupaciones y necesidades de los titulares de CC.TT. y ECT, y también a menudo requieren un compromiso por parte de dichos titulares de CC.TT. y ECT. Por ejemplo, muchos expertos en P.I. han elogiado los méritos de la ley sobre secretos comerciales como una posible opción para que los titulares de CC.TT. y ECT protejan de la apropiación indebida y la falsificación a las ECT y los CC.TT. sagrados. El compromiso puede consistir en que los pueblos indígenas y las comunidades locales que están intentando proteger estos elementos de ECT y CC.TT. sagrados, a través de la utilización de un mecanismo jurídico de este tipo, vean restringida su capacidad y libertad de transmitir y promover estos elementos sagrados de CC.TT. y ECT dentro de sus comunidades. Dichos elementos sagrados pueden terminar cerrados bajo llave y apartados de las personas y de la comunidad. Esto puede tener ramificaciones significativas en términos de supervivencia, vitalidad e integridad de la cultura.

A fin de que los instrumentos sobre secretos comerciales sean eficaces en la protección de los CC.TT. y las ECT, las disposiciones de dichos instrumentos deben estar de conformidad con las leyes y prácticas consuetudinarias, y permitir la difusión controlada de CC.TT. y ECT dentro de las comunidades indígenas y locales, sin que éstos corran el riesgo de entrar en el dominio público. Para las comunidades indígenas y locales puede resultar difícil controlar la difusión de los CC.TT. y las ECT de esta forma, y ello debido al contexto social y al predominio de las modernas tecnologías de la información como Internet. Este contexto de protección es distinto al de los conocimientos secretos de los negocios y empresas.

VIII. ¿QUÉ SANCIONES O PENAS DEBEN IMPONERSE A CONDUCTAS O ACTOS CONSIDERADOS INACEPTABLES/ILEGALES?

Nicaragua

Sanciones financieras y penas de prisión según la gravedad del delito.

Canadá

Resulta prematuro determinar si deben aplicarse sanciones o penas. Si se aplican sanciones o penas, éstas deberán ser proporcionales al daño causado y estar de conformidad con las obligaciones jurídicas internacionales del Estado miembro.

Australia

Australia considera que las sanciones o penas deben establecerse para conseguir los objetivos de las medidas adoptadas y ser proporcionales y apropiadas a los daños causados. Sólo puede debatirse de manera productiva y detallada la conveniencia de las sanciones o penas una vez que se ha llegado a un entendimiento sobre los objetivos y las medidas posibles. Como se indicó en la respuesta a la pregunta 7, antes de emprender, en caso de que se considere necesario, el estudio de otros mecanismos, debe averiguarse si pueden aplicarse las sanciones/penas en virtud de la legislación vigente. El introducir medidas sin evaluar adecuadamente su aplicabilidad, proporcionalidad al daño causado, e impacto y función, puede causar incertidumbre y no producir los objetivos deseados.

Nueva Zelandia

Puede que el proceso no esté lo suficientemente avanzado para evaluar completamente esta cuestión. Es importante que se cree una base ética y se adopten prácticas de comportamiento que concuerden con las necesidades y aspiraciones de las comunidades indígenas y locales antes de determinar qué tipos de sanciones o penas serán más eficaces para promover la observancia de estas prácticas e impedir el uso inaceptable o ilegal de CC.TT. y ECT.

Los participantes en nuestro seminario de 12 de marzo de 2007 opinaron que es necesario que exista un marco formalizado o “esencial”, y que las penas deben ser importantes y conducir a la observancia. Un grupo de participantes apoyó las sanciones económicas, como un medio que puede ser eficaz para evitar que las empresas cometan apropiación y utilización indebidas y falsificación en relación con CC.TT. y ECT en el contexto del comercio. Esto es compatible con las sanciones aplicables por infracciones de los derechos existentes de propiedad intelectual, que generalmente disponen que los infractores deban pagar algún tipo de compensación al titular de los derechos.

