

OMPI



WIPO/GRTKF/IC/11/5(c)

ORIGINAL: Inglés

FECHA: 26 de abril de 2007

S

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
GINEBRA

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

Undécima sesión
Ginebra, 3 a 12 de julio de 2007

REPRODUCCIÓN DEL DOCUMENTO WIPO/GRTKF/IC/9/5: “LA PROTECCIÓN DE
LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES: REVISIÓN DE OBJETIVOS Y
PRINCIPIOS”

Documento preparado por la Secretaría

I. RESEÑA

1. El Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (“el Comité”) analiza en la actualidad el problema de la protección de los conocimientos tradicionales (“CC.TT.”), centrandose sus actividades con ese fin en dos aspectos:

i) examen de una lista concertada de cuestiones relativas a la protección de los CC.TT.; y

ii) examen de un proyecto de “objetivos y principios revisados en relación con la protección de los conocimientos tradicionales” (“Objetivos y principios”).

2. A continuación figura una lista de documentos sobre la protección de los CC.TT. preparados para la undécima sesión del Comité de conformidad con las decisiones tomadas en la décima sesión de este último, a saber:

i) WIPO/GRTKF/IC/11/5(a): observaciones por escrito acerca de la lista de cuestiones, presentadas entre la décima y la undécima sesiones, de conformidad con el proceso de formulación de comentarios convenido por el Comité en su décima sesión;

ii) WIPO/GRTKF/IC/11/5(b): compilación de observaciones sobre el proyecto de objetivos y principios, observaciones por escrito presentadas entre la novena y la décima sesiones, de conformidad con el proceso de formulación de comentarios convenido por el Comité en su novena sesión y en la forma convenida en la décima sesión;

iii) WIPO/GRTKF/IC/11/5(c): texto del proyecto de objetivos y principios, idéntico al texto que fue distribuido en la octava, novena y décima sesiones, que se suministra a modo de referencia para facilitar la lectura de la presente serie de observaciones.

3. Por consiguiente, esos documentos forman parte del amplio conjunto de documentos del Comité sobre la protección de los CC.TT. En el siguiente cuadro se resumen varios de los documentos fundamentales a los fines de aclarar los antecedentes en los que se basan los actuales documentos de trabajo:

Estudios, informes y análisis comparativos de la protección de los CC.TT. en los planos nacional, regional e internacional	WIPO/GRTKF/IC/3/7, WIPO/GRTKF/IC/3/8, WIPO/GRTKF/IC/3/9, WIPO/GRTKF/IC/4/7, WIPO/GRTKF/IC/4/8, WIPO/GRTKF/IC/5/7, WIPO/GRTKF/IC/5/8, WIPO/GRTKF/IC/6/4
Primer proyecto de objetivos y principios	WIPO/GRTKF/IC/7/5
Segundo proyecto de objetivos y principios(<i>co n incorporación de los comentarios presentados</i>)	WIPO/GRTKF/IC/8/5, WIPO/GRTKF/IC/9/5, WIPO/GRTKF/IC/10/5, WIPO/GRTKF/IC/11/5(c)
Comentarios formulados sobre el segundo proyecto de objetivos y principios	WIPO/GRTKF/IC/10/INF/2, WIPO/GRTKF/IC/10/INF/2 Add., WIPO/GRTKF/IC/10/INF/2 Add.2, WIPO/GRTKF/IC/INF/2 Add.3, WIPO/GRTKF/IC/10/INF/3, <i>documentos compilados en el documento</i> WIPO/GRTKF/IC/11/5/(b)
Opciones políticas y mecanismos jurídicos <i>para la puesta en práctica de los objetivos y principios</i>	WIPO/GRTKF/IC/7/6 (primer proyecto) WIPO/GRTKF/IC/9/INF/5 (segundo proyecto)
Observaciones sobre la lista de cuestiones acerca de la protección de las ECT/EF	WIPO/GRTKF/IC/11/5(a)
Documentos informativos sobre la dimensión internacional	WIPO/GRTKF/IC/6/6, WIPO/GRTKF/IC/8/6, WIPO/GRTKF/IC/9/6, WIPO/GRTKF/IC/10/6, WIPO/GRTKF/IC/11/6

II. ANTECEDENTES

3. El Comité ha examinado exhaustivamente opciones jurídicas y normativas para la protección de los CC.TT. Esa labor se ha basado en un gran número de experiencias a nivel

nacional, regional e internacional en relación con la protección de dichos conocimientos. Como parte de ese examen se ha procedido a un amplio análisis de mecanismos jurídicos nacionales y regionales vigentes, ponencias de grupos sobre diversas experiencias nacionales, elementos comunes y la protección de los CC.TT., estudios sobre la utilización de sistemas de P.I. existentes de protección de los CC.TT., elementos de protección *sui generis*, estudios de caso, estudios en curso sobre el entorno jurídico y normativo internacional así como principios y objetivos esenciales de la protección de los CC.TT. que han sido objeto de apoyo en anteriores sesiones del Comité. En documentos anteriores, enumerados en el cuadro anteriormente expuesto, se suministra toda la información disponible sobre dicha labor de base.

4. Este extenso trabajo y los amplios antecedentes de la legislación vigente se han traducido en un proyecto de objetivos y principios para la protección de los CC.TT., como fue solicitado por el Comité en su sexta sesión, proyecto revisado y examinado en el curso de las cuatro sesiones siguientes. El proyecto de objetivos y principios ha sido también objeto de amplias consultas fuera del Comité, y ha sido utilizado, incluso en forma de borrador, como punto de referencia en varios procesos de elaboración de políticas y procesos legislativos nacionales, regionales e internacionales. Varios de esos procesos se han basado directamente en el proyecto.

5. El proyecto de objetivos y principios se distribuye ahora en tanto que anexo del documento WIPO/GRTKF/IC/11/5(c) a los fines de facilitar las referencias y contribuir a una comprensión de las observaciones que figuran en el presente documento. En este último consta el texto literal del segundo proyecto de objetivos y principios que figuraba también en anexo de los documentos WIPO/GRTKF/IC/10/5, WIPO/GRTKF/IC/9/5 y WIPO/GRTKF/IC/8/5. La presente versión, en la que no se han introducido cambios desde la octava sesión, deriva de la primera ronda de examen entre sesiones por partes interesadas establecida por el Comité tras un análisis del primer proyecto, a saber, el documento WIPO/GRTKF/IC/7/5, en su séptima sesión. Por consiguiente, el proyecto sigue presentando la forma en la que fue ampliamente consultado y examinado en el Comité así como en un gran número de Estados miembros y otros procesos normativos.

6. En su novena sesión, el Comité volvió a examinar el proyecto de objetivos y principios e inició una segunda ronda de comentarios y examen entre sesiones. Los comentarios recibidos por escrito entre la novena y décima sesiones fueron publicados en Internet y distribuidos en calidad de documentos de información con la signaturas WIPO/GRTKF/IC/10/INF/2, WIPO/GRTKF/IC/10/INF/2 Add., WIPO/GRTKF/IC/10/INF/2 Add.2 y WIPO/GRTKF/IC/10/INF/2 Add.3 (inglés) y WIPO/GRTKF/IC/10/INF/3 (español). Al proyecto de objetivos y principios cabe añadir otro documento que lo complementa, a saber, un resumen de opciones de política y mecanismos jurídicos contemplados en varias legislaciones nacionales a los fines de dar aplicación a los objetivos y principios (documento WIPO/GRTKF/IC/9/INF/5 y un proyecto anterior, a saber, el documento WIPO/GRTKF/IC/7/6).

7. En lo que respecta a los resultados de la labor del Comité acerca de la protección de los CC.TT., en líneas más generales, y teniendo presente que, con arreglo a su mandato renovado, el Comité se centra hoy en la dimensión internacional de su labor sin excluir resultado alguno, cabe recordar que en anteriores debates del Comité se han abordado tres aspectos de los posibles resultados de su labor, a saber: i) contenido o sustancia; ii) forma o condición jurídica, y iii) procedimientos consultivos y otros procedimientos de trabajo necesarios a los fines de llegar a un resultado que sea objeto de acuerdo.

Aplicación de los objetivos y principios – opciones de política y mecanismos jurídicos

8. En su sexta sesión, el Comité pidió también a la Secretaría que preparara un resumen de las opciones políticas y mecanismos jurídicos para la protección de las ECT/EF, basándose en la gama completa de enfoques ya examinados por el Comité, y un breve análisis de las repercusiones políticas y prácticas de cada opción. El Comité examinó el primer proyecto en su séptima sesión (documento WIPO/GRTKF/IC/7/6) y pidió que se actualizara “a la luz de las modificaciones del proyecto de objetivos y principios fundamentales y de los comentarios recibidos”. El Comité examinó el proyecto revisado en su novena sesión (documento WIPO/GRTKF/IC/9/INF/5). Dado que el Comité ha vinculado este documento al proyecto de objetivos y principios, las futuras actualizaciones de este documento conexo dependerán de la evolución de dichos objetivos y principios.

En las secciones que figuran a continuación se exponen los objetivos y principios que fueron expuestos y distribuidos a los miembros del Comité en el documento WIPO/GRTKF/IC/10/5.

III. SUSTANCIA Y CONTENIDO DE LOS OBJETIVOS Y PRINCIPIOS

9. En el documento WIPO/GRTKF/IC/7/5 se definen esos objetivos y principios en tanto que “elementos sustantivos de la protección de los conocimientos tradicionales, en una forma que facilita la adopción de decisiones sobre el contexto y la condición jurídica que pueden asumir a escala nacional, regional e internacional”. Se decía también lo siguiente: “el contenido del presente documento no es fundamentalmente nuevo para el Comité: en él simplemente se sintetizan y se estructuran los mecanismos jurídicos vigentes y las amplias experiencias prácticas en la protección de los conocimientos tradicionales que ya han sido examinados por el Comité, tomando como base fundamentalmente las propias deliberaciones del Comité y los distintos documentos que le han sido presentados”. Por consiguiente, ese documento se elaboró sobre la base de experiencias nacionales y regionales en la protección de los CC.TT. de países y comunidades de un gran número de regiones geográficas con diferentes niveles de desarrollo económico y que habían sido objeto de estudio detenido en anteriores sesiones del Comité.

10. En el proyecto de objetivos y principios quedan comprendidos:

- i) objetivos políticos, que podrían establecer una orientación general común para la protección y un marco político coherente;
- ii) principios rectores generales, que garantizarían la coherencia, el equilibrio y la eficacia de los principios sustantivos; y
- iii) principios sustantivos específicos en los que se definiría la esencia jurídica de la protección.

11. Como en el pasado, el presente texto se presenta sin emitir juicio anticipado alguno acerca de su condición o sus consecuencias jurídicas. Sin embargo, en él se presenta de forma coherente y precisa el tipo de cuestiones específicas que habrán de ponderar los encargados de la formulación de políticas en el plano nacional, regional e internacional a la hora de considerar las formas y medios adecuados de protección de los CC.TT. Por consiguiente, en las actividades realizadas en el ámbito nacional, regional e internacional se han abordado las mismas cuestiones que se exponen en el proyecto de objetivos y principios. El propio Comité

ha examinado esas cuestiones en varias sesiones¹. Entre las cuestiones que se plantean una y otra vez, cabe señalar las siguientes:

- a) la naturaleza de lo que se consideran CC.TT. y descripciones o definiciones posibles;
- b) los criterios de protección de dichos elementos;
- c) la identidad de los titulares, depositarios y custodios de CC.TT. u otros beneficiarios de la protección;
- d) la naturaleza de la protección y, entre otras cosas, la eventual necesidad de formalidades y la función del registro y otras formas de notificación oficial;
- e) el alcance de los derechos y las excepciones;
- f) la duración de la protección;
- g) el papel de los organismos gubernamentales y otras autoridades;
- h) la relación con los sistemas convencionales de protección de la P.I., y las medidas internacionales y nacionales de carácter jurídico relativas al reconocimiento de los derechos del agricultor y la conservación *in situ* de la diversidad biológica, lo que incluye la preservación, la promoción y la protección de los CC.TT. relacionados con la diversidad biológica, así como los marcos jurídicos que regulan el acceso a los recursos genéticos y la participación en los beneficios;
- i) las medidas transitorias, la retroactividad de la protección y la función y condición del dominio público;
- j) la protección internacional y regional;
- k) el reconocimiento de los titulares extranjeros de derechos y otros beneficiarios extranjeros de la protección.

