

OMPI



WIPO/GRTKF/IC/5/8
ORIGINAL: Inglés
FECHA: 28 de abril de 2003

S

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
GINEBRA

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

Quinta sesión
Ginebra, 7 a 15 de julio de 2003

ESTUDIO GLOBAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS
TRADICIONALES

preparado por la Secretaría

ÍNDICE

	Párrafos
I. PANORAMA GENERAL	1 y 2
II. INTRODUCCIÓN	3 a 6
III. LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES MEDIANTE LA PROPIEDAD INTELECTUAL	7 a 39
IV. ENFOQUES RELATIVOS A LA DEFINICIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES	40 a 71
V. RESEÑA DE LOS ENFOQUES NACIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES	72 a 76
VI. EXPERIENCIAS NACIONALES RELATIVAS A LA PROTECCIÓN SUÍGENERA DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES	77 a 99

VII. ELEMENTOSDELOSSISTEMASSUI GENERISPARALA PROTECCIÓNDELOSCONOCIMIENTOSTRADICIONALES	100a146
VIII. CONCLUSIÓN	147a149

I. PANORAMA GENERAL

1. En el presente documento se recopilan las diversas informaciones sobre la protección por propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales que examinó el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (el "Comité"). Este material incluye estudios sobre los mecanismos que aplican los Estados miembros para la protección de los conocimientos tradicionales, legislaciones específicas (*sui generis*) sobre la protección de estos conocimientos, estudios de casos sobre el uso de la propiedad intelectual para la protección de dichos conocimientos y un análisis de la Secretaría relativo a cuestiones como las definiciones operativas de los conocimientos tradicionales y los elementos de la protección *sui generis* de estos conocimientos, así como el material recopilado en las numerosas consultas con los titulares de conocimientos tradicionales que la Secretaría llevó a cabo en 1998 y 1999.

2. En su cuarta sesión, el Comité solicitó que se realizara un estudio global que incluyera distintos enfoques sobre las definiciones de los conocimientos tradicionales, experiencias nacionales en materia de protección de estos conocimientos y análisis de los elementos de un sistema *sui generis*. La estructura del presente documento refleja esta decisión. La Sección II constituye un breve panorama de fondo del estudio y de los documentos anteriores en los que está inspirado. En la Sección III se analiza a grandes rasgos la noción de "protección de los conocimientos tradicionales" y se examinan posibles enfoques de protección, aclarando el concepto de protección de los conocimientos tradicionales en el contexto de la propiedad intelectual. En esta Sección se muestra que, en el marco de la protección pertinente, el concepto de conocimiento tradicional está influido por el objetivo de la protección buscada. Inspirada en documentos que el Comité examinó anteriormente, la Sección IV consiste en el estudio de enfoques en la definición del concepto de "conocimientos tradicionales" y en la se propone una definición completa de trabajo. En la Sección V se pasará revista a experiencias de protección legislativa de los conocimientos tradicionales en varias jurisdicciones (basándose en informes y estudios anteriores examinados por el Comité), en particular, con la protección *sui generis*. La Sección VI gira en torno a las legislaciones nacionales vigentes sobre la protección *sui generis*. En la Sección VII se proporcionan más detalles sobre posibles elementos de los sistemas *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales, y se vuelve a examinar la lista que utilizó anteriormente el Comité¹ para poner de relieve las opciones administrativas y de política de que se dispone para los sistemas de protección de los conocimientos tradicionales, tomando en consideración los datos recabados en las sesiones anteriores del Comité. En la Sección VIII se resumen las opciones con que se cuenta actualmente en lo que respecta a posibles enfoques de protección de los conocimientos tradicionales mediante la propiedad intelectual.

II. INTRODUCCIÓN

3. Desde un principio, el Comité ha abordado la protección de los conocimientos tradicionales tanto mediante los sistemas convencionales de propiedad intelectual como mediante distintos sistemas *sui generis* de protección. Su labor incluyó debates generales sobre política, así como exámenes sobre experiencias prácticas en cuanto a la protección de los conocimientos tradicionales. En su tercer y cuarta sesión, el Comité examinó una

¹ Documentos WIPO/GRTKF/IC/3/8 y 4/8.

serie de experiencias nacionales en lo relativo a la protección jurídica de los conocimientos tradicionales², comparó términos y definiciones de los conocimientos tradicionales³ y examinó posibles elementos de un sistema *sui generis* de protección de estos conocimientos por la propiedad intelectual. Asimismo, el Comité examinó la relación entre el concepto general de “conocimientos tradicionales” y el concepto más específico de “expresiones del folclore”⁵ y “expresión cultural tradicional”.

4. A raíz de una propuesta formulada en su cuarta sesión⁶, en la que se planteaba la idea de que estos temas, distintos pero vinculados entre sí, debían reunirse en un estudio técnico global, que “permitiría al Comité examinar detenidamente estas cuestiones”, el Comité decidió que:

“Sobre la base de los documentos WIPO/GRTKF/IC/4/8, WIPO/GRTKF/IC/3/9 y demás materiales, la Secretaría deberá preparar un estudio global en el que se incorporen distintos enfoques de las definiciones de los conocimientos tradicionales, experiencias nacionales en el ámbito de la protección de los conocimientos tradicionales y análisis de los elementos de un sistema *sui generis* de protección de dichos conocimientos, con la condición de que este estudio sea un análisis más estructurado y concreto de las opciones específicas.”⁷

Documentos conexos del Comité

5. Con el fin de proporcionar al Comité una referencia global única sobre la protección *sui generis* de los conocimientos tradicionales, este documento resume y reúne gran parte del material estudiado previamente por el Comité, en particular el análisis de los documentos WIPO/GRTKF/IC/3/9 (sobre definiciones de los conocimientos tradicionales) y WIPO/GRTKF/IC/4/8 (sobre elementos de la protección *sui generis*), tal como lo decidió el Comité⁸, así como los estudios sucesivos sobre enfoques jurídicos nacionales en materia de protección de los conocimientos tradicionales, expuestos en los documentos WIPO/GRTKF/IC/3/7, WIPO/GRTKF/IC/4/7 y WIPO/GRTKF/IC/5/7. Dada la superposición que existe entre la protección de los conocimientos tradicionales y la protección de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore, este documento también contiene partes de estudios paralelos relativos a la protección de las expresiones culturales tradicionales que figuran en los documentos WIPO/GRTKF/IC/3/10, WIPO/GRTKF/IC/4/3 y WIPO/GRTKF/IC/5/3. De necesitarse precisiones acerca de las cuestiones abordadas en el presente texto, pueden consultarse esos documentos.

² Documentos WIPO/GRTKF/IC/3/7, 4/7 y 5/7.

³ Véase el *Informe* de la tercera sesión, documento WIPO/GRTKF/IC/3/17, párrafos 212a-266, y el *Informe* de la cuarta sesión, documento WIPO/GRTKF/IC/4/15, párrafos 133a-164.

⁴ Véase Elementos de un sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales, documentos WIPO/GRTKF/IC/3/8, de 29 de marzo de 2002 y WIPO/GRTKF/IC/4/8, de 30 de octubre de 2002, y Los conocimientos tradicionales: definiciones y términos, documento WIPO/GRTKF/IC/3/9, de 20 de mayo de 2002.

⁵ Documento WIPO/GRTKF/IC/3/9.

⁶ *Informe* de la cuarta sesión, en el párrafo 134.

⁷ *Ibidem*, en párrafo 163.i).

⁸ Véase el *Informe* de la cuarta sesión, WIPO/GRTKF/IC/4/15, en el párrafo 175.vii).

6. La fuente documental paralela WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2 (“Información sobre experiencias nacionales en materia de protección del conocimiento tradicional por propiedad intelectual”) incluye información de referencia detallada sobre la protección del conocimiento tradicional en los sistemas jurídicos de distintos países, y en ella se transcriben partes de los textos de legislaciones nacionales sobre protección *sui generis* (Anexo III); dicha fuente se hace referencia en número de oportunidades en el presente documento. El documento WIPO/GRTKF/IC/5/12 comprende una síntesis y un panorama general de los temas que examina el Comité y trata de algunas de las cuestiones generales sistémicas y de política en relación con la protección del conocimiento tradicional, como la naturaleza de la protección por propiedad intelectual cuando se aplica a la materia de estos conocimientos y de las expresiones culturales tradicionales, el papel de las estrategias de protección positiva y preventiva, el papel de la protección por propiedad intelectual según una concepción amplia de la preservación y la salvaguardia de las culturas y sistemas jurídicos tradicionales, y diferentes formas de protección por propiedad intelectual.

III. LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES MEDIANTE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

a) La protección del conocimiento tradicional en un contexto de propiedad intelectual

7. Existen distintas nociones de protección, preservación y salvaguardia de los conocimientos tradicionales. La protección puede aplicarse directamente a los conocimientos tradicionales como un objeto de protección en sí mismo, a la preservación del contexto social y cultural en que se crean y mantienen dichos conocimientos, ya que las distintas formas de expresión en que se comunican y transmiten. Asimismo, otros elementos pueden ser objeto de protección, como los signos, símbolos y reputaciones que se asocian con los conocimientos tradicionales de una comunidad. Cada uno de estos contextos de protección tiene una importancia vital y el enfoque general de la protección debe ser completo y atender las necesidades e intereses de la comunidad tradicional en cuestión. Con arreglo al foco de atención general y el mandato⁹ del Comité, y al papel que desempeña la OOMPI en la cooperación internacional¹⁰, el presente documento gira en torno a la protección por propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales, o la protección de los conocimientos tradicionales en el contexto de la propiedad intelectual. Normalmente, la protección por propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales supone el reconocimiento de determinados derechos sobre los propios conocimientos tradicionales o de derechos asociados de alguna manera con estos conocimientos, derechos que facultan a impedir que terceros utilicen sin autorización los conocimientos protegidos. En la esfera misma de la protección por propiedad intelectual, el Comité ha formulado una distinción entre protección “positiva” y protección “preventiva” por propiedad intelectual¹¹. El objeto de esta Sección es aclarar qué se entiende por protección por propiedad intelectual, en contraposición con las nociones

⁹ Véase *Asuntos relacionados con la propiedad intelectual, los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y el folclore*, documento WO/GA/26/6, de 7 de agosto de 2000, párrafo 23.

¹⁰ Artículo 3.i) del Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (firmado en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979).

¹¹ WIPO/GRTKF/IC/5/12, párrafos 19 a 30 (véanse también los párrafos 15 a 17 del presente documento).

generales de protección de los conocimientos tradicionales, y examinar en qué modifica esto la definición de los conocimientos tradicionales y el enfoque de su protección.

Necesidad de protección por propiedad intelectual: la cuestión de las definiciones

8. Por lo general, en el labordel Comité se ha puesto de relieve la importancia fundamental de adoptar formas apropiadas de protección de los conocimientos tradicionales por la propiedad intelectual, y en particular, enfoques de protección que refuerzan la capacidad de los titulares de conocimientos tradicionales y de las comunidades tradicionales de identificar y salvaguardar sus intereses en el ámbito de la propiedad intelectual. Muchos miembros del Comité han hecho hincapié en la necesidad de una mayor protección de los conocimientos tradicionales, distinguiendo la importancia de poner en práctica versiones de los instrumentos convencionales de propiedad intelectual adaptadas a la materia de dichos conocimientos, y crear legislación *sui generis* o concebida específicamente para protegerlos conocimientos tradicionales. Esto ha dado lugar a la necesidad de explicar claramente el significado del concepto central de “protección” de los conocimientos tradicionales, y de determinar la intención o el objetivo de política de la protección de los conocimientos tradicionales, lo que ha llevado a preguntarse incluso de qué manera debería definirse en la práctica la expresión “conocimientos tradicionales”. Desde el punto de vista de las políticas, el concepto general de conocimientos tradicionales posee una naturaleza holística y un alcance muy amplio, lo que refleja su estrecha relación con la vida, la identidad cultural y las creencias espirituales de muchas comunidades indígenas y locales. Sin embargo, establecer o hacer efectiva las formas específicas de protección jurídica de los conocimientos tradicionales más allá de su contexto tradicional (especialmente si se intenta llevar a la protección al plano internacional) puede exigir una definición distinta y más funcional que corresponda a la forma de protección necesaria. En los debates del Comité se ha puesto de relieve que la definición de los conocimientos tradicionales dependerá inevitablemente de la forma de protección que se pretenda ¹². Por otro lado, la forma de protección de estos conocimientos será diferente en función del objetivo de política predominante y el fundamento jurídico de la protección de estos conocimientos. Una definición muy amplia y completa de los conocimientos tradicionales puede resultar útil al título descriptivo general, pero posiblemente no sirva como una base eficaz para una forma específica de protección jurídica.

¿Qué se entiende por protección?

9. Al aclarar el concepto de “protección” de los conocimientos tradicionales desde el punto de vista de las políticas, cabe preguntarse si la protección está concebida en el contexto de la propiedad intelectual o en un contexto más general, como cuando se salvaguardan, preservan o copilan los conocimientos tradicionales para garantizar su superdurabilidad. Los conocimientos tradicionales pueden “protegerse” mediante una serie de mecanismos jurídicos, como contratos y licencias, o mediante las legislaciones nacionales que contemplan cuestiones como la protección del medio ambiente, del patrimonio cultural de los intereses de los pueblos indígenas. En cada caso, un diferente concepto de conocimientos tradicionales puede corresponder a cada noción distinta de protección, y las definiciones jurídicas formales de dichos conocimientos variarán en consecuencia ¹³. Además, los sistemas de protección de

¹² Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/12, párrafo 41.

¹³ Véase el estudio sobre las definiciones que figura en el Anexo del documento WIPO/GRTKF/IC/3/9.

Los conocimientos tradicionales pueden entrañar objetivos específicos de política, lo que delimita la definición del concepto de conocimientos tradicionales a los fines de alcanzar esos objetivos. Ello se observa en varios casos en que la protección de los conocimientos tradicionales está vinculada a objetivos medioambientales. Por ejemplo, cuando la protección de dichos conocimientos forma parte de un régimen más amplio que rige el acceso a los recursos genéticos y la protección de la diversidad biológica, la definición de los conocimientos tradicionales a los efectos de su protección puede limitarse a los conocimientos tradicionales que se asocian con los recursos genéticos, más que referirse a un espectro más amplio de materia de esos conocimientos. Al mismo tiempo, la protección puede centrarse en los conocimientos tradicionales en el ámbito de la medicina y los medios para concretar la concebirán para esa materia precisa.

Ejemplo de conocimientos tradicionales en el contexto del CDB

10. El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) puede contribuir a ilustrar la variedad de enfoques de protección de los conocimientos tradicionales que pueden surgir en un contexto político determinado y apartir de un instrumento jurídico¹⁴. En virtud del Artículo 8.j) del CDB, los conocimientos tradicionales deberán ser *respetados, preservados y mantenidos*; su aplicación deberá ser *promovida* con la aprobación y la participación de sus titulares; y su utilización deberá conducir a que los *beneficios se compartan equitativamente*¹⁵. Estos distintos objetivos complementarios ilustran la relación variable entre la preservación y la protección, y las diferentes nociones de protección que pueden ser necesarias para alcanzar un objetivo general de política. Esta disposición ha sido objeto de extensos debates en los foros establecidos en el marco del CDB, y se puede recurrir a una gran variedad de instrumentos reglamentarios y jurídicos para alcanzar esos objetivos. Los mecanismos de la propiedad intelectual (y a los derechos convencionales de propiedad intelectual o las formas específicas *sui generis* de protección) pueden resultar útiles, pero probablemente no sean suficientes. La protección por propiedad intelectual no está concebida antes de operar para preservar y mantener los conocimientos, si bien puede fomentar u ocasionar dichos resultados indirectamente, por ejemplo, incrementando los incentivos para la preservación de los conocimientos. Es posible que la protección que ofrece la propiedad intelectual determine de qué manera se respetarán los conocimientos tradicionales, garantizando que el proceso de preservación no socavará los intereses de los titulares de conocimientos tradicionales y que dichos conocimientos serán utilizados con su consentimiento, y dándole tal vez la posibilidad de estructurar y definir acuerdos sobre la distribución de beneficios. Estos objetivos están vinculados entre sí, pero exigen maneras distintas de utilizar los mecanismos de propiedad intelectual, que a su vez quizás necesiten funcionar junto con otros instrumentos jurídicos y prácticos.