Se sugirió que una política de cumplimiento destinada a los usuarios de CC.TT. y ECT podía ser un medio viable para lograr los objetivos; con el tiempo, éstos deberían ir más allá de medidas voluntarias y directrices sobre prácticas óptimas.

Para el derecho de propiedad intelectual existente, las infracciones son generalmente una cuestión civil y no penal, aunque las sanciones penales son aplicables a algunos tipos de infracciones del derecho de autor. Esto significa que los titulares de derechos de P.I. deben tomar medidas contra los infractores. Si los titulares de estos derechos poseen recursos limitados y una reducida capacidad para gestionar sus derechos y tomar medidas contra los infractores, puede que ésta no sea la mejor forma de lograr la observancia de los derechos potenciales de P.I. en relación con los CC.TT. y las ECT. Las sanciones penales y la financiación adecuada por parte de los órganos responsables del cumplimiento de la ley, o una combinación de soluciones civiles y penales, pueden ser más adecuados.

La necesidad de contemplar importantes sanciones legales (económicas o de otro tipo) ha sido señalada en la mayor parte de los comentarios escritos que ha sometido el Gobierno de Nueva Zelandia sobre el proyecto de objetivos políticos y principios para la protección de CC.TT. y ECT. Asimismo, la educación y la sensibilización se consideran muy importantes para la aplicación y la observancia.

IX. ¿QUÉ CUESTIONES DEBEN ABORDARSE A ESCALA INTERNACIONAL Y NACIONAL? O DICHO DE OTRO MODO ¿CUÁL ES LA LÍNEA DIVISORIA ENTRE LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y LA NACIONAL?

Canadá

Tal como se señaló anteriormente, la forma de abordar la lista de cuestiones depende en gran medida del objetivo político que se persiga. La cuestión de qué cuestiones deben abordarse a escala internacional y cuáles a escala nacional resulta problemática. El marco jurídico nacional y las preocupaciones de los Estados miembros deben orientar la forma y la dirección de nuestros debates respecto a qué cuestiones, en caso de que las haya, deben abordarse a escala internacional. Los debates sobre cualquier forma posible de protección de CC.TT. deberían reflejar las particularidades de cada país y estar de conformidad con sus obligaciones internacionales.

Australia

Reconociendo que no se excluye ningún resultado de la labor del CIG, Australia está a favor de soluciones a las cuestiones particulares en forma de mecanismos no vinculantes, ya que éstos proporcionan una mayor flexibilidad y posibilidades de aplicación a escala nacional.

Como se planteó en la respuesta a la pregunta 3, un enfoque flexible de la protección de los CC.TT. permite garantizar que se disponga de los mecanismos adecuados para ajustarse a la diversa gama de necesidades de los pueblos indígenas y que se alcance el equilibrio apropiado entre estas necesidades y las de la comunidad en general. Esta flexibilidad debería extenderse también a la diversidad de los diferentes sistemas jurídicos de los Estados miembros.

Asimismo, reconocemos la importancia de la consulta y la cooperación con otros foros internacionales y que es fundamental que el enfoque adoptado se adecue a las disposiciones de los instrumentos internacionales para garantizar un funcionamiento continuado y óptimo del mismo.

Nueva Zelandia

A no ser que así se establezca en instrumentos internacionales bilaterales o multilaterales, la protección que se concede en Nueva Zelandia a CC.TT. y ECT no se extiende a otros Estados. La experiencia de Nueva Zelandia ha demostrado que fuera de este país se han producido muchos incidentes de apropiación y utilización indebidas y de falsificación en relación con CC.TT. y ECT, y, por este motivo, consideramos que se necesita proteger los CC.TT. y las ECT a escala internacional a fin de proporcionar a los Estados miembros y a sus ciudadanos mecanismos para evitar la apropiación y utilización indebidas y la falsificación fuera del país de origen.