Contexto político

12. Por lo general, los sistemas de conocimientos tradicionales forman parte integrante de los sistemas de creencias y valores colectivos de las comunidades y pueden contribuir a definir la identidad cultural, además de reflejar una forma específica de concebir el mundo. Por consiguiente, los CC.TT. son importantes desde un punto de vista cultural, intelectual y espiritual para las comunidades que mantienen, ejercen y crean dichos conocimientos y velan por preservar los sistemas de dichos conocimientos. Los CC.TT. pueden también considerarse una forma de contribuir al desarrollo en la base y a crear vínculos de colaboración comercial en caso de que las comunidades opten por sacar provecho de sus creaciones e innovaciones, participar en acuerdos comerciales de productos basados en CC.TT. o incluso utilicen sus CC.TT. en aras de su propio desarrollo social y económico. Los rasgos múltiples que caracterizan los sistemas de conocimientos tradicionales plantean cuestiones políticas en relación con la protección, la promoción y la preservación de los CC.TT. y los sistemas de conocimientos y costumbres, sistemas de creencias y normas consuetudinarias que favorecen el desarrollo, la salvaguardia y la difusión en condiciones adecuadas de los CC.TT.

13. Enfocando la cuestión desde el punto de vista de la P.I., enfoque rector de la labor del Comité, la protección u otras formas de preservación de elementos de CC.TT. forman parte integrante de las políticas relativas al fomento y la protección de la creatividad y la

¹ Véanse, por ejemplo, los documentos OMPI/GRTKF/IC/2/5, WIPO/GRTKF/IC/3/7, WIPO/GRTKF/IC/3/9, WIPO/GRTKF/IC/4/7, WIPO/GRTKF/IC/4/8, WIPO/GRTKF/IC/5/7, WIPO/GRTKF/IC/5/8 y WIPO/GRTKF/IC/6/4.

innovación, el desarrollo de la comunidad y las actividades comerciales realizadas a partir de conocimientos que se llevan a cabo en la base, en la medida en que se trate de una iniciativa de las propias comunidades como parte de sus estrategias de desarrollo social y económico a largo plazo. Ahora bien, la protección de los CC.TT. plantea también problemas en otras esferas importantes de política general. A ese respecto cabe señalar la salvaguardia y la preservación de sistemas de conocimientos y del patrimonio intelectual y cultural de las comunidades; la conservación de los componentes de la diversidad biológica y CC.TT. conexos, y los mecanismos para promover el consentimiento fundamentado previo y la participación en los beneficios en condiciones equitativas; el respeto de los derechos, los intereses y las reivindicaciones de las poblaciones indígenas y otras comunidades tradicionales; el acceso a los conocimientos y el alcance del “dominio público”; los desafíos que plantea la pluralidad cultural; y la promoción de la diversidad cultural, la idiosincrasia, los valores y creencias específicas de unos y otros sistemas de conocimientos. Como han puesto de relieve numerosos participantes en las sesiones del Comité, la protección de los CC.TT. debe ser complementaria y respaldar la protección de las ECT, que a su vez respalden también la protección de los CC.TT., como parte de un enfoque global.

El significado de “protección” en un contexto político holístico

14. Los CC.TT. pueden ser objeto de “protección” de varias formas complementarias. Existen varias iniciativas políticas en curso e instrumentos jurídicos internacionales en los que se contemplan varios aspectos de la protección y que responden a reivindicaciones en cuanto a la necesidad de adoptar un enfoque holístico para dicha protección. Por protección cabe entender la salvaguardia contra la pérdida, lo que entraña, entre otras cosas, la catalogación y grabación, la creación de capacidad para respaldar los sistemas de conocimientos tradicionales, los custodios de CC.TT. y de sistemas de CC.TT. y las estructuras sociales que los preservan, hacer valer la amplia gama de derechos colectivos e individuales que pueden asociarse a los CC.TT. y a su entorno físico, cultural y jurídico, y proteger los CC.TT. contra la utilización ilegítima y apropiación indebida por terceros, por ejemplo, la apropiación indebida con fines comerciales y la utilización indebida con fines de denigración u ofensa.

15. El proyecto de disposiciones que figura en el anexo del presente documento se centra particularmente en la protección de los CC.TT. desde un punto de vista jurídico, es decir, la protección contra formas de utilización ilegítima y de apropiación indebida contempladas por lo general en el sistema de protección de la P.I., sin dejar de tener en cuenta la naturaleza y características especiales de los conocimientos tradicionales y sus sistemas, entre otras, el hecho de que sean de índole colectiva y de que sean muchos los que hayan manifestado la necesidad de evitar que se concedan nuevos derechos de propiedad específicamente relacionados con esos conocimientos. Ese ha sido precisamente el enfoque adoptado por el Comité, de conformidad con el mandato que le fuera otorgado por la OMPI al iniciar su labor. En ese sentido, y como ya se ha expuesto, cabe diferenciar lo que se entiende por “protección” de lo que se entiende por “salvaguardia” y “preservación” de los CC.TT. y sistemas de conocimientos; la protección complementa la salvaguardia y la preservación dentro de un marco político y jurídico más amplio. No hay duda de que adoptar un enfoque holístico en relación con la protección de los CC.TT. en este contexto internacional más amplio puede suponer la necesidad de reconocer y complementar instrumentos jurídicos y enfoques políticos en esferas de política pública conexas, como el reconocimiento, la preservación y la protección de los CC.TT. relacionados con la diversidad biológica con arreglo al Convenio sobre la Diversidad Biológica, el reconocimiento de los derechos de los agricultores y el sistema de protección de los recursos fitogenéticos con arreglo al Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, de la

FAO, la protección de conocimientos tradicionales y locales con arreglo a la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación, y la labor en otras instancias como el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, de las Naciones Unidas, y el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, de la Comisión de Derechos Humanos.

16. Como ya se ha observado una y otra vez en anteriores documentos, en aras de una protección, preservación y promoción amplias y holísticas de los CC.TT. es menester la complementariedad con instrumentos en otras esferas de política pública. Por ejemplo, las disposiciones sustantivas que figuran en el Anexo del presente documento tienen por finalidad específica complementar y sumarse a normativas y medidas de preservación y salvaguardia de los CC.TT. y recursos genéticos conexos, y con ese fin se formulan propuestas prácticas tanto en las propias disposiciones como en las observaciones sobre estas últimas. En el Anexo del presente documento se apunta a un principio rector general, a saber, “el principio de respeto de los instrumentos y procesos regionales e internacionales y de cooperación con los mismos”.

17. Conforme a este enfoque holístico y habida cuenta de las características específicas de las formas de protección de la propiedad intelectual (P.I.), en los objetivos y principios que se enuncian en el Anexo del presente documento se abordan las características específicas de ese enfoque global y holístico que se consideran de mayor pertinencia en lo que respecta a la legislación y política en materia de P.I. Desde una óptica de la P.I. se trata de determinar qué tipos de utilización por terceros del material protegido pueden ser objeto de autorización, qué tipo de utilización del material protegido exige el consentimiento o la autorización de los titulares de los CC.TT. de que se trate y qué condiciones o limitaciones cabe aplicar en lo que respecta a la utilización por terceros. Eso está en sintonía con la preservación de los CC.TT. y la salvaguardia de las costumbres y la transmisión de los CC.TT., aclarándose a la vez qué problemas específicos de protección se plantean en relación con la P.I.

Características específicas de la protección

18. El modelo de protección que se esboza en las disposiciones y que se desprende de los debates mantenidos en el Comité en relación con las formas de protección relacionada con la P.I. de los CC.TT. tiene las siguientes características generales:

a) Se aclara el concepto de “apropiación indebida” y se explican qué tipo de actos están prohibidos a ese respecto conforme a varias legislaciones y normativas, a saber: la adquisición o apropiación de CC.TT. por medios ilegítimos o ilícitos así como la utilización indebida de los CC.TT. y el concepto de enriquecimiento ilegítimo o la obtención de beneficios comerciales ilegítimos a partir de CC.TT.

b) Se exponen cinco aspectos específicos de lo que se considera apropiación indebida y que corresponden a los actos a los que se aluden con mayor frecuencia en los debates sobre la protección de los CC.TT. y que se contemplan en un gran número de legislaciones y normativas: i) actos directos de apropiación indebida deliberada; ii) apropiación indebida por infracción de acuerdos relativos al consentimiento fundamentado previo y a la participación en los beneficios; iii) apropiación indebida mediante iniciativas para obtener derechos ilegítimos de P.I. en relación con la CC.TT.; iv) apropiación indebida concretizada en formas de competencia desleal o enriquecimiento indebido y obtención de beneficios comerciales de forma manifiestamente injusta; y v) determinadas formas de utilización indebida deliberada y actitud ofensiva en relación con CC.TT.

- c) De conformidad con las normas internacionales vigentes en ese campo, en los principios se definen otras formas de competencia desleal, como la utilización indebida de la reputación de los titulares de CC.TT. y actos que puedan crear confusión en el sentido de inducir a pensar que se trata de productos tradicionales.
- d) En los principios se apunta a la necesidad de que sean las prácticas, normas y enfoques consuetudinarios los que rijan la protección contra la apropiación indebida de CC.TT., entre otras cosas, a la hora de determinar la participación equitativa y la participación en los beneficios.
- e) Los CC.TT. se definen en términos generales 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.
- f) Ahora bien, en el proyecto se explica que a los fines de ser 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.
- g) También cabría definir los beneficiarios de la protección de forma más rigurosa, en el sentido de que son las comunidades que generan, preservan y transmiten de una generación a otra los conocimientos en un contexto tradicional, que tienen vínculos muy precisos con dichos conocimientos y que se identifican con ellos desde una óptica cultural. Los beneficios pueden atribuirse a las comunidades como tales o a individuos específicos dentro de esas comunidades. De nuevo cabe insistir en la necesidad de que sean los protocolos, enfoques, normativas y prácticas consuetudinarios los que rijan o determinen quién tiene derecho a beneficiarse de la protección.
- h) En cuanto a las excepciones y limitaciones, se basan en la experiencia existente en la materia y responden a preocupaciones de política pública y a la necesidad de salvaguardar las prácticas, la utilización, la transmisión y el intercambio consuetudinarios de conocimientos tradicionales por los titulares de dichos conocimientos; utilidades como para usos domésticos y con fines de salud pública; y utilización debida de CC.TT. que ya están a disposición del público en general, con sujeción a la debida compensación cuando se trate de una utilización con fines industriales y comerciales.
- i) La salvaguardia de los CC.TT. contra la apropiación indebida debe permanecer en vigor hasta tanto dichos conocimientos cumplan el criterio de ser susceptibles de protección, como se menciona en el párrafo f) del presente documento.
- j) habida cuenta de la importancia que revisten los CC.TT. para la diversidad biológica, cuando se trate del acceso y la utilización de CC.TT. relacionados con la diversidad biológica deberá velarse por cumplir la normativa nacional que regula el acceso a esos componentes de la diversidad biológica.

k) En los principios se prevé una forma flexible de trato nacional, lo que vendría a ser una garantía en el sentido de que los titulares extranjeros de CC.TT. que reúnan los requisitos para beneficiarse de la protección tengan derecho a esa protección contra la apropiación y utilización indebidas de sus CC.TT., a condición de que procedan de un país que reúna las condiciones estipuladas para beneficiarse de dicha protección.

Dimensión internacional

19. El Comité ha decidido abordar íntegramente su labor en la esfera de la protección de los CC.TT. desde una óptica internacional. A los que exigen hoy resultados concretos en la esfera de la protección de los CC.TT. se contraponen los que consideran que esa labor debe complementar y no ir en detrimento de otros instrumentos o iniciativas internacionales, a lo que cabe añadir el requisito que se estipula en el mandato del Comité en el sentido de que su labor no vaya en detrimento de la labor que se lleva a cabo en otras instancias.

20. Por consiguiente, en el proyecto de objetivos y principios se define una forma de protección con arreglo a un contexto internacional holístico. A la par de otras esferas de la normativa y la política, la dimensión internacional de la protección queda reflejada en principios amplios que podrían ser aplicados e interpretados directamente por conducto de mecanismos jurídicos, administrativos y políticos nacionales. En los documentos WIPO/GRTKF/IC/10/6, WIPO/GRTKF/IC/9/6, WIPO/GRTKF/IC/8/6 y WIPO/GRTKF/IC/6/6, que complementan el presente documento, se exponen diversas consideraciones en relación con la dimensión internacional de la labor del Comité. Se trata de cuestiones más específicas ya plenamente examinadas en esos documentos, a saber:

- i) la manera en que pueden formularse y aplicarse principios internacionales en un contexto internacional;
- ii) los vínculos con otras esferas de la normativa y política internacionales; y
- iii) los medios para que los derechos de los titulares de ECT/expresiones del folclore de un país sean objeto de reconocimiento en la legislación de otros países.

Dimensión nacional

21. A la par del examen de esas cuestiones en el marco de otras iniciativas políticas y legislativas se ha ido acumulando experiencia en la protección de los CC.TT. Las lecciones que se desprendan de esa experiencia y las opciones políticas específicas que se tomen en los planos nacional y regional pueden contribuir a aclarar esas cuestiones al tiempo que el Comité sigue debatiendo el proyecto de objetivos y principios y otros proyectos de documentos. El alcance de las opciones políticas y mecanismos jurídicos para la protección de los CC.TT. en los planos nacional y regional se expone en el documento WIPO/GRTKF/IC/7/6 y en el documento revisado y actualizado WIPO/GRTKF/IC/9/INF/5.