11. La protección por propiedad intelectual funciona en un entorno dinámico y generalmente a la luz de las condiciones en las cuales se utiliza, explota y difunde el material protegido (ya que conceder a sus titulares el derecho a impedir la utilización de dicho material o a establecer las condiciones de su uso) en el contexto amplio del fomento del desarrollo cultural, tecnológico y económico, y del comercio internacional. El concepto de promover la distribución equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los conocimientos

¹⁴ Este análisis de las definiciones constituye sólo una referencia ilustrativa, y no está destinado a interpretar ni aplicar el texto del CDB de modo determinado, ni a sacar ningún tipo de conclusión terminante sobre el efecto o el objetivo de cualquier disposición del CDB.

¹⁵ Véase el resumen de este análisis en el documento WIPO/GRTKF/IC/5/12, párrafos

tradicional es constituye una manera de aplicar la protección por propiedad intelectual, si bien no supone necesariamente el establecimiento de un régimen de propiedad intelectual. Por ejemplo, la distribución de los beneficios puede establecerse en función de los sistemas de licencias concedidas por autoridades gubernamentales, mediante tasas y otras remuneraciones, o con arreglo a acuerdos contractuales apropiados con los titulares de los conocimientos tradicionales. Estas opciones ajenas a la propiedad intelectual pueden considerarse como maneras de fomentar la distribución de los beneficios. Sin embargo, desde el punto de vista contractual, los titulares de conocimientos tradicionales no podrán hacer valer sus derechos e intereses con terceros que no estén vinculados por contrato. Por otro lado, con un sistema de remuneración, los titulares de conocimientos tradicionales tal vez no tendrían el derecho de decir “no” ante la utilización de los conocimientos tradicionales por parte de terceros. Normalmente, una forma de protección por propiedad intelectual supondría otorgar a los titulares de los conocimientos tradicionales el derecho a hacer valer sus intereses con terceros, ya que conceder o negar la autorización para utilizar los conocimientos tradicionales protegidos (aunque en los sistemas de propiedad intelectual pueden establecerse límites a dichos derechos). Asimismo, la protección por propiedad intelectual puede proporcionar la base jurídica para las negociaciones sobre la naturaleza exacta de los beneficios y la manera en que han de ser distribuidos equitativamente.

El objetivo de la protección por propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales

12. La protección por propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales puede ser considerada como un fin en sí mismo, o como la elección de un mecanismo de política para alcanzar un objetivo de política determinado. El marco del CDB ilustra cómo la protección por propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales puede servir como un recurso para promover los objetivos de dicho Convenio, en el contexto de las disposiciones del Artículo 8.j), entre otros, que fueron examinadas detenidamente. Por ejemplo, a la “protección” abordada en el Artículo 8.j) está ligado el requisito previsto en el Artículo 10.c)¹⁶ según el cual cada Parte Contratante, “en la medida del posible y según proceda”, “protegerá y alentará la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación de la utilización sostenible”. En lo que se refiere a la utilización consuetudinaria con arreglo a las prácticas culturales tradicionales, puede ser necesario tanto proteger como fomentar el uso de los conocimientos tradicionales relativos a los recursos biológicos. La protección de los conocimientos tradicionales por propiedad intelectual puede conllevar un equilibrio dinámico entre el objetivo de proteger y el objetivo de promover el uso. Mediante los sistemas de propiedad intelectual generalmente se busca fomentar la difusión o el uso de la materia protegida aclarando quiénes son los titulares.

13. El CDB contiene otras dos referencias a los conocimientos tradicionales: en el Artículo 17.2) se mencionan los “conocimientos autóctonos y tradicionales” como uno de los elementos de información cuyo intercambio deben facilitar las Partes; y el Artículo 18.4) establece que las Partes “fomentarán y desarrollarán métodos de cooperación para el

¹⁶ “[...] [A]rticle 10(c) should be read in conjunction with article 8(j) which encourages Parties to respect, preserve and maintain the knowledge [...]” ([...] El Artículo 10.c) debe examinarse junto con el Artículo 8.j) que alienta a las Partes a respetar, preservar y mantener los conocimientos [...]). Véase Glowka, Lyly y otros: *A Guide to the Convention on Biological Diversity*, UICN, 1994, pág. 60.

desarrollo y utilización de tecnologías, incluidas las tecnologías autóctonas y tradicionales, para la consecución de los objetivos del [...] Convenio ”. Es posible que estas disposiciones se apliquen mediante acuerdos de concesión de licencias y de transferencia, y en ese caso, un marco de propiedad intelectual más claro para la protección de los conocimientos tradicionales tal vez incremente la seguridad jurídica y reduzca el costo de las transacciones. Sin embargo, tal vez la protección directa de los conocimientos tradicionales mediante la propiedad intelectual no sea fundamental, y quizás los sistemas de contratos y de concesión de licencias puedan generar resultados similares, con costos y eficacia diferentes.

14. La distinción entre la protección por propiedad intelectual y las nociones generales de protección de los conocimientos tradicionales queda puesta de manifiesto por el hecho de que el CDB tiende a referirse al respeto, preservación, mantenimiento o utilización de los *conocimientos*, antes que de los *derechos sobre los conocimientos*. Así pues, probablemente sea necesario que los derechos de propiedad intelectual o los derechos específicos sobre los conocimientos figuren junto a otras opciones de políticas para alcanzar el objetivo más general de “protección” de los conocimientos tradicionales, en particular la protección contra la pérdida de dichos conocimientos. Además, la idea de distribución equitativa de los beneficios puede suponer distintos conceptos de exclusividad de la protección, de derechos de remuneración y del derecho a recibir beneficios no monetarios.

Protección preventiva de los conocimientos tradicionales por propiedad intelectual

15. Dentro de la concepción general de protección de los conocimientos tradicionales por propiedad intelectual, el Comité ha distinguido diferentes formas de protección positiva y de protección preventiva. El documento WIPO/GRTKF/IC/5/12 (párrafos 19 a 30) incluye un examen detallado de esos conceptos. La protección “preventiva” no está concebida para establecer derechos específicos u otros intereses relativos a la materia de los conocimientos tradicionales, sino antes bien para impedir que terceros hagan valer o adquieran derechos de propiedad intelectual sobre dicha materia. En el documento WIPO/GRTKF/IC/5/6 se resume una amplia gama de medidas preventivas que se han analizado y desarrollado gracias al trabajo del Comité. Entre ellas figura poner información a disposición de los examinadores de patentes y de marcas para que los derechos formales de propiedad intelectual no abarquen los conocimientos tradicionales que se encuentran en el dominio público (en lo que a tñeala s patentes) ni los que constituyen un elemento de identificación de los pueblos indígenas y de las comunidades tradicionales susceptibles de ser protegido (en lo que a tñeala s marcas). La labor en este ámbito puede observarse en las bases de datos y otros sinventarios de información que se ponen a la disposición de los examinadores de patentes así como en las bases de datos relativas a insignias que los examinadores de marcas pueden consultar ¹⁷.

16. Por lo general, esta forma de protección preventiva no se logra haciendo valer activamente los derechos de propiedad intelectual, aunque en algunas circunstancias la solicitud o la obtención de los derechos de propiedad intelectual pueda formar parte de una estrategia de protección “preventiva”. Por ejemplo, existe la práctica establecida de presentar solicitudes de patente como una estrategia preventiva a fin de garantizar que terceros no puedan posteriormente reivindicar derechos sobre el material divulgado en el fascículo de patente (existente también en mecanismos específicos de divulgación en los sistemas de derechos

¹⁷ Véase documento WIPO/GRTKF/IC/5/7, párrafo 12 (“Experiencias nacionales relacionadas con la utilización de regímenes internacionales de la propiedad intelectual para la protección de los conocimientos tradicionales”).

de patente). Las legislaciones sobre marcas pueden contemplar el registro preventivo o el reconocimiento de ciertos signos o marcas oficiales para impedir que terceros adquieran o ejerzan derechos de marca de manera lesiva. En esos casos, el objetivo no es la explotación comercial de la materia de tales derechos, sino simplemente adquirir o hacer valer un derecho con el fin de impedir que terceros se beneficien usando los conocimientos tradicionales protegidos por la propiedad intelectual¹⁸.