Nuestra experiencia nacional ha demostrado que los individuos y organizaciones de la comunidad internacional que quieren utilizar CC.TT. y ECT indígenas de Nueva Zelandia a menudo desconocen las leyes y protocolos aplicables a dicho uso. Algunos de estas leyes y protocolos consuetudinarios son compartidos por diversas comunidades indígenas y locales de

todo el mundo. La elaboración y promoción de códigos éticos, directrices y mecanismos sobre prácticas óptimas internacionales a la intención de los usuarios de CC.TT. y ECT puede ser una forma de garantizar un cierto respeto y valoración en relación con estas leyes y prácticas consuetudinarias asociadas a la utilización de CC.TT. y ECT.

Al mismo tiempo que facilita la protección de los CC.TT. y las ECT de Nueva Zelanda en otros países, un instrumento internacional también puede limitar la capacidad de Nueva Zelanda de elaborar un sistema de protección adaptado a las circunstancias particulares del país, al tener que ser adecuado y aceptable para los grupos del resto del mundo.

En la demanda WAI 262¹² ante el Tribunal de Waitangi, las querellantes, los Ngāti Kuri, Ngāti Wai y Te Rarawa (tres tribus maoríes de la parte norte de Nueva Zelanda) señalaron que:

“Aunque se están realizando esfuerzos a escala internacional, tales como los que realiza la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), a fin de elaborar políticas y directrices para la protección de los conocimientos tradicionales, esto se está realizando dentro del sistema existente de derechos de P.I. y, por lo tanto, con sujeción a él. Nueva Zelanda tiene una oportunidad única de desarrollar un sistema nuevo e innovador derivado tanto del sistema *tikanga Māori* (protocolo y valores maoríes) como del *tikanga Pakeha* (protocolo y valores occidentales). ... Dicho marco estará compuesto por *tikanga Māori* (protocolo y valores maoríes) como punto de partida y proporcionará más protección a los maoríes mientras que al mismo tiempo proporciona más seguridad a los no maoríes que quieran acceder a los *mātauranga* (conocimientos maoríes) o colaborar con los maoríes en la investigación y el desarrollo de la flora y la fauna indígenas.”

Reiteramos nuestro comentario de anteriores sesiones respecto a que también es importante que los Estados puedan mantener la suficiente flexibilidad para encontrar soluciones y mecanismos adecuados a sus propias características y circunstancias, que son únicas. Mientras que el desarrollo de sistemas *sui generis* a escala internacional es un objetivo apoyado por muchos Estados, esto no debería excluir el desarrollo de enfoques concretos para el país o la región en relación con la protección de los conocimientos y las prácticas de las comunidades indígenas.¹³ Ello resulta especialmente importante dada la naturaleza “culturalmente diferente” de los CC.TT. y las ECT, y la posibilidad de que existan otras fuentes jurídicas nacionales de derechos en relación con los CC.TT. y las ECT que puede ser necesario tener en cuenta (por ejemplo, los derechos indígenas y humanos y el Tratado de Waitangi).

¹² El Tribunal de Waitangi es una comisión de encuesta establecida por ley a fin de examinar los alegatos de incumplimiento del Tratado de Waitangi (el documento fundacional de Nueva Zelanda) e informar al respecto. Los querellantes en la demanda WAI 262, también conocida como la demanda sobre la fauna y la flora, han planteado preocupaciones en relación con los derechos de P.I. y la protección de los *mātauranga Māori*.

¹³ Por ejemplo, en 2005 el Gobierno de Nueva Zelanda acordó proporcionar un paquete de ayuda a la Secretaría de la Comunidad del Pacífico para ayudar a desarrollar más la legislación nacional para la protección de los CC.TT. y las ECT en los países y territorios de las islas del Pacífico. El Grupo de Políticas en materia de derechos de Propiedad Intelectual, y en particular Anne Haira, trabajó con la Secretaría de la Comunidad del Pacífico a fin de elaborar directrices detalladas para el desarrollo de la legislación nacional para la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones de la cultura basadas en la Ley Tipo del Pacífico. Este trabajo regional es necesario, especialmente debido a que sólo cinco Estados insulares del Pacífico son miembros de la OMPI (Fiji, Nueva Zelanda, Papua Nueva Guinea, Samoa y Tonga).