22. En el presente documento, de carácter complementario, se ofrece información adicional sobre la aplicación de objetivos y principios en el marco de iniciativas nacionales y regionales y la adopción de medidas políticas específicas en relación con la protección de las CC.TT. En particular, se ilustran opciones políticas y los mecanismos jurídicos que han sido utilizados para poner en práctica el tipo de objetivos y principios que se propone en el anexo del presente documento y que son actualmente objeto de examen por el Comité.

IV. FORMA O CONDICIÓN JURÍDICA

23. Con arreglo al mandato del Comité, en la forma en que ha sido renovado, no se determina de antemano la forma, la condición jurídica ni la naturaleza de todo texto que derive de la labor del Comité, pero tampoco se excluye resultado de índole alguna. En lo que respecta a la posible fórmula o condición jurídica que se atribuya a todo texto resultante de la labor del Comité, en el documento WIPO/GRTKF/IC/6/6, examinado por el Comité en su sexta sesión, se exponen posibles enfoques de la manera siguiente²:

- uno o varios instrumentos internacionales vinculantes (es decir, en el sentido de que las partes contratantes tengan la obligación de aplicar las normas estipuladas en la legislación nacional), lo que incluye instrumentos independientes, protocolos relativos a instrumentos existentes o acuerdos especiales con arreglo a acuerdos ya existentes;
- una declaración en la que se expongan los objetivos y principios fundamentales y se estipulen las necesidades y aspiraciones de los titulares de CC.TT. como prioridad política (por ejemplo, en tanto que punto de partida político para una nueva fase de trabajo encaminada a obtener textos jurídicos más precisos);
- otra forma de instrumentos de Derecho indicativo o no vinculantes, como una declaración o recomendación (por ejemplo, recomendar, alentar o instar a los Estados a velar por que surtan efectos las normas estipuladas en la legislación nacional y otras políticas y medidas administrativas y no jurídicas);
- directrices o disposiciones tipo (por ejemplo, que sean el punto de partida para la cooperación, la convergencia y la compatibilidad mutua de iniciativas legislativas nacionales de protección de los CC.TT.);
- interpretaciones oficiales o influyentes de los instrumentos jurídicos vigentes (por ejemplo, que sirvan de orientación para la interpretación de obligaciones existentes de modo que aumente la protección de los CC.TT. a la que se aspira contra la apropiación y utilización indebidas u otras utilidades ilícitas).

24. Esas opciones se examinan con mayor detalle en el documento WIPO/GRTKF/IC/10/6, y más a fondo en el documento WIPO/GRTKF/IC/6/6.

V. PROCEDIMIENTOS

25. El Comité ha examinado también varias posibilidades de consulta y de elaboración de proyectos adicionales de documentos y ha estudiado las medidas de procedimiento que sería conveniente adoptar. Se trataría de medidas adicionales a las ya tomadas para promover una mayor participación de las comunidades indígenas y locales en sus sesiones, por conducto de la acreditación, de cambios de procedimiento y la creación de un fondo de contribuciones voluntarias. En su séptima sesión, el Comité examinó una serie de posibilidades a ese respecto y decidió que se iniciara un proceso de intercambio de observaciones entre sesiones a los fines de perfeccionar el proyecto de objetivos y principios. En el documento WIPO/GRTKF/IC/8/5 figura una propuesta en el sentido de organizar un nuevo proceso de formulación de observaciones entre sesiones del Comité y para “considerar la posibilidad de reforzar la participación directa del Comité y de otros órganos subsidiarios y potenciales en la elaboración de los futuros proyectos de disposiciones”.

² Párrafo 34 del documento WIPO/GRTKF/IC/6/6.

26. Entre las posibilidades examinadas están las siguientes:

- a) consultas subsidiarias o con expertos o grupos técnicos de redacción, donde se aborden, por ejemplo, cuestiones específicas o se estudie el texto desde el punto de vista de los expertos;
- b) proceso de formulación de comentarios entre sesiones, como los realizados hasta la fecha;
- c) consultas permanentes de los gobiernos nacionales con las partes interesadas, en especial con los titulares y custodios de los CC.TT., así como consultas realizadas por conducto de organismos regionales y otras instancias;
- d) medidas de procedimiento, como la organización de mesas redondas presididas por comunidades tradicionales y locales al comienzo de las sesiones del Comité Intergubernamental.

27. En el documento WIPO/GRTKF/IC/9/6 se expone más información en cuanto a esas posibilidades.

VI. ELABORACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LAS DISPOSICIONES

28. Como ya se ha señalado, en el Anexo del presente documento figura la versión más reciente del proyecto de objetivos y principios, versión exacta a la que figura en los anexos de los documentos WIPO/GRTKF/IC/8/5 y WIPO/GRTKF/IC/9/5. No se ha efectuado enmienda o actualización alguna habida cuenta de los debates en curso, del examen del presente documento en el Comité y de los procesos de consulta y examen que se han iniciado en una serie de Estados miembros. En los documentos WIPO/GRTKF/IC/7/5 y WIPO/GRTKF/IC/8/5 se suministra información detallada y se informa sobre el origen de dicho documento; en este último se exponen, en particular, las diferencias entre una y otra versión y los cambios efectuados a raíz del proceso de formulación de observaciones. A continuación se explica el calendario en relación con el proceso de elaboración.

29. El proyecto de objetivos y principios ha sido elaborado sobre la base de la labor realizada por el Comité acerca de los elementos de la protección de los CC.TT., labor que se inició en 2001. A continuación se resume el contenido de esa labor:

- a) *Segunda sesión (diciembre de 2001)*: las Delegaciones del Grupo Africano, y de Venezuela, respaldadas por las Delegaciones del Brasil, Ecuador y Egipto, solicitaron la preparación de un documento con “elementos de un eventual sistema *sui generis*”³.
- b) *Tercera sesión (junio de 2002)*: el Comité examinó el documento “Elementos de un sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales”, en el que se definen ocho elementos fundamentales⁴. Sobre la base de esos elementos, la Delegación de Noruega propuso “proporcionar protección a los conocimientos tradicionales [...], utilizando

³ Párrafos 188, 189, 190 y 191 del documento OMPI/GRTKF/IC/2/16, solicitud de la que también se deja constancia en las conclusiones del Presidente, en el párrafo 194 de ese mismo documento.

⁴ Párrafos 29 a 57 del documento WIPO/GRTKF/IC/3/8 (“Elementos de un sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales”).

el artículo 10*bis* [del Convenio de París] como modelo para examinar el marco de un sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales” y “disponer de una norma general internacional que obligue a los Estados a proporcionar protección contra la explotación desleal de conocimientos tradicionales [...] que podría complementarse con directrices de aplicación acordadas a nivel internacional”⁵. El Comité decidió preparar una versión enmendada del documento tomando en consideración la propuesta formulada por la Delegación de Noruega⁶ y determinar en qué medida sería posible otorgar una protección a los CC.TT. análogamente a la que se contempla en el artículo 10*bis* del Convenio de París en lo que se refiere a la competencia desleal⁷. El Comité invitó a formular observaciones por escrito sobre el contenido de un posible sistema *sui generis* de protección de los CC.TT. y, sobre la base de los comentarios recibidos, pidió que se elaborara un proyecto revisado de texto sobre los elementos fundamentales de la protección de los CC.TT.⁸

c) *Cuarta sesión (diciembre de 2002)*: el Comité examinó una versión revisada de los elementos fundamentales en cuestión⁹, en la que se habían incorporado la propuesta de la Delegación de Noruega y las observaciones y comentarios formulados por los miembros del Comité. Decidió, además, incorporar los elementos fundamentales de un eventual sistema *sui generis* de protección de los CC.TT. en un estudio integrado y encaminado a un “análisis más estructurado y concreto de las opciones específicas”¹⁰.

d) *Quinta sesión (julio de 2003)*: el Comité realizó un análisis comparativo de 10 normativas *sui generis* existentes en materia de protección de los CC.TT.¹¹; también tomó nota de las conclusiones de un grupo de expertos sobre experiencias nacionales en lo que respecta a dichas normativas, lo que pasó a ser el punto de partida para la elaboración del proyecto de objetivos y principios;

e) *Sexta sesión (diciembre de 2003)*: el Comité estudió con gran interés una propuesta formulada por el Grupo Africano, titulada “Objetivos, principios y elementos de uno o varios instrumentos internacionales [...]”¹². Se llegó a un acuerdo en cuanto a 10 “principios y objetivos fundamentales de la protección de los CC.TT.”¹³. El Comité convino en preparar “los primeros borradores de un resumen de objetivos políticos y principios fundamentales de la protección de los CC.TT.”¹⁴

f) *Séptima sesión (noviembre de 2004)*: el Comité examinó el proyecto de objetivos y principios sobre la protección de los CC.TT. partiendo de las propuestas, los debates y los

⁵ Párrafo 227 del documento WIPO/GRTKF/IC/3/17.

⁶ Párrafo 249 del documento WIPO/GRTKF/IC/3/17.

⁷ *Ibid.*

⁸ Párrafo 249 del documento WIPO/GRTKF/IC/3/17.

⁹ Documento WIPO/GRTKF/IC/4/8.

¹⁰ Párrafo 163.i) del documento WIPO/GRTKF/IC/4/15.

¹¹ Entre otras, las normativas del Brasil, China, Costa Rica, los Estados Unidos de América, Filipinas, la India, el Perú, Portugal, Tailandia y la Unión Africana: véanse los documentos WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4, WIPO/GRTKF/IC/5/INF/6 y WIPO/GRTKF/IC/5/INF/7.

¹² Documento WIPO/GRTKF/IC/6/12.

¹³ En cuanto a los 10 principios fundamentales de la protección de los CC.TT., véanse los párrafos 17 a 28 del documento WIPO/GRTKF/IC/6/4 y el párrafo 109 del documento WIPO/GRTKF/IC/6/14.

¹⁴ Párrafo 104 del documento WIPO/GRTKF/IC/6/4 y párrafo 109 del documento WIPO/GRTKF/IC/6/14.

enfoques documentados resultantes de las anteriores cinco sesiones¹⁵. El Comité convino en que el proyecto debía ser un punto de partida para preparar nuevos proyectos de objetivos y principios¹⁶ y solicitó “que se envíen comentarios adicionales sobre los proyectos [...] con inclusión de sugerencias de redacción específicas” y con arreglo a un calendario acordado, lo que sería un punto de partida para la preparación del siguiente proyecto¹⁷. A raíz de ello se formularon nuevos comentarios¹⁸, y se formularon propuestas específicas de redacción sobre el proyecto de objetivos y principios para la protección de los CC.TT. y las ECT. Como ya se ha señalado, esos comentarios fueron incorporados en el proyecto revisado de disposiciones a los fines de ser examinados en la octava sesión.

g) *Octava sesión (junio de 2005)*: una vez examinado el proyecto revisado (documento WIPO/GRTKF/IC/8/5), el Comité dedujo en conclusión que era amplio el apoyo que se había manifestado en relación con las iniciativas y las actividades que había emprendido en relación con los CC.TT.¹⁹ pero “tomó nota de las distintas opiniones expresadas sobre esas cuestiones”²⁰. Más adelante, en octubre de 2005, la Asamblea General de la OMPI convino en renovar el mandato del Comité para abarcar hasta el bienio 2006-2007.

h) *Novena sesión (abril de 2006)*: con arreglo a su mandato renovado, el Comité siguió examinando el proyecto de objetivos y principios (publicado sin modificación alguna en tanto que Anexo del documento WIPO/GRTKF/IC/9/5) y pidió que se procediera a un nuevo proceso de formulación de comentarios entre sesiones.

i) *Décima sesión (noviembre-diciembre de 2006)*: véase la sección VII

Distribución y referencias al margen del Comité

30. El proyecto de objetivos y principios objeto de examen por el Comité deriva, entre otras cosas, de un gran número de instrumentos jurídicos nacionales, regionales e internacionales. A su vez, ese proyecto ha sido objeto de consulta y utilizado como referencia textual directa en el marco de varias iniciativas políticas y legislativas en los planos internacional, regional y nacional. En varias iniciativas regionales y en un gran número de procesos nacionales de consulta se ha utilizado a modo de recurso el proyecto de objetivos y principios. Por ejemplo, y en lo que respecta al plano internacional, en un proyecto de propuesta para el establecimiento de un sistema internacional en materia de acceso y de participación en los beneficios, actualmente objeto de examen por la Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica se hace referencia a la necesidad de tener en cuenta la labor que lleva a cabo el Comité Intergubernamental de la OMPI en lo que respecta a los aspectos de propiedad intelectual que plantearía un sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore contra la apropiación y la utilización indebidas. En otros tantos procesos de consulta e iniciativas regionales y nacionales se ha tomado por punto de partida el proyecto de objetivos y principios.

¹⁵ Documento WIPO/GRTKF/IC/7/5.

¹⁶ Párrafo 149 del documento WIPO/GRTKF/IC/7/15.