17. En líneas generales, la protección preventiva de los conocimientos tradicionales supone una serie de estrategias prácticas en el marco jurídico general de la propiedad intelectual, aunque pueden establecerse disposiciones jurídicas especiales para facilitar la protección preventiva (como el registro preventivo). El presente documento se centra en los mecanismos jurídicos de protección positiva de los conocimientos tradicionales mediante derechos de propiedad intelectual.

Alcance de la materia protegida

18. Los diferentes enfoques de la protección positiva de los conocimientos tradicionales ponen de relieve la necesidad de aclarar en primer lugar cuáles es el alcance del conocimiento protegido, así como el alcance de los derechos conferidos. En el análisis que figura a continuación se exponen en detalle los enfoques de la definición de los conocimientos tradicionales en el sistema de protección por propiedad intelectual, aunque es importante aclarar el sentido general del concepto de “conocimientos tradicionales”. Esta expresión ha sido usada en el Comité como un concepto amplio y diverso que alude a un campo general de intereses de trabajo y de políticas (conocimientos tradicionales en el sentido amplio de la expresión *latosensu*). También se ha empleado en un sentido más preciso (conocimientos tradicionales en sentido estricto o *strictosensu*) para “hacer referencia al contenido o al fundamento de los conocimientos, capacidades, prácticas y enseñanzas tradicionales, aun reconociendo que dicho contenido podría considerarse inherente al modo tradicional de expresar los conocimientos y al contexto tradicional en el que se desarrollan, conservan y transmiten. Esto refleja la idea de que los conocimientos tradicionales deben hacer referencia a los “conocimientos” en el sentido general del término, pero con un carácter específicamente tradicional. La protección se aplicaría a los conocimientos *sensu lato*, y mediante ella se limitaría el uso no autorizado de dichos conocimientos; dentro de esta protección podría figurar la protección contra la divulgación no autorizada de conocimientos tradicionales secretos o sagrados¹⁹. Por el contrario, la protección de las expresiones culturales tradicionales (sinónimo de expresiones del folclore) está relacionada esencialmente con la protección de una expresión como tal, y no con la idea o el contenido (la doctrina del derecho de autor acerca de la dicotomía que existe entre idea y expresión puede ayudar a precisar esta distinción²⁰).

¹⁸ Véase el *Estudio consolidado sobre la protección de los conocimientos tradicionales mediante propiedad intelectual*, documento WIPO/GRTKF/IC/5/7, párrafo 8.

¹⁹ Documento WIPO/GRTKF/IC/5/12, párrafo 44.

²⁰ El documento WIPO/GRTKF/IC/5/12 trata de la protección de las expresiones del folclore, véase el “Análisis consolidado de la protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales”, documento WIPO/GRTKF/IC/5/3, y el “Informe final sobre las experiencias nacionales en materia de protección jurídica de las expresiones del folclore”, documento WIPO/GRTKF/IC/3/10.

19. Por consiguiente, la labor del Comité se ha llevado a cabo partiendo de la distinción general entre la protección de los conocimientos tradicionales como tales y la protección de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore, con el fin de determinar con claridad las distintas formas y la materia de protección, y no excluye ambas formas de materia de las que se ocupa un sistema jurídico²¹. Además, algunas creaciones comprenden tanto contenido técnico como formas de expresión en un objeto único. Se trata de un concepto habitual en la legislación sobre propiedad intelectual, en que diferentes aspectos del mismo producto pueden protegerse por derechos complementarios de propiedad intelectual — como el derecho de autor o la protección de los diseños industriales aplicados a ciertos aspectos de la forma o expresión, la protección por patente o modelo de utilidad para aspectos funcionales, y la protección de las marcas, las indicaciones geográficas y la protección contra la competencia desleal en el caso de las características distintivas. En la esfera general de la protección de los conocimientos tradicionales, los productos artesanales son un buen ejemplo de esta amalgama de materia protegida — los productos artesanales pueden incorporar contenido técnico, valores estéticos u otros valores culturales, y pueden poseer características distintivas (entre las que figurar cualidades específicas geográficas o locales). Es por ello que los productos artesanales pueden protegerse por las ideas técnicas que fueron fabricados, por las expresiones culturales que representan, por las características distintivas de los signos o las marcas asociados a ellos²².

20. De cualquier manera, si se limita o amplía el alcance de la materia de los conocimientos tradicionales a la que se otorgará protección jurídica, necesariamente habrá repercusiones en la naturaleza de su protección y en la forma de los derechos que materializan esta protección. Forzosamente, la protección de las expresiones estará relacionada con los valores culturales, así como con los derechos morales, mientras que la “protección” de materia técnica o del contenido de los conocimientos se centrará predominantemente en las incidencias económicas y técnicas de las utilidades. Finalmente, la naturaleza misma de los derechos conferidos variará en función de la materia de que se trate: aunque los elementos de los conocimientos tradicionales que principalmente sirven para identificar comunidades tradicionales no pueden transferirse o concederse a terceros, es posible concebir acuerdos de concesión de licencias en materia de conocimientos tradicionales técnicos²³, con independencia del hecho de que los conocimientos tradicionales técnicos también suponen fines de identificación cultural, cosa que se explicará más adelante. No obstante, en lo que se refiere a este tipo de conocimientos, su uso para identificar culturalmente una comunidad no corresponde a su principal objetivo. Evidentemente, la última palabra sobre esta cuestión la tienen los propios titulares de los conocimientos tradicionales. Nadie puede tomar este tipo de decisiones en nombre de ellos. Lo que la legislación puede ofrecer es dejar opciones a disposición del titular de los conocimientos tradicionales para que obren libremente.

21. Para que esto ocurra, es importante asegurar que los titulares de conocimientos tradicionales tengan la capacidad de elegir lo que respecta a la protección de sus activos intangibles. Por consiguiente, la cuestión está relacionada con la gestión de la propiedad intelectual y requiere la toma de conciencia de las distintas posibilidades que existen así como de sus consecuencias. Habida cuenta de lo anterior, el Comité, en su tercer sesión, aprobó la

²¹ Véase, por ejemplo, el Anexo III del documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2.

²² Véase el análisis que figura en el documento WIPO/GRTKF/IC/5/7, párrafo 9.

²³ El Artículo 18.e) de la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación (UNCCD) se refiere expresamente a la transferencia de tecnología relacionada con los conocimientos tradicionales.

preparación de una guía “para la gestión de los aspectos de catalogación de conocimientos tradicionales relacionados con la propiedad intelectual en la que se preste una atención especial al establecimiento de bases de datos sobre conocimientos tradicionales”²⁴. En los documentos WIPO/GRTKF/IC/4/5 y WIPO/GRTKF/IC/5/5 figuran actualizaciones de la evolución de esta guía.

b) Panorama general de los mecanismos de protección positiva de los conocimientos tradicionales

22. El análisis de varios documentos preparados por el Comité sobre experiencias en el ámbito de la protección de los conocimientos tradicionales²⁵ pone en evidencia que los diferentes mecanismos pueden ser –y, por cierto, han sido– usados para otorgar protección a dichos conocimientos. Estos mecanismos están agrupados por categorías en el documento WIPO/GRTKF/IC/5/12, tal como figura a continuación:

- sistemas existentes de propiedad intelectual aplicados a la materia de los conocimientos tradicionales;
- adaptaciones y elementos *sui generis* de sistemas existentes de propiedad intelectual para garantizar su aplicación a la materia de los conocimientos tradicionales (por ejemplo la incorporación de la materia de los conocimientos tradicionales en la CPI); y
- sistemas *sui generis* de propiedad intelectual totalmente independientes, y asea para la protección del contenido de los conocimientos tradicionales como tales, la protección de las expresiones culturales tradicionales o las expresiones del folclore, o la protección tanto del contenido como de la expresión.