Sin embargo, Nueva Zelanda considera que se necesitan medidas (jurídicas o de otro tipo) para conseguir protección extraterritorial de los CC.TT. y las ECT y sus titulares. Dichas medidas pueden incluir:

- medidas para impedir la apropiación y utilización indebidas y la falsificación de CC.TT. y ECT a los que se accede desde el dominio público (por ejemplo, fuentes mundiales como Internet);
- medidas para garantizar que se hacen esfuerzos razonables para identificar el origen de los CC.TT. y las ECT y quiénes son sus titulares antes de utilizarlos; y
- medidas para garantizar la atribución adecuada de los derechos de P.I. en relación con los CC.TT. y las ECT, y el reconocimiento de la contribución que CC.TT. y ECT hacen a la innovación y los esfuerzos creativos; la negociación justa del acceso a CC.TT. y ECT y a la propiedad de cualquier derecho de P.I. que pueda derivarse de su utilización; y la repartición equitativa de los beneficios derivados de la utilización de CC.TT. y ECT en el contexto del sistema internacional de derechos de P.I.

Los conceptos internacionales de reciprocidad, trato nacional y estatus de nación más favorecida son ejemplos de posibles modelos para abordar las relaciones internacionales respecto a la utilización de CC.TT. y ECT más allá de las fronteras nacionales.¹⁴

¹⁴ Las Disposiciones Tipo OMPI-UNESCO para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore y el artículo 15, 4) del Convenio de Berna, que se ocupa de las situaciones en las que el autor de una obra no publicada es desconocido, son ejemplos que pueden tenerse en cuenta.

X. ¿QUÉ TRATO DEBE DARSE A LOS TITULARES/BENEFICIARIOS DE
DERECHOS QUE SEAN EXTRANJEROS?

Nicaragua

Trato nacional (sin discriminación).

Canadá

Parece prematuro determinar el tipo de trato que debe darse a los titulares/beneficiarios extranjeros de derechos antes de decidir el tipo de protección que se otorgará a los CC.TT. e identificar a los futuros beneficiarios. El hacerlo también sería prejudicial para el resultado de los actuales debates. Si la labor futura del CIG se centra en los titulares/beneficiarios extranjeros de derechos, debe guiarse por el principio general de conformidad con las obligaciones internacionales de los Estados miembros.

Australia

Australia considera que hay que trabajar más a fin de determinar cómo deben abordarse los derechos de los titulares/beneficiarios extranjeros, teniendo en cuenta el examen a la luz de las obligaciones y los compromisos existentes. Como se indicó en la respuesta a la pregunta 2, se trata de un aspecto muy importante habida cuenta de las numerosas culturas que tienen una fuente común y del hecho de que a menudo los CC.TT. no se ciñan a las fronteras políticas.

Nueva Zelandia

Nuestra respuesta a la pregunta 9 también se aplica a esta pregunta. Los comentarios transmitidos hasta ahora por las partes interesadas indican que si Nueva Zelandia protege los CC.TT. y las ECT que se originan en su territorio nacional, también debe proteger los CC.TT. y las ECT que se originan en otros Estados, si éstos así lo desean. Sin embargo, algunos de los derechos de P.I. y de las obligaciones en relación con los CC.TT. y las ECT pueden tener su origen en fuentes legislativas nacionales que no tengan relación con la P.I. (por ejemplo, los derechos indígenas que contiene el Tratado de Waitangi). Estos derechos únicos y exclusivos no deben ser recíprocos, a no ser que así lo decidan los Estados miembros.

La protección debe aplicarse a todas las ECT y todos los CC.TT. extranjeros, y no sólo a los que provienen de países que protegen los CC.TT. y las ECT de Nueva Zelandia; y los titulares de derechos neozelandeses deben recibir el mismo trato en otros países.