¹⁷ Párrafo 150 del documento WIPO/GRTKF/IC/7/15.

¹⁸ Documento WIPO/GRTKF/IC/8/INF/4.

¹⁹ Párrafo 162 del documento WIPO/GRTKF/IC/8/15 Prov.

²⁰ Párrafo 163 del documento WIPO/GRTKF/IC/8/15 Prov.

31. En lo que respecta al plano nacional, cabe señalar que varios países han iniciado la formulación de sus propias medidas de protección de los CC.TT., adaptando y aplicando con ese fin el proyecto de disposiciones de la OMPI en función de las circunstancias de unos y otros países. Con ese fin adaptan de forma flexible y exhaustiva el proyecto de disposiciones de la OMPI a las circunstancias nacionales y sistemas jurídicos respectivos. Por ejemplo, en el proyecto de ley de Mongolia se aplican los objetivos políticos viii), xi) y xii) del proyecto de objetivos políticos de la OMPI; el principio rector general e); y los artículos 1 a 11, tal como figuran en el Anexo.

32. Por otro lado, varias organizaciones regionales están formulando marcos regionales de protección de los CC.TT. que se basan en gran medida en el texto del proyecto de objetivos y principios. Se trata, entre otras, de la Organización Regional Africana de la Propiedad Intelectual (ARIPO) y de la *Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle* (OAPI), que han utilizado ese texto en la elaboración de un proyecto de marco para el establecimiento de un instrumento de protección en el continente africano de los conocimientos tradicionales; también cabe citar a ese respecto a la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional (SAARC), que está elaborando un proyecto de instrumento jurídico para los países de su región en lo que respecta a la protección de los conocimientos tradicionales, aprobado en la cumbre de la SAARC en 2006 como punto de partida para seguir avanzando en esa labor.

Aplicación y adaptación internacional de los objetivos y principios de la OMPI

33. A su vez, varias organizaciones internacionales han aplicado y adaptado los objetivos y principios mencionados a la hora de elaborar instrumentos relacionados con los CC.TT. A ese respecto, cabe citar los siguientes ejemplos:

i) La Secretaría del *Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB)* está elaborando un régimen internacional en materia de acceso y de participación en los beneficios. En el proyecto de texto del Régimen Internacional se adapta y se incorpora el lenguaje utilizado en el objetivo político viii), el principio rector general f) y el artículo 1 del proyecto de disposiciones de la OMPI, que figuran entre corchetes. Se estipula también que “el Régimen Internacional [...] tomará en cuenta el trabajo de la OMPI/IGC sobre los aspectos de la propiedad intelectual de sistemas *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore contra la malversación y el mal uso”²¹.

ii) El *Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas* de la Comisión de Derechos Humanos (Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos) ha elaborado un proyecto de principios y directrices sobre el patrimonio de los pueblos indígenas. Y a ese respecto cabe decir, por ejemplo, que un proyecto de principio y directriz es una adaptación del texto de las disposiciones de la OMPI²². En el documento se plantea la necesidad de establecer un sistema de protección global en el que se integre la labor realizada por los organismos especializados de las Naciones Unidas, como el Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas, la OMPI, la Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica y la

²¹ Anexo I del documento UNEP/CBD/COP/8/6, *Ámbito*, párrafo 4.

²² Anexo del documento E/CN.4/Sub.2/AC.4/2005/3, en el que figura un “proyecto de principios y directrices sobre el patrimonio de los pueblos indígenas”, que refleja en parte los objetivos políticos ii), vii), viii), x) y los principios rectores generales d), f), h), i) y los artículos 1, 3, 4, 6, 7, 9 del proyecto de disposiciones de la OMPI.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, velando, *inter alia*, por adoptar un enfoque orientado hacia la protección de los derechos humanos en relación con la protección de los pueblos indígenas.

34. Esos ejemplos de otras instancias internacionales ponen en evidencia que la elaboración de los objetivos y principios que se ha llevado a cabo en el Comité no ha ido en detrimento de la labor realizada en otros foros que se centran en cuestiones conexas, que fue uno de los requisitos estipulados por la Asamblea General de la OMPI al otorgar el correspondiente mandato al Comité. También ponen en evidencia que, desde que fuera estudiado por primera vez por el Comité en su séptima sesión, el proyecto de Objetivos y Principios ha sido objeto de amplio interés y aplicación en los planos nacional, regional e internacional.

35. Varios participantes en las sesiones del Comité que han aplicado o adaptado el proyecto de Objetivos y Principios han formulado comentarios sobre dicho proyecto a los fines de dejar constancia de su experiencia al respecto. A su vez, esos comentarios pueden contribuir a perfeccionar el proyecto de Objetivos y Principios, lo que irá sin duda en beneficio de todo futuro texto por cuanto reflejará una experiencia concreta y práctica.

VII. DÉCIMA SESIÓN DEL COMITÉ

36. En su décima sesión (30 de noviembre a 8 de diciembre de 2006), el Comité tomó la siguiente decisión en lo que respecta a las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore (ECT/EF) y los CC.TT.:

“i) los debates comenzarán siguiendo el orden numérico de cada cuestión (véase el anexo I [del documento WIPO/GRTKF/IC/10/7 Prov.], de ser posible, en la presente sesión, y continuarán sobre esta misma base en la siguiente sesión.

ii) los documentos existentes (WIPO/GRTKF/IC/10/4, WIPO/GRTKF/IC/10/5 y WIPO/GRTKF/IC/10/6) seguirán siendo objeto de debate en su forma actual y se tomará nota de las posiciones ya expresadas en relación con estos documentos.

iii) Los debates en torno a las cuestiones sobre el tapete complementan, sin afectar, las posiciones ya expresadas en relación con documentos existentes.

iv) Se invita a las Delegaciones y a los observadores a presentar los comentarios que tengan sobre las diferentes cuestiones antes de fines de marzo de 2007. La Secretaría compilará los comentarios recibidos, según la cuestión de que se traten, y los distribuirá a fines de abril. Todos los comentarios serán publicados en Internet inmediatamente después de que sean recibidos.

v) En relación con los comentarios ya presentados sobre los documentos WIPO/GRTKF/IC/9/4 y WIPO/GRTKF/IC/9/5, la Secretaría preparará dos cuadros (uno sobre los conocimientos tradicionales y otro sobre las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore), cada uno con dos columnas. En la primera columna aparecerán los títulos de las disposiciones de los documentos WIPO/GRTKF/IC/9/4 o WIPO/GRTKF/IC/9/5, según sea el caso, junto con los títulos “generales” bajo la rúbrica “Cuestiones”. En la segunda columna, y debajo del nombre de cada Delegación u observador, aparecerán los comentarios hechos por las Delegaciones y observadores en relación con los títulos en cuestión.

VIII. DOCUMENTOS PARA LA UNDÉCIMA SESIÓN

37. Conforme a la decisión tomada por el Comité han sido preparadas para la undécima sesión del mismo los siguientes documentos complementarios:

i) WIPO/GRTKF/IC/11/5(a): compilación de los comentarios recibidos por escrito entre la décima y la undécima sesiones en torno a “los conocimientos tradicionales: listas de cuestiones”, como se solicita en el párrafo iv) de la decisión anteriormente citada;

ii) WIPO/GRTKF/IC/11/5(b): compilación de comentarios sobre el proyecto de objetivos y principios, comentarios suministrados por escrito entre la novena y la décima sesiones, de conformidad con el proceso de formulación de comentarios convenido por el Comité en su novena sesión y en la forma convenida en la décima sesión como consta en el párrafo v) de la decisión anteriormente citada;

iii) WIPO/GRTKF/IC/11/5 c): el presente documento, en el que consta, para facilitar las referencias, el texto del proyecto de objetivos y principios que figura en el documento WIPO/GRTKF/IC/9/5, idéntico al texto de los objetivos y principios distribuido en la octava, novena y décima sesiones. Dicho texto se suministra, en particular, para facilitar la comprensión del cuadro de comentarios que consta en el presente documento. Cabe recordar que, conforme a la decisión tomada en la décima sesión anteriormente citada, “los documentos existentes (WIPO/GRTKF/IC/10/4, WIPO/GRTKF/IC/10/5 y WIPO/GRTKF/IC/10/6) seguirán siendo objeto de debate en su forma actual y se tomará nota de las posiciones ya expresadas en relación con estos documentos” y que “los debates en torno a las cuestiones sobre el tapete complementan, sin afectar, las posiciones ya expresadas en relación con documentos existentes”.

38. Se invita al Comité a remitirse a la revisión de objetivos y principios para la protección de los conocimientos tradicionales que figura en el anexo del presente documento a la hora de examinar las observaciones compiladas en relación con la lista de cuestiones, que figuran en el documento WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) y los comentarios que constan en el documento WIPO/GRTKF/IC/10/4(b).

[Sigue el Anexo]

ANEXO

DISPOSICIONES REVISADAS
SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS
CONOCIMIENTOS TRADICIONALES:

OBJETIVOS POLÍTICOS Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

ÍNDICE

Nota: El presente proyecto de disposiciones se ha extraído sin modificaciones del Anexo de los documentos WIPO/GRTKF/IC/8/5, WIPO/GRTKF/IC/9/5 y WIPO/GRTKF/IC/10/5, examinados por el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (“el Comité”) en su octava y novena sesiones. Los miembros del Comité manifestaron diversas opiniones sobre la posibilidad de admitir este material como base para su labor futura, en particular en lo que respecta a determinados pasajes de la Parte III: Principios sustantivos. En los documentos WIPO/GRTKF/IC/8/15 y WIPO/GRTKF/IC/9/14 se exponen en detalle esas opiniones.

I. OBJETIVOS POLÍTICOS

- i) Reconocer el valor
- ii) Promover el respeto
- iii) Responder a las verdaderas necesidades de los titulares de conocimientos tradicionales
- iv) Promover la conservación y la preservación de los conocimientos tradicionales
- v) Potenciar a los titulares de los conocimientos tradicionales y reconocer el carácter distintivo de los sistemas de conocimientos tradicionales
- vi) Apoyar los sistemas de conocimientos tradicionales
- vii) Contribuir a la salvaguardia de los conocimientos tradicionales
- viii) Impedir la utilización desleal e injusta
- ix) Estar en concordancia con los acuerdos y procesos internacionales pertinentes
- x) Promover la innovación y la creatividad
- xi) Garantizar el consentimiento fundamentado previo y los intercambios basados en condiciones mutuamente convenidas
- xii) Promover la participación equitativa en los beneficios
- xiii) Promover el desarrollo de las comunidades y las actividades comerciales legítimas
- xiv) Impedir la concesión de derechos de propiedad intelectual sin validez legal a partes no autorizadas
- xv) Aumentar la transparencia y la confianza mutua
- xvi) Complementar la protección de las expresiones culturales tradicionales

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

II. PRINCIPIOS RECTORES GENERALES

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

III. PRINCIPIOS SUSTANTIVOS

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

I. OBJETIVOS POLÍTICOS

La protección de los conocimientos tradicionales debe tender a:

Reconocer el valor

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

Promover el respeto

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

Responder a las verdaderas necesidades de los titulares de conocimientos tradicionales

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

Promover la conservación y la preservación de los conocimientos tradicionales

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

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

v) actuar con vistas a potenciar a los titulares de conocimientos tradicionales de modo que se protejan sus conocimientos mediante el pleno reconocimiento del carácter distintivo de los sistemas de conocimientos tradicionales y de la necesidad de soluciones adaptadas a su carácter distintivo, recordando que esas soluciones deberán ser equilibradas y equitativas, garantizar que los regímenes de propiedad intelectual convencionales se apliquen de modo que fomenten la protección de los conocimientos tradicionales contra la apropiación

indebida, y potenciar a los titulares de conocimientos tradicionales para que puedan realmente ejercer sobre sus conocimientos los debidos derechos y la autoridad que les corresponde;

Apoyar los sistemas de conocimientos tradicionales

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

Contribuir a la salvaguardia de los conocimientos tradicionales

vii) contribuir a la preservación y la salvaguardia de los conocimientos tradicionales y el equilibrio adecuado entre los medios de desarrollo, preservación y transmisión de los mismos consuetudinarios y de otra índole, y promover la conservación, el mantenimiento, la aplicación y un uso más difundido de los conocimientos tradicionales, conforme a las prácticas, las normas, las leyes y los acuerdos consuetudinarios pertinentes de los titulares de conocimientos tradicionales, que redunde principal y directamente en beneficio de sus titulares, y de la humanidad en general;

Impedir la utilización desleal e injusta

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

Estar en concordancia con los acuerdos y procesos internacionales pertinentes

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

Promover la innovación y la creatividad

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

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

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

Promover la participación equitativa en los beneficios

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

Promover el desarrollo de las comunidades y las actividades comerciales legítimas

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

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

xiv) restringir la concesión o el ejercicio de derechos de propiedad intelectual sin validez legal sobre conocimientos tradicionales y recursos genéticos conexos, en particular, exigiendo como condición previa a la concesión de derechos de patentes que los solicitantes de patentes sobre invenciones en las que se incluyan conocimientos tradicionales y recursos genéticos conexos divulguen la fuente y el país de origen de dichos recursos, así como pruebas de que se ha obtenido el consentimiento fundamentado previo y las condiciones de participación en los beneficios en el país de origen;

Ampliar la transparencia y la confianza mutua

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

Complementar la protección de las expresiones culturales tradicionales

xvi) aplicarse en consonancia con la protección de las expresiones culturales tradicionales y las expresiones del folclore, respetando el hecho de que para muchas comunidades, los conocimientos y las expresiones culturales son una parte indisociable de su identidad global.