Requisitos formales

23. Existe una diferencia fundamental entre la protección basada en un requisito formal y la protección que deriva automáticamente de la materia, sin que exista la necesidad de tomar medidas formales específicas como el registro. Los mecanismos de protección relativos a los conocimientos tradicionales pueden exigir que se reconozca o registre formalmente el derecho de propiedad intelectual, como en la esfera de las patentes o de las marcas registradas, o se puede otorgar protección sin que haya necesidad de formalidad alguna, como en el caso del derecho de autor²⁶ y de las marcas no registradas. El primer enfoque ha sido aplicado típicamente en el caso de los mecanismos que protegen el contenido de conocimientos tradicionales técnicos, y puede encontrarse en varios casos en los que se utilizaron mecanismos convencionales de propiedad intelectual (como el uso del sistema de patentes para proteger innovaciones en los sistemas de medicina tradicional), y en muchos países que han adoptado un enfoque *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales²⁷. El segundo enfoque, la protección sin requisitos de forma, ha sido aplicado especialmente a la protección de las expresiones de los conocimientos tradicionales o de las expresiones

²⁴ *Inventario de bases de datos en línea de catalogación de conocimientos tradicionales*, documento WIPO/GRTKF/IC/3/6, de 10 de mayo de 2002, párrafo 99.

²⁵ Véanse los documentos WIPO/GRTKF/IC/2/8, 2/9, 3/7, 3/10, 4/3, 4/7 y 5/7.

²⁶ En algunos países existen sistemas de registro del derecho de autor para facilitar la prueba de titularidad.

²⁷ El documento WIPO/GRTKF/IC/5/7 contiene un estudio de experiencias nacionales en materia de protección de los conocimientos tradicionales.

culturales tradicionales (expresiones del folclore), especialmente en vista de la aplicación generalizada en esta materia de sistemas de derecho de autor y derechos conexos y de sistemas basados en el derecho de autor o derivados de ellos²⁸. Sin embargo, en la Ley de Biodiversidad de Costa Rica, que contiene algunas disposiciones relativas a un régimen *suigeneris* de protección del conocimiento tradicional asociado con la biodiversidad, también se emplea un sistema sin requisitos de forma²⁹.

24. El Comité ha examinado varios medios destinados a utilizar los mecanismos convencionales de propiedad intelectual para la protección del conocimiento tradicional y las expresiones de dichos conocimientos, como el derecho de autor, las patentes, las marcas, las indicaciones geográficas, los diseños industriales y los secretos comerciales que se examina en los documentos WIPO/GRTKF/IC/3/10 y WIPO/GRTKF/IC/5/7. Sin embargo, muchos miembros del Comité han destacado estos mecanismos convencionales de propiedad intelectual pueden resultar de algún modo incoherentes o inadecuados para la protección del conocimiento tradicional, dadas las características específicas de estos conocimientos como materia de protección por propiedad intelectual. En las Secciones V y VI del presente documento se analizan las bases de los sistemas *suigeneris* como un complemento de los mecanismos convencionales de propiedad intelectual. No existe necesariamente una clara división entre los elementos de los sistemas existentes de propiedad intelectual pertinentes a la protección del conocimiento tradicional y los distintos sistemas *suigeneris* de conocimiento tradicional. Para ilustrar este punto cabe citar el ejemplo de la protección *suigeneris* de las bases de datos. Cuando una compilación de datos constituye una creación intelectual en razón de la selección o disposición de su contenido³⁰ se identifica en parte como un objeto independiente de protección en virtud de la legislación sobre derecho de autor. Sin embargo, en cierta medida, los componentes no originales de una base de datos también pueden considerarse como un objeto de protección *suigeneris* de bases de datos según el sistema jurídico de ciertos países³¹. De hecho, ambos mecanismos jurídicos se han elaborado para poder aplicarse a las colecciones de conocimiento tradicional, permitiéndoles cierta protección. En el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3 se examina la pertinencia de la protección basada en el derecho de autor o la protección *suigeneris* de bases de datos en el caso de las expresiones culturales tradicionales.

25. Al mismo tiempo, en cualquier sistema de propiedad intelectual *sui generis* creado específicamente para los conocimientos tradicionales, pueden existir elementos *sui generis* del derecho general de la propiedad intelectual que pueden aplicarse a la materia de los conocimientos tradicionales. En el marco del derecho de la propiedad intelectual se han desarrollado mecanismos *sui generis* específicos para satisfacer determinadas necesidades prácticas u objetivos de política relacionados con una materia en particular: entre ellos figuran disposiciones jurídicas y prácticas o medidas administrativas. Por ejemplo, la

²⁸ Véase el *Análisis preliminar sistemático de experiencias nacionales en materia de protección jurídica de las expresiones del folclore*, documento WIPO/GRTKF/IC/4/3, de 20 de octubre de 2002, párrafos 71 a 73.

²⁹ Ley N.º 7.788, de 23 de abril de 1998, Artículo 82. El texto completo de la Ley N.º 7.788 puede encontrarse en www.prodiversitas.bioetica.org/doc25.htm.

³⁰ De conformidad con el Artículo 10.2 del Acuerdo sobre los ADPIC y el Artículo 5 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor.

³¹ Véase, por ejemplo, la Directiva de la UE relativa a las bases de datos (Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 1996 sobre la protección jurídica de las bases de datos (Diario Oficial L77, 27.3.1996, pág. 20)).

obligación *sui generis* de divulgación, como requisito para la presentación de muestras, puede aplicarse a los procedimientos de patente en relación con nuevos microorganismos³². Se han formulado propuestas relativas a la obligación de divulgación relacionada específicamente con las patentes de invenciones derivadas de recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales conexos³³. En lo que se refiere a los propios conocimientos tradicionales, la elaboración de clases o subclases para esos conocimientos en la Clasificación Internacional de Patentes puede considerarse como un elemento *sui generis* de un sistema existente destinado a facilitar la protección preventiva de los conocimientos tradicionales³⁴. Al ampliarse el concepto de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes para pasar a incluir a quienes interpretan o ejecutan “expresiones del folclore”³⁵, se abarca materia *sui generis* relacionada con los conocimientos tradicionales dentro de un sistema de propiedad intelectual amplio (véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3). De ahí que tal vez el Comité deba explorar o definir los límites de la interacción de los elementos *sui generis* pertinentes de los sistemas de propiedad intelectual vigentes, que protegen hasta cierto límite los conocimientos tradicionales, con los elementos de sistemas *sui generis* definidos, concebidos específicamente para proteger los conocimientos tradicionales.

c) La dimensión nacional o internacional de la protección de los conocimientos tradicionales

26. La protección de la propiedad intelectual es de naturaleza territorial, y está basada en las legislaciones y los sistemas de protección nacionales o regionales, a uncuando no sea estructurada y no dependa del registro. Sin embargo, el interés de política en la protección de la propiedad intelectual y, en particular, en la protección de los conocimientos tradicionales posee una marcada dimensión internacional. Dado que la propiedad intelectual es un activo intangible de fácil comunicación y reproducción, puede atravesar fronteras sin barrera alguna, deno ser por la protección jurídica. Las inquietudes de política sobre la protección de los conocimientos tradicionales por propiedad intelectual generalmente surgen cuando se aparta esta protección de su contexto tradicional, y frecuentemente cuando se la transmite o se recurre a ella en distintas jurisdicciones. En todos los sistemas jurídicos nacionales *sui generis* que protejan los conocimientos tradicionales al margen de los derechos de propiedad intelectual establecidos, deberá prevalecer la interacción con los sistemas de propiedad intelectual de otros países. Por ende, la manera en que se logre el reconocimiento internacional de los derechos *sui generis* contemplados en los sistemas nacionales, o el funcionamiento eficaz de los sistemas nacionales, constituye una cuestión jurídica y práctica fundamental. Por consiguiente, incluso cuando se busque identificar los elementos de eventuales sistemas *sui generis*, surge el interrogante de si el sistema estará definido a escala nacional o internacional. Es posible concebir que el labor futuro del Comité se centre en sistemas de protección a escala nacional, para luego extraer principios más generales que puedan expresarse en un marco internacional; el Comité podría tratar de definir qué elementos o principios básicos se perseguirán en un marco internacional, y se ad carácter indicativo o ilustrativo, o más formal. Además, siempre que exista un interés en este sentido, la cuestión

³² De conformidad con el Tratado de Budapest sobre el reconocimiento internacional del depósito de microorganismos a los fines del procedimiento en materia de patentes.

³³ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/10.