[Siguen los comentarios sobre los objetivos]

COMENTARIOS SOBRE LOS OBJETIVOS POLÍTICOS

Antecedentes

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

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

Los cambios que reflejan los comentarios y las contribuciones recibidos de los miembros del Comité sobre los objetivos políticos expuestos en el documento WIPO/GRTKF/IC/7/5

Los participantes del Comité proporcionaron comentarios valiosos y pormenorizados sobre los objetivos políticos que figuran en el Anexo I del documento WIPO/GRTKF/IC/7/5, con inclusión de propuestas específicas de nueva formulación de los objetivos. Además, también se habían recibido anteriormente comentarios sobre los objetivos políticos en otras sesiones del Comité y en anteriores ejercicios sobre la protección de los CC.TT., como las misiones exploratorias de la OMPI sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales de 1998-1999. En el proyecto revisado de objetivos políticos se han tenido en cuenta todos los comentarios y aportaciones. Las propuestas específicas de redacción de los participantes del Comité se han incorporado directamente en el texto en la medida de lo posible, de modo que queden directamente reflejadas en el texto revisado. En algunos casos, se ha sustituido o reformulado de forma sustantiva los antiguos objetivos políticos, tal como ha sucedido con el objetivo “garantizar el consentimiento fundamentado previo y los intercambios basados en condiciones mutuamente convenidas”, que sustituye al objetivo “promover el intercambio intelectual y tecnológico” a petición del Brasil. En otros casos, se han introducido cambios en respuesta a los comentarios formulados en relación con anteriores aportaciones de los titulares de CC.TT., por ejemplo, la necesidad de reconocer que los CC.TT. son tan valiosos como los conocimientos científicos convencionales¹, sin dejar de recordar asimismo que los CC.TT. tienen su propio valor científico y pueden ser considerados por algunos como un sistema científico distinto pero igualmente válido.² En otros casos, se ha añadido nuevos objetivos

¹ Véase el Objetivo i) del presente documento y el comentario de Brasil en el documento WIPO/GRTKF/IC/8/INF/4.

² Por ejemplo, los titulares de CC.TT. han señalado que “... lo que implican [ciertas presuposiciones sobre los CC.TT.] es que los CC.TT. no constituyen una “ciencia” en el sentido [Sigue la nota en la página siguiente]

políticos o principios rectores a petición de los miembros del Comité, por ejemplo, el objetivo relativo a la conservación y la preservación de los CC.TT., introducido a instancias de los Estados Unidos de América, y el principio rector de la “prestación de asistencia para atender las necesidades de los titulares de CC.TT.”, cuya inclusión ha sido solicitada por China.

Comentarios y contribuciones reflejados: Grupo Africano³; GRULAC;⁴ Brasil, Canadá, China, Estados Unidos de América, Nueva Zelanda; Comunidad Europea; OAPI; Consejo Saami, *Indigenous Peoples’ Council on Biocolonialism*, *Inuit Circumpolar Conference*, Instituto de Estudios Avanzados de la Universidad de las Naciones Unidas, Llamado de la Tierra.

[Continuación de la nota de la página anterior]

formal de un cuerpo sistemático de conocimientos sometido a continuas comprobaciones y revisiones empíricas. Este término más bien se refiere a algo “cultural” y antiguo. [...] Lo que necesita proteger la comunidad internacional es “ciencia indígena.” Véase la declaración del Dr. Russell Barsh, 21 de julio de 2000, *Necesidades y expectativas en materia de P.I. de los titulares de CC.TT. Informe sobre las misiones exploratorias de la OMPI sobre P.I. y CC.TT.*, Ginebra, 2001: página 116, nota de pie 3.

³ Grupo Africano (WIPO/GRTKF/IC/6/12, Anexo, “Objetivos”)

⁴ GRULAC (OMPI/GRTKF/IC/1/5, Anexo I, “II. Objetivos”)

II. PRINCIPIOS RECTORES GENERALES

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

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

[Siguen los comentarios sobre los principios rectores generales]

COMENTARIO SOBRE LOS PRINCIPIOS RECTORES GENERALES

Antecedentes

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

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

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

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

b) Principio de reconocimiento de los derechos

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

c) Principio de efectividad y accesibilidad de la protección

Las medidas destinadas a proteger los conocimientos tradicionales deben ser eficaces en relación con el cumplimiento de los objetivos fijados, así como comprensibles, asequibles y accesibles para sus futuros beneficiarios, teniendo en cuenta el contexto cultural, social y

económico de los titulares de los conocimientos. Cuando se adopten medidas de protección de los conocimientos tradicionales, deberán establecerse procedimientos de observancia adecuados que permitan tomar medidas eficaces contra la apropiación indebida de conocimientos tradicionales y apoyar el principio más amplio de consentimiento fundamentado previo.

d) Principio de flexibilidad y exhaustividad

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

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

e) Principio de equidad y participación en los beneficios

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

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

La protección no debería limitar la aplicación del principio de equidad a la participación en los beneficios, sino que también debería garantizar que los derechos de los titulares de conocimientos tradicionales sean debidamente reconocidos y, en particular, respetar el derecho de los titulares de conocimientos tradicionales a autorizar o no el acceso a esos conocimientos.

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

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

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

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

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

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

Al proteger los conocimientos tradicionales deben respetarse y tenerse en debida cuenta el uso, las prácticas y las normas consuetudinarias, a reserva de lo dispuesto en la legislación y en la política nacionales. La protección que vaya más allá del contexto tradicional no debe ser incompatible con el acceso tradicional a los conocimientos tradicionales, ni con su uso y transmisión, y debe respetarse y fortalecerse ese marco consuetudinario.

Si así lo desean los titulares de conocimientos tradicionales, la protección deberá promover el uso, el desarrollo, el intercambio, la transmisión y la difusión de los conocimientos tradicionales por las comunidades correspondientes, de conformidad con sus leyes y prácticas consuetudinarias, teniendo en cuenta las diversas experiencias nacionales. No debe considerarse como uso ofensivo el uso innovador o modificado de los conocimientos tradicionales por parte de la comunidad que los ha desarrollado y perpetuado si dicha

comunidad se siente identificada con ese uso de sus conocimientos tradicionales y con las modificaciones generadas por el mismo.

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

La protección de los conocimientos tradicionales debe responder al contexto tradicional, al contexto colectivo o comunal y al carácter intergeneracional de su desarrollo, preservación y transmisión, a su relación con la identidad e integridad cultural y social, las creencias, la espiritualidad y los valores de la comunidad, y a su carácter en constante evolución dentro de las comunidades.

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

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

[Siguen las disposiciones sustantivas]

III. DISPOSICIONES SUSTANTIVAS

ARTÍCULO 1

PROTECCIÓN CONTRA LA APROPIACIÓN INDEBIDA

1. *Los conocimientos tradicionales deben estar protegidos contra los actos de apropiación indebida.*
2. *Toda adquisición, apropiación o utilización de conocimientos tradicionales por medios desleales o ilícitos constituye un acto de apropiación indebida. La apropiación indebida también puede consistir en obtener beneficios comerciales a partir de la adquisición, apropiación o utilización de conocimientos tradicionales cuando la persona que los utilice sepa, o no sepa por negligencia, que han sido objeto de adquisición o apropiación por medios desleales; así como otras actividades comerciales contrarias a los usos honestos y mediante las cuales se obtengan beneficios no equitativos a partir de los conocimientos tradicionales.*
3. *En particular, deben preverse medidas jurídicas para impedir:*
 - (i) *la adquisición de conocimientos tradicionales mediante robo, soborno, coacción, fraude, violación de lo ajeno, incumplimiento de contrato o instigación al incumplimiento, abuso de confianza o instigación al abuso, incumplimiento de las obligaciones fiduciarias o de las derivadas de otro tipo de relación confidencial, engaño, impostura, suministro de información engañosa al obtener el consentimiento fundamentado previo para acceder a los conocimientos tradicionales u otros actos desleales o deshonestos;*
 - (ii) *la adquisición o el control de los conocimientos tradicionales en violación de las medidas jurídicas que exigen el consentimiento fundamentado previo como condición para acceder a los conocimientos, y el uso de conocimientos tradicionales que conlleve el incumplimiento de condiciones mutuamente acordadas para obtener el consentimiento fundamentado previo en relación con el acceso a esos conocimientos;*
 - (iii) *alegaciones o aseveraciones falsas sobre la titularidad o el control de los conocimientos tradicionales, en particular, la adquisición, reivindicación o aseveración de derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales cuando dichos derechos no tienen validez, habida cuenta de la naturaleza de los conocimientos y de las condiciones relativas al acceso a los mismos;*
 - (iv) *si se ha accedido a conocimientos tradicionales, el uso comercial o industrial de conocimientos tradicionales sin compensar de manera justa y adecuada a los titulares reconocidos de los conocimientos, cuando se haga con ánimo de lucro y otorgue una ventaja tecnológica o comercial a su usuario, y que sería legítimo compensar a los titulares de los conocimientos habida cuenta de las circunstancias en las que el usuario los ha adquirido; y*
 - (v) *el uso ofensivo voluntario fuera del contexto consuetudinario por terceras partes de conocimientos tradicionales con un valor moral o espiritual especial para sus titulares, cuando constituya claramente una mutilación, distorsión o modificación injuriosa de esos conocimientos y sea contrario al orden público o a la moral.*

4. *Los titulares de conocimientos tradicionales también deben estar protegidos contra otros actos de competencia desleal, incluidos los actos enumerados en el Artículo 10bis del Convenio de París. Entre estos actos figuran las aseveraciones falsas o engañosas mediante las que se indica que un producto o servicio ha sido producido o suministrado con la participación o la aprobación de los titulares de los conocimientos tradicionales o que la explotación comercial de los productos o servicios beneficia a los titulares de los conocimientos tradicionales. También quedan incluidos entre ellos los actos capaces de crear una confusión respecto de los productos o servicios de titulares de conocimientos tradicionales; y las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, que desacreditan los productos o servicios de los titulares de conocimientos tradicionales.*

5. *La aplicación, la interpretación y la ejecución de la protección de los conocimientos tradicionales contra la apropiación indebida, en particular, la determinación de la participación y distribución equitativa de los beneficios, deben regirse, en la medida de lo posible y según convenga, por el respeto de las prácticas, las normas, las leyes y los acuerdos consuetudinarios del titular de los conocimientos, incluidas las características espirituales, sagradas o ceremoniales del origen tradicional de los conocimientos.*

COMENTARIOS SOBRE
EL ARTÍCULO 1

La presente disposición se basa en el consenso internacional según el cual los conocimientos tradicionales no deben ser objeto de apropiación indebida, y es necesaria alguna forma de protección para que ello no suceda. La legislación internacional y nacional vigente ya incluye normas contra la apropiación indebida de objetos intangibles relacionados con la protección, tales como la buena voluntad, la reputación, los conocimientos especializados y los secretos comerciales. Esas normas pueden considerarse como parte de la legislación más amplia de competencia desleal y responsabilidad civil, más que como normas que necesariamente otorgan derechos exclusivos, como sucede con las ramas principales del Derecho de propiedad intelectual moderno. En virtud de la presente disposición se establece un principio general de lucha contra la apropiación indebida de los CC.TT. como marco de referencia común de protección, aunando los enfoques vigentes y basándose en los marcos jurídicos vigentes. Por lo tanto, esta disposición refleja la propuesta del Grupo Africano, según la cual el primer objetivo de la protección de los CC.TT. debe ser “impedir la apropiación indebida de... conocimientos tradicionales”⁵ y otras expresiones de compromiso con vistas a “prevenir la apropiación indebida de los CC.TT.”⁶

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

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

⁵ Véase el Objetivo 1 de la propuesta del Grupo Africano, Anexo del documento WIPO/GRTKF/IC/6/12

⁶ Estados Unidos de América (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 157)

“apropiación indebida” permite abarcar en la definición y la estructura de la “apropiación indebida” distintos actos desleales, ilícitos e no equitativos que se deben reprimir.⁷