³⁴ Véanse los párrafos 39 y 40 del documento IPC/CE/31/8, Informe del Comité de Expertos, Unión Especial para la Clasificación Nacional de Patentes (Unión IPC), trigésimo primer período de sesiones, Ginebra, 25 de febrero a 1 de marzo de 2002.

³⁵ Tratado de la OMPI sobre Interpretación y Ejecución de Fonogramas, Artículo 2.a).

importantes será llevar a cabo la transición de la protección nacional a la protección internacional. Tal vez los países prefieran proceder según las circunstancias de cada caso, estableciendo un sistema de reconocimiento de los derechos que otros países conceden a sus propios ciudadanos, cuando estén dispuestos a obrar de la misma forma. Cabe mencionar la Ley *sui generis* de Panamá como un ejemplo de este enfoque³⁶. También es posible adoptar una perspectiva regional o multilateral, mediante la cual los países contratantes aceptarían algunas normas sobre la articulación de los sistemas nacionales de protección y, finalmente, un nivel mínimo de principios armonizados de protección. Surge entonces el interrogante acerca de cómo se interpretarán y aplicarán los principios de trato nacional y de nación más favorecida.

d) Objetivos de la protección de los conocimientos tradicionales

27. La forma de protección de los conocimientos tradicionales, yasea mediante mecanismos existentes de propiedad intelectual, mediante elementos adaptados *sui generis* de formas existentes de propiedad intelectual, o mediante un sistema *sui generis* independiente, dependerá en gran medida de por qué se protegen los conocimientos tradicionales –cuál sería el objetivo previsto de la protección de los conocimientos tradicionales. Los sistemas existentes de propiedad intelectual se han utilizado para distintos objetivos relacionados con los conocimientos tradicionales, por ejemplo,

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

28. Normalmente, el objetivo de la protección será una combinación de algunos de los elementos anteriores, y el énfasis variará según el material que concretamente deba protegerse –en particular, podrá ser necesaria la protección tanto preventiva como positiva. Es probable que la protección independiente *sui generis* de los conocimientos tradicionales se centre no sólo en la protección preventiva sino en la creación de un derecho positivo respecto de la materia protegida. Aun así, se planteará la cuestión de cuáles son los derechos positivos en cuestión, y qué actos de terceros se prevén limitar, y si la protección está vinculada a otros objetivos específicos de política, como la protección activa del patrimonio cultural, la eliminación de prácticas comerciales desleales, la gestión equitativa de los recursos genéticos, y la conservación de la diversidad biológica. El debate acerca de la protección de los conocimientos tradicionales mediante la propiedad intelectual podrá aclararse prestando

³⁶ Véase la Ley N.º 20, de 26 de junio de 2000, Artículo 25:

“Para los efectos de la protección, uso y comercialización de los derechos colectivos de propiedad intelectual de los pueblos indígenas contenidos en esta Ley, las expresiones artísticas y tradicionales indígenas de otro país tendrán los mismos beneficios establecidos en ella, siempre que sean efectuados mediante acuerdos internacionales recíprocos con dichos países”.

mayor atención a las necesidades y objetivos específicos de quienes procuran proteger sus conocimientos tradicionales. Sin embargo, al mismo tiempo, hay algunos aspectos comunes de los sistemas de propiedad intelectual que pueden aplicarse a la protección de los conocimientos tradicionales y podrán ayudar a aclarar por qué, por lo general, un tipo de protección análoga de la propiedad intelectual podrá ser útil para los conocimientos tradicionales.

e) Razones para proteger los conocimientos tradicionales mediante la propiedad intelectual

29. Tal vez debido a la diversidad de objetivos de la protección de conocimientos tradicionales planteados en los debates, no queda del todo claro si los conocimientos tradicionales entran en la misma categoría general que otras creaciones intelectuales, como las invenciones y las obras literarias y artísticas, protegidas por derechos específicos de propiedad intelectual. La cuestión de fondo es en qué medida debe verse un sistema *sui generis* desde la óptica de un sistema de propiedad intelectual, y hasta qué punto funciona en forma independiente del marco general de propiedad intelectual. A la vez, ello se relaciona con la posible incomodidad que genera la orientación evidentemente comercial o económica del sistema de propiedad intelectual, que parecería entrar en conflicto con las necesidades y expectativas de naturaleza más variada y cultural de los titulares de conocimientos tradicionales. En la mayoría de los casos (pero no en todos), al momento de su creación los conocimientos tradicionales nos suponen un objetivo comercial ni se prevé comercializarlos de manera tradicional. De hecho, a menudo es la utilización comercial no autorizada de los conocimientos tradicionales por terceros lo que genera inquietud de que estos conocimientos deberían protegerse mediante propiedad intelectual, y no tanto el deseo concreto de los titulares de conocimientos tradicionales de comercializar sus conocimientos.

30. En consecuencia, se plantea la inquietud de que los conocimientos tradicionales no deberían transformarse en objeto del comercio, como es el caso de la materia de la propiedad intelectual, ni reducirse y simplificarse a un conjunto de derechos patrimoniales. Podría parecer que aplicar la protección por propiedad intelectual disminuye el valor cultural y espiritual de los conocimientos tradicionales, o, aún peor, distorsiona su naturaleza esencial y los transforma en una mercancía comerciable. Desde otro punto de vista, se ha dicho que no existe justificación económica que avale el costo de idear y aplicar un nuevo régimen jurídico para proteger los conocimientos tradicionales; por ejemplo, el argumento del incentivo relativo a la protección por propiedad intelectual podría no aplicarse a la protección de los conocimientos tradicionales, que casi por definición han surgido de la iniciativa de las comunidades, en respuesta a sus propias necesidades e intereses. Sin embargo, ese análisis podría dejarse de lado si la naturaleza adaptable y el amplio espectro de mecanismos de propiedad intelectual.

31. Por lo general, la definición de “propiedad intelectual” se ha expresado en términos amplios: por ejemplo, en el Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, de 1967, se formula en relación con derechos específicos de propiedad intelectual (como los derechos relativos a las invenciones y a las marcas), pero también con inclusión de “todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico”³⁷. Sin embargo, hay una cualidad común a los derechos

³⁷ El Artículo 2 del Convenio de la OMPI establece que se entenderá por “Propiedad Intelectual”, “los derechos relativos a las obras literarias, artísticas y científicas, a las interpretaciones de los artistas intérpretes y a las ejecuciones de los artistas ejecutantes, a los fonogramas y a las

establecidos en el marco de los sistemas de propiedad intelectual. Los derechos de propiedad son indefinidos y a ellos se añaden las características diversas, variables y abstractas del conocimiento humano. Los derechos de propiedad se hacen valer contra terceros: fundamentalmente, facultan a su titular a prohibir la violación de su propiedad. Debido a la naturaleza intangible de su materia, los derechos de propiedad intelectual quedan definidos por los límites establecidos al rededor de la materia reivindicada, y se hacen valer impidiendo a terceros la utilización o reproducción de la materia protegida.

32. Al examinar la protección de la materia de los conocimientos tradicionales mediante la propiedad intelectual, es importante diferenciar el derecho de propiedad intelectual como tal del material de fondo que es objeto de dicha protección. Los conocimientos tradicionales necesariamente serán más globales, diversos y constitutivos de la vida y el patrimonio de una comunidad que cualquier régimen específico de derechos de propiedad intelectual que contemple la protección jurídica de los conocimientos tradicionales. De ahí que el hecho de afirmar que ciertos derechos de propiedad intelectual (yasea en general o *sui generis*) pueden aplicarse a la protección de algunos aspectos de los conocimientos tradicionales no reduce el valor de los propios conocimientos tradicionales, ni el patrimonio cultural del que éstos se inspiran y alimentan. El hecho de que la protección por derecho de autor pueda aplicarse aun a los ciclos de canciones o al narrativo tradicional no reduce los valores culturales del material protegido ni crea la expectativa de que este material debería comercializarse de algún modo particular.

33. Por ello, el hecho de que los derechos de propiedad intelectual puedan aplicarse a la materia de los conocimientos tradicionales no debería repercutir en la manera en que la comunidad que los origina crea y utiliza dichos conocimientos. En la mayoría de los casos, la forma en que los titulares de propiedad intelectual usan el material protegido es independiente de cómo se definen los derechos: yasea que el material protegido se considere como un activo cultural, comercial o ambos, el derecho de propiedad intelectual determina cómo terceros pueden (o no pueden) utilizar esos activos. Esta es una característica de los derechos de propiedad intelectual que los hace útiles aun para quienes no seean explotar sus activos, pero que impiden a otros usos comerciales. Por ejemplo, los derechos morales de los autores – los derechos de integridad y de atribución – no poseen una naturaleza comercial y, de hecho, se ejercen con independencia de los derechos patrimoniales de los autores³⁸. No obstante, funcionan como parte de un sistema de propiedad intelectual, pues para ejercer esos derechos (limitar actos como la deformación, alteración u otra modificación de la obra, u otros actos despectivos) se requieren exactamente los mismos instrumentos de observancia que en el caso de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. En la misma tónica, puesto que los conocimientos tradicionales constituyen una expresión de la identidad cultural, los instrumentos de observancia de la propiedad intelectual son necesarios para protegerlos de la deformación u otras acciones despectivas, incluso para los titulares de conocimientos tradicionales que no seean colocarlos en los canales comerciales.

[Continuación de la nota de la página anterior]

emisiones de radio y difusión, a las invenciones en todos los campos de la actividad humana, a los descubrimientos científicos, a los dibujos y modelos industriales, a las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales, a la protección contra la competencia desleal, y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico”.

38

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, Artículo 6bis.

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

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

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

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

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

38. El cuarto motivo para proteger los conocimientos tradicionales por propiedad intelectual está vinculado a las relaciones comerciales internacionales, y se examina en el documento WIPO/RT/LDC/1/14 de la OMPI, *Protección de los conocimientos tradicionales: una cuestión mundial de propiedad intelectual*³⁹. Un argumento general para la cooperación

³⁹ Documento WIPO/RT/LDC/1/14, presentado en la Mesa Redonda Interregional de Alto Nivel sobre la Propiedad Intelectual para los Países Menos Adelantados (PMA), Ginebra, 30 de septiembre de 1999:

“Como consecuencia de las negociaciones de la Ronda Uruguay, muchos países en desarrollo y países menos adelantados han aceptado la obligación de fijar normas elevadas de protección de la propiedad intelectual, como un medio de promover el libre comercio. Pueden sostenerse que la diversidad biológica, y los conocimientos tradicionales relacionados con su utilización de

[Siguela nota en la página siguiente]

internacional en el ámbito de la protección por propiedad intelectual ha sido que su ausencia en los países extranjeros lleva a una ventaja de los fabricantes locales, pues no necesitan compensar a los titulares de derechos de propiedad intelectual ni contribuir a costear la investigación y desarrollo. A igualdad de otros factores, los titulares extranjeros de derechos de propiedad intelectual se encuentran en desventaja en relación con sus imitadores locales y, por lo tanto, la ausencia de protección por propiedad intelectual redundaría en barreras no arancelarias al comercio. Tan válido es este criterio para las industrias farmacéutica, de informática y de espectáculo, como lo sería para los conocimientos tradicionales relacionados con la propiedad intelectual y los intereses comerciales de las comunidades tradicionales que utilizan sus conocimientos en su vida económica, especialmente cuando procuran realizar actividades comerciales más allá de su comunidad. Se aplican parámetros similares cuando los titulares de conocimientos tradicionales no analizan sus intereses desde el punto de vista directamente relacionado con el comercio, sino con el fin de impedir prácticas comerciales inaceptables realizadas por terceros respecto de sus conocimientos tradicionales, como el comportamiento deshonesto o engañoso.

39. Todos estos razonamientos a favor de la protección por propiedad intelectual de la materia de los conocimientos tradicionales podría aplicarse por igual a los de los mecanismos generales de propiedad intelectual existentes, a la utilización de formas adaptadas o ampliadas de los derechos de propiedad intelectual en vigor, y a los de los mecanismos *sui generis* de propiedad intelectual específicamente concebidos para la protección de los conocimientos tradicionales. Es fundamental que la protección de los conocimientos tradicionales por propiedad intelectual sea considerada como un medio para alcanzar un fin, no como un fin en sí mismo, y la opción de un mecanismo de propiedad intelectual no debería incidir en las inquietudes y los intereses de los titulares de los conocimientos tradicionales. El objetivo es sobre todo consolidar las posibilidades de que disponen los titulares de los conocimientos tradicionales, entre las que figuran impedir la comercialización no deseada o no autorizada de dichos conocimientos por terceros, o garantizar que toda comercialización se realice de conformidad con sus deseos e intereses.

[Continuación de la nota de la página anterior]

maneras sostenibles, son una ventaja comparativa de los países menos adelantados que son ricos en biodiversidad, aumentando la eficacia de su participación en los mercados mundiales para elevarse así por encima de los niveles actuales de pobreza y privación. Se trata de un ejemplo de cómo la protección de los conocimientos tradicionales en el plan nacional e internacional puede considerarse como un instrumento de elevadopotencial para progresar en la integración de los países menos adelantados en la economía mundial”.

Ibidem, párrafo 10.

La relación con el comercio inherente a los conocimientos tradicionales ha llevado a su inclusión en el programa de trabajo del Consejo de los ADPIC (véase la Declaración Ministerial aprobada en el cuarto período de sesiones de la Conferencia Ministerial de la OMC, celebrado en Doha, documento de la OMC WT/MIN(01)/DEC/1, de 20 de noviembre de 2001, párrafo 19).

IV. ENFOQUES RELATIVOS A LA DEFINICIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

40. Como se mencionó anteriormente, en las deliberaciones del Comité se ha puesto de manifiesto que la manera en que se definen los conocimientos tradicionales inevitablemente depende del tipo de protección que se tiene en mente. A su vez, lo que se entiende por “protección de los conocimientos tradicionales” diferirá en función del objetivo de política que se persiga: por ejemplo, los conocimientos tradicionales ¿se protegen para impedir sistemáticamente la utilización por terceros, o se protegen contra su uso no autorizado? Los conocimientos tradicionales pueden “protegerse” con distintos medios jurídicos, como contratos y licencias, o mediante las legislaciones nacionales que regulan, por ejemplo, la protección del medio ambiente, el patrimonio cultural o los intereses de los pueblos indígenas. Para cada caso, un concepto diferente de conocimientos tradicionales corresponderá a cada noción de protección, y las definiciones jurídicas formales de los conocimientos tradicionales variarán en consecuencia⁴⁰. La protección de los conocimientos tradicionales en el contexto de la propiedad intelectual (el tema del presente documento) conlleva normalmente el reconocimiento de los derechos específicos correspondientes a los propios conocimientos tradicionales, y la facultad de impedir que terceros utilicen sin autorización los conocimientos protegidos. Para ello puede ser necesario establecer con precisión el alcance de los derechos que se derivan de los conocimientos tradicionales. Quizás una definición muy amplia y global de los conocimientos tradicionales resulte útil al título general y descriptivo, pero seguramente nos sirva como una base eficaz para una protección jurídica específica.

41. Como se examina en el documento WIPO/GRTKF/IC/5/12, la protección por propiedad intelectual en relación con los conocimientos tradicionales puede aplicarse a tres formas generales de materia:

a) protección que se extiende al contenido, fondo o idea de los conocimientos y la cultura (como los conocimientos tradicionales acerca del uso medicinal de las plantas o las prácticas tradicionales de gestión ecológica) y que corresponde aproximadamente a la materia objeto de protección por patentes, modelos de utilidad y la protección de conocimientos técnicos o secretos comerciales;

b) protección que se extiende a la forma, expresión o representación de las culturas tradicionales (como las canciones, representaciones, narrativas o diseños gráficos tradicionales) y que corresponde aproximadamente a la materia objeto de protección por derecho de autor y los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes, así como los derechos existentes sobre los diseños industriales y textiles; y

c) protección que se extiende a la reputación y al carácter distintivo de los signos, símbolos, indicaciones, patrones y estilos relacionados con la cultura tradicional, incluida la eliminación del uso engañoso, fraudulento y ofensivo de esa materia, y que corresponde aproximadamente a la materia objeto de protección por las marcas y las indicaciones geográficas, así como a la protección específica de material como los nombres de OIG, distintivos y símbolos nacionales⁴¹.