En el párrafo 3 se presenta una lista completa de los actos concretos que constituirían, como mínimo, actos de apropiación indebida en relación con los CC.TT. abarcados por los presentes principios. Al considerarse como “medidas jurídicas” adecuadas de la legislación nacional toda una serie de medidas destinadas a impedir la realización de los actos señalados, se aplica en el encabezamiento de este párrafo el principio rector de la flexibilidad y la exhaustividad. En los distintos subpárrafos del Artículo 1.3 se exponen los actos específicos que constituyen apropiación indebida, entre ellos: i) la adquisición ilícita de CC.TT., mediante robo, coacción, fraude, incumplimiento de contrato, etc.; ii) la violación del principio de consentimiento fundamentado previo para acceder a CC.TT., cuando se exija su respeto en virtud de medidas nacionales o regionales; iii) la violación de medidas preventivas de protección de los CC.TT.; iv) el uso comercial o industrial que suponga una apropiación indebida del valor de los CC.TT. cuando sea razonable esperar que los titulares de los CC.TT. participen en los beneficios que se derivan de dicho uso; y v) los usos ofensivos voluntarios desde el punto de vista moral de los CC.TT. que revistan un valor moral o espiritual especial para sus titulares. Esta disposición ofrece una gran flexibilidad para que los países puedan utilizar distintos medios jurídicos de lucha contra los actos enumerados. En los países donde sea admisible, las autoridades judiciales y administrativas pueden incluso inspirarse directamente en los presentes principios, sin que se exija la aprobación de ninguna legislación específica. Con la expresión “en particular” se deja a discreción de los encargados de la formulación de políticas nacionales la decisión de considerar otro tipo de actos como formas adicionales de apropiación indebida e incluirlos en su lista nacional. Entre ellos podrían incluirse, por ejemplo, el fraude comercial, el suministro de información falsa sobre la fuente de los CC.TT., o el incumplimiento de la obligación de reconocer el origen de los CC.TT.⁸

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

Dado que la noción de apropiación indebida necesitaría interpretarse más detalladamente en la legislación nacional, se indica en el párrafo 5 que los conceptos de “medidas desleales”, “distribución equitativa de beneficios” y “apropiación indebida” deben guiarse en cada caso por el contexto tradicional y los acuerdos consuetudinarios de los

⁷ El enfoque adoptado en virtud de un régimen de lucha contra la apropiación indebida, como el que se refleja en los presentes principios, consiste por lo tanto en modular el término “apropiación indebida”, cuándo y cómo fuere necesario, más que en supeditar ese término a otro término o estructura más amplio, como se sugiere en uno de los comentarios. Parecería más bien tratarse de una diferencia lingüística relativa a la elección de los términos empleados, no de una diferencia fundamental en cuanto a la estructura de la protección que se proporciona (véase la OAPI en el documento WIPO/GRTKF/IC/8/INF/4).

⁸ Por ejemplo, el concepto de “lo desleal” en virtud de la Ley de Artes y Artesanía Indígenas de los Estados Unidos de América y la legislación peruana.

propios titulares de los CC.TT. El contexto tradicional y los acuerdos consuetudinarios pueden estar reflejados en los protocolos o en las prácticas de las comunidades, o estar codificados en los sistemas jurídicos consuetudinarios.

Cambios que reflejan los comentarios de los grupos interesados y las contribuciones recibidas en relación con esta disposición

Varios de los comentarios señalaron la necesidad de incluir una categoría adicional en la lista de actos de apropiación indebida específicos. En consecuencia, se ha añadido el subpárrafo 3. v), en el que se condenan el uso ofensivo voluntario por terceras partes de los CC.TT. con un valor moral o espiritual para los titulares de CC.TT. En el párrafo 4, la relación entre los actos de competencia desleal sancionados en virtud del Artículo 10*bis* del Convenio de París y la protección contra la apropiación indebida se clarifica más con la frase adicional solicitada por China. En ella se señala expresamente que los actos de competencia desleal enumerados en el Artículo 10*bis*. 3)2 y 10*bis*. 3)3 del Convenio de París, a saber, los actos que crean confusiones en relación con los productos o servicios de titulares de CC.TT. y las aseveraciones falsas que desacreditan los productos o servicios de los titulares de CC.TT., también deberán impedirse.

Comentarios y contribuciones reflejados: Brasil, China, Estados Unidos de América; Comunidad Europea, Consejo Saami, Instituto de Estudios Avanzados de la Universidad de las Naciones Unidas, OAPI.

ARTÍCULO 2

FORMA JURÍDICA DE PROTECCIÓN

1. La protección de los conocimientos tradicionales contra la apropiación indebida podrá instrumentarse por medio de una serie de medidas jurídicas, entre otras: una ley especial sobre los conocimientos tradicionales; legislación sobre propiedad intelectual, incluidas leyes sobre la competencia desleal y el enriquecimiento indebido; el Derecho de contratos; el Derecho de responsabilidad civil, con inclusión del Derecho de daños y la responsabilidad ; el Derecho penal; leyes relativas a los intereses de los pueblos indígenas; leyes pesqueras y medioambientales; regímenes de acceso y participación en los beneficios; o cualquier otra ley o combinación de esas leyes. Este párrafo queda sujeto a lo dispuesto en el Artículo 11. 1)

2. La protección no tiene por qué otorgarse por medio de derechos de propiedad exclusivos, aunque puedan concederse esos derechos, cuando proceda, a los titulares individuales y colectivos de los conocimientos tradicionales, haciendo uso de los sistemas vigentes o de sistemas adaptados de derechos de propiedad intelectual, de conformidad con las necesidades y las aspiraciones de los titulares de los conocimientos, y teniendo en cuenta las legislaciones y políticas nacionales y las obligaciones internacionales.

COMENTARIOS SOBRE
EL ARTÍCULO 2

Las medidas *sui generis* vigentes para la protección de los CC.TT. en el ámbito del derecho nacional ya presentan una gran variedad de formas y mecanismos. Para que las disposiciones actuales no condicionen ni anulen las opciones disponibles a escala nacional y regional para la protección de los CC.TT., esos diversos mecanismos jurídicos deberán incorporarse a estas normas internacionales. Nuevamente, no se trata de un enfoque novedoso en la articulación de normas internacionales. Se pueden encontrar disposiciones similares al presente artículo en los instrumentos internacionales vigentes en muchos ámbitos de protección. Algunos ejemplos que ya se han citado anteriormente son el Tratado de Washington⁹, el Convenio de París, y la Convención de Roma.¹⁰ En esta disposición se aplica el principio rector de la flexibilidad para garantizar que tengan suficiente cabida las consultas nacionales, con la participación plena y eficaz de los titulares de CC.TT., y la evolución jurídica de los mecanismos de protección a medida que se vayan desarrollando y aplicando en la práctica.

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

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

⁹ *Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los circuitos integrados* (1989) (en adelante “el Tratado de Washington”)

¹⁰ *Convención internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión* (1961) (en adelante “la Convención de Roma”)

los titulares de CC.TT., con las leyes y políticas nacionales, y con las obligaciones internacionales.

Cambios que reflejan los comentarios de los grupos interesados y las contribuciones recibidas en relación con esta disposición

Los comentarios de los participantes del Comité indicaron que en ciertas jurisdicciones la legislación pesquera y medioambiental también resulta pertinente para proteger tipos concretos de CC.TT., y por lo tanto esas referencias se han incluido entre las posibles medidas de aplicación de los principios. También se ha modificado la lista de las ramas del Derecho enumeradas para que corresponda a la tradición de Derecho civil de la Europa continental y los países francófonos de África.

Comentarios y contribuciones reflejados: OAPI, Australia, Consejo Saami, ICC, Instituto de Estudios Avanzados de la Universidad de las Naciones Unidas, Nueva Zelandia.

ARTÍCULO 3

ALCANCE GENERAL DE LA MATERIA PROTEGIDA

1. Los presentes principios guardan relación con la protección de los conocimientos tradicionales contra la apropiación y el uso indebidos fuera de su contexto tradicional, y no deben interpretarse en el sentido de limitar o definir desde fuera las concepciones diversas y globales de los conocimientos dentro del contexto tradicional. Los presentes principios deberían interpretarse y aplicarse teniendo en cuenta el carácter evolutivo de los conocimientos tradicionales y el papel de los sistemas de conocimientos tradicionales como marcos de innovación continua.

2. A los fines únicamente de los presentes principios, por “conocimientos tradicionales” se entenderá el contenido o el fundamento de los conocimientos relativos a la actividad intelectual en un contexto tradicional, en particular, los conocimientos especializados, capacidades, innovaciones, prácticas y enseñanzas que forman parte de los sistemas de conocimientos tradicionales, y los conocimientos que entrañan el modo de vida tradicional de un pueblo o comunidad, o que están contenidos en sistemas codificados de conocimientos transmitidos de una generación a otra. El término no se limita a ningún ámbito concreto de la técnica, y puede abarcar los conocimientos agrícolas, medioambientales y medicinales, así como todo conocimiento derivado de los recursos genéticos.

COMENTARIOS
SOBRE EL ARTÍCULO 3

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

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

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

Cambios que reflejan los comentarios de los grupos interesados y las contribuciones recibidas en relación con esta disposición

Los comentarios de los participantes del Comité indicaron que en la presente disposición debería destacarse y reflejarse mejor la evolución y el dinamismo de los conocimientos tradicionales a lo largo del tiempo. Se ha añadido una frase a tal fin. En otros

comentarios se sugirió la posibilidad de desarrollar y especificar ciertos prerequisites y términos usados en esta disposición, como la expresión “relativos a la actividad intelectual”, por lo que se ha especificado de manera más precisa la descripción de los conocimientos tradicionales, basándola en conocidas fórmulas de distintos instrumentos internacionales de P.I. y de otra índole.¹¹

Comentarios reflejados: Comunidad Europea, *Indigenous Peoples’ Committee on Biocolonialism*, Instituto de Estudios Avanzados de la Universidad de las Naciones Unidas, Unión Internacional de Editores.

¹¹ Por ejemplo, la expresión “relativos a la actividad intelectual” lleva utilizándose mucho tiempo de forma clara en el Artículo 2 del Convenio de la OMPI, y, de igual manera, la expresión “que entrañen estilos de vida tradicionales ” se utiliza hace largo tiempo de forma clara en el Artículo 8.j) del CDB. Véanse los comentarios de la Comunidad Europea y sus Estados miembros.

ARTÍCULO 4

CRITERIOS EN LOS QUE SE BASA LA PROTECCIÓN

La protección debe aplicarse al menos a los conocimientos tradicionales que:

- i) se crean y preservan en un contexto tradicional y se transmiten de una generación a otra;*
- ii) están particularmente vinculados a un pueblo o comunidad indígena o tradicional, que los preserva y transmite de una generación a otra; y*
- iii) son parte integrante de la identidad cultural de un pueblo o comunidad indígena o tradicional que es reconocido como su titular porque sobre ellos ejerce su custodia, conservación, titularidad colectiva o responsabilidad cultural. Esta relación podría expresarse oficial u oficiosamente en las prácticas, protocolos o leyes consuetudinarios o tradicionales.*

COMENTARIOS SOBRE
EL ARTÍCULO 4

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

Esta disposición se inspira en los criterios aplicados en las leyes nacionales *sui generis* vigentes en el ámbito de la protección de los CC.TT., y en los amplios debates celebrados en el Comité en relación con los criterios aplicables a la protección de los CC.TT. Esas leyes nacionales y los debates del Comité se refieren a criterios diversos, pero se han hallado elementos comunes. En la presente disposición se articulan esos elementos comunes: en esencia, siempre y cuando los CC.TT. tengan i) un carácter tradicional e intergeneracional, ii) una identificación distintiva con sus titulares tradicionales, y iii) una suerte de vínculo con la identidad de la comunidad titular de los CC.TT. (que es más amplia que las formas de “titularidad” reconocidas convencionalmente y abarca conceptos como el de custodia). Por ejemplo, los CC.TT. pueden ser parte integrante de la identidad de una comunidad indígena o tradicional si ésta se siente obligada a preservar, utilizar y transmitir adecuadamente los conocimientos entre los miembros del pueblo o comunidad, o si tiene el sentimiento de que la apropiación indebida o el uso ofensivo de los CC.TT. resultarían nocivos. Las legislaciones nacionales vigentes pueden ofrecer cierta información acerca de estos conceptos. Por ejemplo, en la Ley de Artes y Artesanía Indígenas de los Estados Unidos de América se especifica que se considera que un producto es de una tribu determinada cuando “se identifica como origen de un producto una tribu indígena determinada o una organización de artes y artesanía indígenas determinada”¹². Esto podría consistir en una forma de “vinculación especial”, como se indica en el subpárrafo ii).

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

Cambios que reflejan los comentarios de los grupos interesados y las contribuciones recibidas en relación con esta disposición

Los comentarios sobre esta disposición se han centrado en preguntar si determinados elementos de los CC.TT., que revisten una importancia especial para quienes han formulado

¹² (Artículo 309.2 f), 25 CFR Capítulo II 309 (Protección de los productos de las artes y la artesanía indígenas)).

esos comentarios, por ejemplo, los CC.TT. utilizados en los proyectos de evaluación medioambiental¹³, cumplirían los criterios de admisibilidad. La respuesta dependería principalmente de que esos conocimientos tengan un carácter intergeneracional o no, de la forma en que se asocian con la comunidad y de si la propia comunidad los considera como parte integrante de su identidad, así como de la interpretación y de la jurisprudencia vigentes a escala nacional.

Comentarios y contribuciones reflejados: Consejo Saami, ICC, Instituto de Estudios Avanzados de la Universidad de las Naciones Unidas, OAPI, UIE .

¹³ *Inuit Circumpolar Conference (ICC).*

ARTÍCULO 5

BENEFICIARIOS DE LA PROTECCIÓN

La protección de los conocimientos tradicionales debe redundar en beneficio de las comunidades que generan, preservan y transmiten los conocimientos en un contexto tradicional de una generación a otra, y se asocian y se identifican con ellos de conformidad con el Artículo 4. La protección debe por lo tanto beneficiar a las comunidades indígenas y tradicionales que detienen conocimientos tradicionales de ese modo, así como a ciertos individuos que gozan de reconocimiento en el seno de estos pueblos y comunidades. En la medida de lo posible y si resulta adecuado, a la hora de conceder el derecho a gozar de los beneficios de la protección deben tenerse en cuenta los protocolos, acuerdos, leyes y prácticas consuetudinarios de esos pueblos y comunidades.

COMENTARIOS SOBRE
EL ARTÍCULO 5

Los principios anteriores se han centrado en la materia protegida. En esta disposición se trata de aclarar quién debería beneficiarse principalmente de la protección de los CC.TT. Se articula en ella el principio según el cual los beneficiarios deberían ser los titulares tradicionales de los CC.TT. Esto se basa en la práctica establecida en los sistemas nacionales vigentes y es un tema recurrente en los debates internacionales sobre CC.TT. En las propuestas relativas a los marcos de protección internacionales, también se adopta el mismo enfoque. Por ejemplo, el tercer objetivo del instrumento o instrumentos internacionales propuestos por el Grupo Africano es “garantizar que dichos beneficios vayan en provecho de los titulares de conocimientos tradicionales”¹⁴.

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

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

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

¹⁴ Véase Objetivo 3, página 1, Anexo, WIPO/GRTKF/IC/6/12.

leyes pertinentes a escala nacional o local pueden definir cuáles son las comunidades o los individuos pertinentes.¹⁵

Comentarios y contribuciones recibidos y cambios relativos a esta disposición

Los comentarios recibidos en relación con esta disposición indicaron que debería definirse de manera más precisa a los beneficiarios, incluso en lo que se refiere a la vertiente internacional de la protección. Esto se aplicaría tanto cuando los titulares de los CC.TT. son “comunidades o pueblos indígenas o tradicionales” como tales, como cuando sean “individuos que gozan de reconocimiento en el seno de esas comunidades”. Por esa razón, se han incorporado calificativos más precisos a través de las referencias contenidas en el artículo.

Comentarios y contribuciones reflejados: Instituto de Estudios Avanzados de la Universidad de las Naciones Unidas, OAPI

¹⁵ Por ejemplo, la Ley de Artes y Artesanía Indígenas de los Estados Unidos, citada en el documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF/6, especifica que el término “tribu Indígena” se refiere a “cualquier tribu indígena, grupo, nación, pueblo nativo de Alaska u otro grupo organizado o comunidad susceptible de beneficiarse [de los programas y servicios especiales] que le proporcionen los Estados Unidos; o 2) “cualquier grupo indígena que haya sido reconocido formalmente como tribu indígena por parte de los órganos legislativos de un Estado o por una comisión u organización estatal similar investida de la potestad legislativa del Estado para reconocer a una tribu como indígena”. (Artículo 309.2.e), 25 CFR Capítulo II 309).

ARTÍCULO 6

PARTICIPACIÓN JUSTA Y EQUITATIVA EN LOS BENEFICIOS Y
RECONOCIMIENTO DE LOS TITULARES DE LOS CONOCIMIENTOS

1. *Los beneficios de la protección de los conocimientos tradicionales a los que sus titulares tienen derecho incluyen la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriva del uso comercial o industrial de dichos conocimientos tradicionales.*
2. *El uso de los conocimientos tradicionales con fines no comerciales sólo tendrá que dar lugar a beneficios no monetarios, tales el acceso a los resultados de las investigaciones y la participación de la comunidad de origen de los conocimientos en actividades investigativas y educativas.*
3. *Quienes utilicen los conocimientos tradicionales fuera de su contexto tradicional deberán mencionar la fuente, reconocer a sus titulares, y utilizarlos de manera que se respeten los valores culturales de sus titulares.*
4. *Deberán preverse medidas jurídicas que ofrezcan soluciones a los titulares de conocimientos tradicionales en los casos en que no se haya respetado la participación justa y equitativa en los beneficios que se estipula en los párrafos 1 y 2, o en los que no se haya reconocido a los titulares de los conocimientos, como se estipula en el párrafo 3.*
5. *Las leyes consuetudinarias de las comunidades locales pueden desempeñar un papel importante en relación con la participación en los beneficios que pueden derivarse del uso de los conocimientos tradicionales.*

COMENTARIOS SOBRE
EL ARTÍCULO 6

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

Esta disposición, por lo tanto, complementa la amplia referencia a la participación equitativa en los beneficios que figura en la descripción general de la apropiación indebida (Artículo 1 arriba mencionado), y abarca los usos comerciales y no comerciales. En las directrices internacionales convenidas en materia de CC.TT. relacionados con la diversidad biológica se señalan como principios básicos de la participación equitativa en los beneficios, entre otros, i) la inclusión de los beneficios monetarios y no monetarios y ii) la elaboración de varios acuerdos contractuales para los distintos usos.¹⁶ Por lo tanto, en esta disposición se distinguen los usos comerciales de los usos no comerciales de los CC.TT., y se especifican distintos principios para la participación en los beneficios derivados de dichos usos.

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

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

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

¹⁶ Véase la Sección IV.D.3 (“Participación en los beneficios”), *Directrices de Bonn sobre acceso a los recursos genéticos y distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de su utilización* (Decisión VI/24A, Anexo)

En el párrafo final se indica que deben ponerse procedimientos judiciales civiles a disposición de los titulares de CC.TT. para que reciban una compensación equitativa cuando no se respete lo señalado en los párrafos 1 y 2. También se indica el papel que podrían desempeñar las leyes y los protocolos consuetudinarios en la participación en los beneficios, puesto que, como se ha señalado, “las leyes consuetudinarias de las comunidades locales pueden desempeñar una función importante... distribuir los beneficios que puedan surgir” del acceso a los CC.TT.¹⁷

Cambios que reflejan los comentarios de los grupos interesados y las contribuciones recibidas en relación con esta disposición

Los comentarios relativos a esta disposición se centraron en la participación justa y equitativa en los beneficios más que en la compensación equitativa, y la disposición ya se había redactado teniendo en cuenta lo dicho. Otros comentarios destacaron el papel de las leyes y los protocolos consuetudinarios en la participación en los beneficios, razón por la cual se ha añadido una nueva frase al texto. Tal como se solicitaba en algunos de los comentarios, también se han añadido al texto del artículo principios concretos sobre la determinación de los perjuicios y las compensaciones.

Comentarios y contribuciones reflejados: Australia, Brasil, China, Consejo Saami, Estados Unidos de América, Instituto de Estudios Avanzados de la Universidad de las Naciones Unidas, UIE.

¹⁷ Estados Unidos de América, WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 76.

ARTÍCULO 7

PRINCIPIO DE CONSENTIMIENTO
FUNDAMENTADO PREVIO

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

COMENTARIOS SOBRE
EL ARTÍCULO 7

La aplicación del principio de consentimiento fundamentado previo es un elemento central de los debates políticos y las medidas vigentes en lo referente a la protección de los CC.TT. La ampliación del concepto de apropiación indebida que refleja el Artículo 1 contempla la violación de normas jurídicas en virtud de las cuales se exige la obtención del consentimiento fundamentado previo. El consentimiento fundamentado previo ha sido reconocido por algunos miembros del Comité como un principio jurídico clave y por otros como una “práctica valiosa”.¹⁸ Este principio exige fundamentalmente que, cuando una parte externa tiene acceso por primera vez a los conocimientos tradicionales de una comunidad, solicite el consentimiento fundamentado previo de esa comunidad antes de acceder a ellos. En virtud de las legislaciones nacionales se establece un contrato o una autorización en condiciones mutuamente convenidas, que concluyen los usuarios de los CC.TT. con los proveedores de los mismos, y en el que se basa el consentimiento que permite acceder a los CC.TT. Este principio ha sido ampliamente aplicado por medio de autorizaciones, sistemas contractuales o leyes.

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

En esta disposición se reconoce y se da cabida a la variedad de enfoques vigentes en materia de consentimiento fundamentado previo, y simplemente se estipula que se debe aplicar el principio. En la práctica, los sistemas de consentimiento fundamentado previo pueden atenerse a ciertos principios básicos que han sido elaborados y acordados a escala internacional,¹⁹ por ejemplo, el de garantizar la certidumbre y la claridad jurídicas; reducir al mínimo los costos de las transacciones relativas al proceso de acceso; garantizar que las restricciones aplicadas al acceso sean transparentes y tengan fundamento jurídico. No obstante, en lo que a la presente disposición se refiere y en cuanto a los presentes principios, siempre y cuando se aplique el principio básico deja que la elección de las modalidades de aplicación concretas sean estipuladas por la legislación nacional del país en el que se encuentren los CC.TT., dadas las numerosas y variadas legislaciones vigentes en materia de

¹⁸ Estados Unidos de América (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 76)

¹⁹ Véase la Sección IV.C.1 (‘Principios básicos del sistema de consentimiento fundamentado previo’), *Directrices de Bonn sobre acceso a los recursos genéticos y distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de su utilización* (Decisión VI/24A, Anexo)

CC.TT., las diversas necesidades de los titulares de CC.TT. y las estructuras de custodia de los conocimientos.

Cambios que reflejan los comentarios de los grupos interesados y las contribuciones recibidas en relación con esta disposición

En algunos comentarios se propuso limitar la aplicación del principio del consentimiento fundamentado previo al “acceso” a los CC.TT., no a su “adquisición”. En consecuencia, se ha eliminado el término “adquisición”. A raíz de varios comentarios relativos a las características básicas de las medidas relativas al consentimiento fundamentado previo descritas en la presente disposición, se ha adaptado dichas características para poner directamente en práctica el principio rector A.3 de “eficacia y accesibilidad de la protección”.

Comentarios y contribuciones reflejados: Brasil, Consejo Saami, Estados Unidos de América, ICC, OAPI

ARTÍCULO 8

EXCEPCIONES Y LIMITACIONES

1. *La protección permanente de los conocimientos tradicionales no debe ir en detrimento de:*

(i) *la disponibilidad permanente de esos conocimientos para la práctica, el intercambio, el uso y la transmisión consuetudinarios por parte de sus titulares;*

(ii) *el uso de la medicina tradicional en el hogar; el uso en hospitales públicos, especialmente por parte de los titulares de conocimientos tradicionales asignados a dichos hospitales; o el uso a otros fines de salud pública;*

2. *En particular, las autoridades nacionales podrán excluir del principio de consentimiento fundamentado previo el uso leal de los conocimientos tradicionales que ya estaban a disposición del público en general, siempre y cuando los usuarios de esos conocimientos proporcionen una compensación equitativa por los usos industriales y comerciales de dichos conocimientos.*

COMENTARIOS SOBRE
EL ARTÍCULO 8

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

Cambios que reflejan los comentarios de los grupos interesados y las contribuciones recibidas en relación con esta disposición

Los comentarios sobre esta disposición se centraron en dos aspectos. En primer lugar, se solicitó una aclaración del subpárrafo 8.1.ii) en relación con el uso en los hospitales públicos. Esa excepción se inspira en la legislación tailandesa sobre la medicina tradicional, y su objetivo es garantizar que la protección de los CC.TT. no limite ni obstaculice los beneficios que pueden derivarse, en el ámbito de la salud pública, del uso de medicinas tradicionales en hospitales públicos sin ánimo de lucro, especialmente a escala local y de distrito, casos en los que a menudo suelen estar contratados expertos en medicina tradicional. Al solicitarse esa aclaración, se adaptó el texto del subpárrafo ii) en consecuencia. En el segundo comentario se propuso no tratar en esta disposición la cuestión del uso leal, y el primer párrafo se modificó en consecuencia.

Comentarios y contribuciones reflejados: Brasil, China, OAPI.

ARTÍCULO 9

DURACIÓN DE LA PROTECCIÓN

- 1. La protección de los conocimientos tradicionales contra su apropiación indebida permanecerá en vigor en tanto en cuanto dichos conocimientos satisfagan los criterios de admisibilidad a la protección establecidos en el Artículo 4.*

- 2. Si las autoridades competentes, a través de medidas nacionales o regionales, ofrecen una protección de los conocimientos tradicionales adicional o más amplia que la estipulada en los presentes principios, se deberá especificar la duración de la protección en esas leyes o medidas.*

COMENTARIOS SOBRE
EL ARTÍCULO 9

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

En esta disposición se prevé un plazo de protección que no está limitado específicamente. Esto se debe al hecho de que la protección de los CC.TT. en virtud de los presentes principios no es comparable con los títulos de P.I. con los que se otorgan derechos exclusivos de propiedad por un plazo limitado (por ejemplo, una patente o una marca), sino que se parece a las formas de protección que tratan sobre una vinculación especial entre los beneficiarios de la protección y la materia protegida, y que se mantienen siempre y cuando esa vinculación siga vigente (por ejemplo, la protección de la buena fe, la personalidad, la reputación, la confidencialidad, y la competencia desleal en general). De ahí que una delegación describiera el derecho de los titulares de CC.TT. a ser protegidos contra la apropiación indebida como “un derecho inalienable, al que no se puede renunciar y que no prescribe”²⁰. Al igual que en caso de otras leyes de competencia desleal basadas en dicha vinculación especial y en el “respaldo [de la] protección de los CC.TT. a través de la supresión de la competencia desleal”²¹, en esta disposición se afirma que la duración de la protección contra la apropiación indebida debe mantenerse mientras esa vinculación especial siga intacta, y los conocimientos constituyen por lo tanto “conocimientos tradicionales”. La vinculación especial dura mientras los conocimientos sigan en manos de los titulares de los conocimientos tradicionales, estén vinculados de manera especial con ellos, y sigan formando parte integrante de su identidad colectiva (véanse los Artículos 4 y 5). Con lo cual siempre y cuando se cumplan estos criterios de admisibilidad la protección de los CC.TT. en virtud de los presentes principios puede ser ilimitada.

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

²⁰ Brasil (WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov., párr. 110)

²¹ Estados Unidos de América (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 76)

Cambios que reflejan los comentarios de los grupos interesados y las contribuciones recibidas en relación con esta disposición

Los comentarios sobre esta disposición versaron principalmente sobre la simplificación y la uniformización del primer párrafo de la disposición, de ahí que se haya eliminado la última parte del primer párrafo de la versión anterior del documento WIPO/GRTKF/IC/7/5. Para tratar la cuestión de la duración de una posible protección adicional y dar cabida a los sistemas *sui generis* de protección de los CC.TT., se ha añadido el segundo párrafo.

Comentarios y contribuciones reflejados: Brasil, Consejo Saami, IPCB, OAPI.

ARTÍCULO 10

MEDIDAS TRANSITORIAS

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

COMENTARIOS SOBRE
EL ARTÍCULO 10

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

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

Cambios que reflejan los comentarios de los grupos interesados y las contribuciones recibidas en relación con esta disposición

A raíz de los comentarios de los miembros del Comité, se ha modificado el título de la disposición, que pasa a ser “medidas transitorias.” En los comentarios de los Estados miembros también se proponía que la referencia a “un plazo determinado” se sustituyera por “un plazo razonable” y que no esta disposición no tratara acerca del uso de buena fe. Los cambios reflejan esas propuestas.

Comentarios y contribuciones reflejados: Brasil, OAPI

ARTÍCULO 11

FORMALIDADES

1. Los criterios en los que se basa la protección de los conocimientos tradicionales contra actos de apropiación indebida no estarán sujetos a formalidad alguna.

2. En aras de la transparencia, la certidumbre y la conservación de los conocimientos tradicionales, las autoridades nacionales pertinentes podrán mantener registros u otros archivos de conocimientos tradicionales, cuando proceda, y con sujeción a lo dispuesto en las políticas, leyes y procedimientos pertinentes, y a las necesidades y aspiraciones de los titulares de conocimientos tradicionales. Dichos registros podrán estar vinculados a determinadas formas de protección y no deberán poner en entredicho la situación de los conocimientos tradicionales no divulgados hasta la fecha o los intereses de los titulares de conocimientos tradicionales en relación con elementos no divulgados de sus conocimientos.

COMENTARIOS SOBRE
EL ARTÍCULO 11

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

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

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

Comentarios y contribuciones reflejados: Instituto de Estudios Avanzados de la Universidad de las Naciones Unidas, OAPI

ARTÍCULO 12

COHERENCIA CON EL MARCO JURÍDICO GENERAL

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

COMENTARIOS SOBRE
EL ARTÍCULO 12

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

Cambios que reflejan los comentarios de los grupos interesados y las contribuciones recibidas en relación con esta disposición

La redacción de la segunda frase se ha aclarado para abarcar el acceso y el uso de los CC.TT. y los recursos genéticos conexos. Además, se ha reducido de manera significativa el alcance de esta disposición para tratar únicamente la cuestión del solapamiento entre la protección de los CC.TT. y los marcos jurídicos por los que se rige el acceso a los recursos genéticos conexos, en lugar de tratar el marco jurídico general más amplio.

Comentarios y contribuciones reflejados: Australia, Brasil, Consejo Saami, OAPI

ARTÍCULO 13

ADMINISTRACIÓN Y OBSERVANCIA DE LA PROTECCIÓN

1. a) *La autoridad o las autoridades nacionales o regionales competentes deben estar capacitadas para:*

i) *distribuir información acerca de la protección de los conocimientos tradicionales y realizar campañas de sensibilización del público para informar a los titulares de conocimientos tradicionales y otros sectores interesados sobre la disponibilidad, el alcance, el uso y la observancia de la protección de los conocimientos tradicionales;*

ii) *determinar si un acto en el que esté involucrado un conocimiento tradicional constituye un acto de apropiación indebida o un acto de competencia desleal relativo a dicho conocimiento;*

iii) *determinar si ha sido otorgado el consentimiento fundamentado previo para el acceso a los conocimientos tradicionales, así como para su uso;*

iv) *determinar la participación justa y equitativa en los beneficios;*

v) *determinar si se ha infringido un derecho sobre los conocimientos tradicionales, y establecer los recursos y compensaciones aplicables;*

vi) *prestar asistencia, cuando sea posible y en la manera adecuada, a los titulares de conocimientos tradicionales a fin de que adquieran, ejerciten y hagan valer sus derechos sobre esos conocimientos.*

b) *La identidad de la autoridad o autoridades nacionales competentes deberá comunicarse a un organismo internacional y ser ampliamente publicada para facilitar la cooperación y el intercambio de información relativos a la protección de los conocimientos tradicionales y la participación equitativa en los beneficios.*

2. *Las medidas y procedimientos establecidos por las autoridades nacionales y regionales para que surta efecto la protección de conformidad con los presentes principios deben ser justas y equitativas, accesibles y adecuadas, y no suponer una carga para los titulares de los conocimientos tradicionales, y en ellas deben contemplarse salvaguardias para los intereses legítimos de terceros y los intereses del público en general.*

COMENTARIOS SOBRE
EL ARTÍCULO 13

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

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

Se puede considerar un papel específico de las autoridades competentes, relativo a la observancia de la protección de los CC.TT. La mayor parte de las legislaciones *sui generis* vigente prevén que aquellos actos que infrinjan las leyes serán sancionados con advertencias, multas, confiscación de los productos derivados de los CC.TT., cancelación y revocación del acceso a los CC.TT., etc. Por ejemplo, la Ley de Artes y Artesanía Indígenas de los Estados Unidos de América contiene amplias disposiciones sobre observancia, que constituyen algunas de las disposiciones más sólidas de todas las legislaciones *sui generis* sobre los CC.TT. que han sido descritas al Comité.²² En la práctica puede ser difícil para los titulares de CC.TT. velar por la observancia de sus derechos, lo cual plantea la necesidad de abordar la posible administración colectiva de los derechos o una posible función específica de los organismos gubernamentales en la supervisión y persecución de las infracciones de derechos. Por ejemplo, en relación con la Ley de Artes y Artesanía Indígenas señalada anteriormente, la Oficina de Artes y Oficios Indios tiene una función específica al supervisar las violaciones de esa Ley.²³

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

²² Quien venda un producto sugiriendo falsamente que ha sido producido por los pueblos indígenas podrá ser objeto de multas muy severas y de una pena de prisión, sanciones que aumentarán en caso de reincidencia.

²³ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF/6, Anexo.

Cambios que reflejan los comentarios de los grupos interesados y las contribuciones recibidas en relación con esta disposición

El subpárrafo 1.iv) se ha modificado para adaptarlo a la enmienda del Artículo 6, pasando de un enfoque basado en una compensación equitativa a un modelo de participación equitativa en los beneficios. Se han revisado en consecuencia las competencias de la autoridad nacional o regional. Las referencias a la “adquisición” y el “mantenimiento” de los derechos se han eliminado, ya que los miembros del Comité consideraban que los derechos de los pueblos indígenas sobre sus conocimientos tradicionales son derechos inalienables anteriores que no pueden “adquirirse” o alienarse en el mercado.

Comentarios y contribuciones reflejados: Brasil, Consejo Saami, OAPI

ARTÍCULO 14

PROTECCIÓN INTERNACIONAL Y REGIONAL

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

COMENTARIOS SOBRE

EL ARTÍCULO 14

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

Hasta la fecha, los miembros del Comité han ofrecido escasas orientaciones sobre la manera en que debería tratarse la dimensión internacional desde el punto de vista técnico. No obstante, en la propuesta de un Estado miembro titulada “Elementos de uno o varios instrumentos internacionales”, presentada por el Grupo Africano y ampliamente respaldada por los miembros del Comité, se prevé cierta forma de aplicar el principio del trato nacional.²⁴ En esta disposición se establece por lo tanto una forma flexible de trato nacional, para garantizar que los titulares extranjeros de CC.TT. que cumplan los requisitos previstos puedan disfrutar de protección contra la apropiación y el uso indebidos de sus CC.TT., siempre y cuando se hallen en un país donde esté previsto aplicar esta disposición. El “trato nacional” es un principio según el cual un país dispensa a los titulares extranjeros de CC.TT. un trato al menos tan favorable como el que otorga a los titulares nacionales de CC.TT. en circunstancias similares. De modo que la norma del trato nacional persigue cierto grado de igualdad jurídica entre los titulares extranjeros y nacionales de CC.TT. Cabe destacar que el trato nacional es una norma relativa cuyo contenido depende del tipo de trato global que se dispense a los titulares nacionales de CC.TT.

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

Si bien un enfoque basado en el trato nacional puede parecer un buen punto de partida, a la luz de lo dicho anteriormente y de la experiencia acumulada en el campo de la P.I., la propia naturaleza de los CC.TT. y las formas de protección *sui generis* que solicitan muchos participantes del Comité, indican que el trato nacional debe complementarse mediante ciertas excepciones y limitaciones u otros principios como el reconocimiento mutuo, la reciprocidad y la asimilación, especialmente en lo que se refiere a la condición jurídica y a las leyes consuetudinarias de los beneficiarios de la protección. De acuerdo con una concepción estricta del trato nacional, un tribunal extranjero en el país que ofrece la protección se basaría en sus

²⁴ Propuesta del Grupo Africano, ‘Elementos Generales’ (WIPO/GRTKF/IC/6/12, Anexo)

propias leyes, incluidas las consuetudinarias, para determinar si una comunidad extranjera cumple los requisitos para ser beneficiaria de la protección. Esto puede llevar a tratar la cuestión de un modo que no resulta satisfactorio desde el punto de vista de la comunidad, que, en principio, preferiría que se apliquen sus propias leyes consuetudinarias. En virtud de los principios del reconocimiento mutuo y la asimilación, un tribunal extranjero del país que otorga la protección puede aceptar que una comunidad del país de procedencia de los CC.TT. tenga derecho, desde el punto de vista jurídico, a tomar medidas en un país A como beneficiario de la protección porque es un derecho que se le reconoce en el país de origen. Por lo tanto, si bien el trato nacional puede ser apropiado como norma general, es posible que el reconocimiento mutuo, por ejemplo, sea el principio adecuado para tratar algunas cuestiones tales como la capacidad legal.

Sin embargo, la protección de los titulares extranjeros de derechos sobre CC.TT. no deja de ser compleja, como han señalado los participantes del Comité. En relación con las ECT/EF, la Delegación de Egipto, por ejemplo, declaró en la séptima sesión del Comité que “las ECT/EF forman parte a menudo del patrimonio cultural de varios países. Su protección regional e internacional es por tanto una cuestión compleja que exige mucha prudencia. Los países tendrán que consultarse entre sí antes de adoptar cualquier norma jurídica al respecto.”²⁵ Marruecos destacó la necesidad “de ampliar las consultas para que participen todas las partes interesadas antes de establecer los mecanismos jurídicos de protección.”²⁶ Habida cuenta de la complejidad de esta cuestión, los debates del Comité no han permitido, de momento, ofrecer muchas orientaciones específicas en relación con esta cuestión técnica, y las legislaciones *sui generis* nacionales en materia de CC.TT. no protegen a los titulares extranjeros de derechos, o bien adoptan enfoques variados.

[Fin del Anexo y del documento]

²⁵ WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov. párr. 69.

²⁶ WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov. párr. 85.