⁴⁰ Véase el análisis en el Anexo del documento WIPO/GRTKF/IC/3/9.

⁴¹ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/12, párrafo 41.

La naturaleza de la protección buscada afectará claramente la manera en que se define la materia objeto de protección y, por lo tanto, para definir los conocimientos tradicionales en el contexto de su protección por propiedad intelectual deberá tenerse en cuenta la manera en que se definen. Este documento gira en torno a la forma de protección de los conocimientos tradicionales en un sentido estricto, que se ha definido como:

el contenido o el fundamento de los conocimientos, capacidades, prácticas y enseñanzas tradicionales, aun reconociendo que dicho contenido podría considerarse intrínseco a los modos tradicionales de expresar los conocimientos y al contexto tradicional en el que estos últimos se desarrollan, conservan y transmiten. Este planteamiento refleja la idea de que los conocimientos tradicionales deben hacer referencia a los conocimientos en sentido general, pero teniendo un carácter específicamente tradicional. La protección se aplicará a los conocimientos en sí, y limitará su uso no autorizado; dentro de esta protección podrá figurar la protección contra la divulgación no autorizada de conocimientos tradicionales secretos o sagrados⁴².

42. El debate en torno a la protección de los conocimientos tradicionales mediante la propiedad intelectual impone entender mejor el concepto de conocimientos tradicionales, que constituyen el objeto de protección. Por otro lado, la diversidad misma de dichos conocimientos, y su carácter esencial en la estructura de las comunidades tradicionales y en distinta tradición social y cultural, muestra que una definición única y rigurosa podría dejar de lado mucha materia importante y no abarcar la significativa contribución de las legislaciones y costumbres locales a la tarea de determinar qué se entiende por conocimientos tradicionales y la manera en que deben ser protegidos. Otra cuestión fundamental es la relación entre el concepto general de “conocimientos tradicionales”, que –al menos como un concepto biendiferenciado e independiente– es relativamente nuevo en el debate internacional sobre asuntos relativos a la propiedad intelectual, y las palabras “folclore” y “expresiones culturales tradicionales”, que son de aplicación más específica y representan una tradición más antigua tanto en la esfera del debate internacional en materia de propiedad intelectual como en los sistemas jurídicos nacionales.

43. El objeto de esta sección es precisar la definición de los conocimientos tradicionales:

- examinando la relación entre una definición global y descriptiva de los conocimientos tradicionales, y una definición que se aplique a la materia de protección jurídica específica;
- distinguiendo entre conocimientos tradicionales y folclore/expresiones culturales tradicionales como objetos de protección;
- tomando en consideración el papel de las definiciones que figuran en los instrumentos internacionales relativos a la propiedad intelectual; y
- examinando la relación entre una definición de materia protegida y los objetivos de protección.

a) Enfoques para definir conceptos básicos en materia de propiedad intelectual

44. Los debates sobre las definiciones de los conocimientos tradicionales relacionadas con la propiedad intelectual pueden verse facilitados por el examen del modo en que se definen y

⁴² Documento WIPO/GRTKF/IC/5/12, párrafo 44.

aplican conceptos básicos en otros sistemas de propiedad intelectual. Por lo general, la armonización, el establecimiento de normas y la cooperación internacional en el ámbito de la propiedad intelectual no han dependido de la elaboración de definiciones definitivas y exhaustivas de la materia objeto de protección nacional. La tendencia ha consistido en dejar en manos de las autoridades nacionales la determinación específica de los límites de la materia objeto de protección y que la terminología en el plano internacional se utilice principalmente para expresar una tendencia común en materia de política. Esto se aplica independientemente de que el instrumento jurídico en cuestión se avincenta o no, constituya una expresión de principios o sea un conjunto de directrices o normas firmes destinadas a coordinar o armonizar los sistemas nacionales de protección.

45. Por lo tanto, especialmente en el plano internacional, una definición general de la materia objeto de protección de la propiedad intelectual puede diferenciarse de los exámenes más precisos que se aplican o por caso en el plano nacional (o regional), utilizando principios interpretativos basados en el derecho interno. En algunos casos, estos sujetos individuales que pueden protegerse mediante la propiedad intelectual pueden definirse en términos directos y explícitos en el plano internacional (por ejemplo, emblemas de Estado y signos oficiales notificados en virtud del Convenio de París⁴³), pero para la mayoría de las categorías de protección de la propiedad intelectual, el enfoque adoptado para definir la materia protegible es más general y queda abierto para la interpretación y aplicación diferenciadas en el plano nacional.

46. El modo en que se identifica la materia objeto de protección por propiedad intelectual puede verse influenciada así mismo por los objetivos políticos del instrumento jurídico. Los instrumentos internacionales sobre la protección de la propiedad intelectual han abordado varios objetivos, tales como:

- la creación de derechos recíprocos en los que intervenga el reconocimiento mutuo del derecho de ciudadano extranjero a la protección en virtud de los sistemas nacionales, lo que constituye una garantía para que los ciudadanos extranjeros puedan acceder al sistema nacional de propiedad intelectual de conformidad con las normas nacionales aplicables;
- el establecimiento de normas mínimas de protección convenidas, de manera que se garantice cierto nivel de protección para la materia protegible; y
- la coordinación de la protección específica de manera que se coincida en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual específicos.

47. El grado de precisión de la definición de la materia que puede protegerse variará en función de cuál de los objetivos se aplique. Por ejemplo, el Convenio de París define explícitamente la “propiedad industrial” en términos amplios⁴⁴ y no define términos específicos como las “patentes” y las “marcas”. Y, sin embargo, esto no constituye un obstáculo para el funcionamiento eficaz del instrumento internacional, precisamente debido a

⁴³ Tras la notificación de dicho material en virtud del Artículo 6ter del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial.

⁴⁴ El Artículo 1.3) establece que: “La propiedad industrial se entiende en su acepción más amplia y se aplican sólo a la industria y al comercio propio de dichos, sin también al dominio de las industrias agrícolas y extractivas y a todos los productos fabricados naturales, por ejemplo: vinos, granos, hojas de tabaco, frutos, animales, minerales, aguas minerales, cervezas, flores, harinas”.

que la protección que está tratada de coordinar o armonizar si gueta en un efecto operativo en el derecho interno y los derechos específicos concedidos en diferentes jurisdicciones deben ser independientes entre sí ⁴⁵. De aquí se desprende que la necesidad de precisión en un caso por caso en cuanto al uso de una definición puede plantearse únicamente en el plan nacional. Aunque pueda considerarse conveniente promover la convergencia y la previsibilidad del funcionamiento de los sistemas nacionales de propiedad intelectual, un instrumento internacional no debe tender como fin en sí mismo a garantizar que los distintos sistemas nacionales concedan derechos individuales de propiedad intelectual de idéntico alcance.

48. La definición de la materia que puede protegerse por propiedad intelectual podría expresarse así mismo de manera muy general cuando la definición no determina o delimita el alcance real de la protección que se concederá en virtud de la ley. Es posible definir la materia pertinente en su acepción más amplia y a continuación especificar qué porción o subconjunto de dicha materia puede protegerse jurídicamente. En otras palabras, la definición de la materia pertinente y la definición del ámbito exacto de la materia protegible pueden ser dos pasos conceptuales independientes. El segundo paso, consistente en determinar exactamente qué porción de la materia general debe protegerse, puede hacerse mediante la aplicación de criterios específicos de elegibilidad, formulando exclusiones explícitas al alcance de la materia protegible, o refiriéndose a categorías específicas de dicha materia. Por lo general, en el mismo instrumento jurídico se adoptan varios de estos enfoques o todos ellos.

49. Por consiguiente, la “invención”, el objeto de protección por patente en la mayoría de los países ⁴⁶, tiende a definirse de manera amplia en los instrumentos jurídicos (y no se define en absoluto en los principales instrumentos internacionales como el Convenio de París y el Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC) ⁴⁷. El hecho de que se conceda protección en virtud de la legislación en materia de patentes depende de si las reivindicaciones se refieren a una invención definida en su sentido más amplio y de si las reivindicaciones satisfacen específicamente los criterios de novedad, no evidencia y utilidad ⁴⁸. Algunas invenciones pueden excluirse así mismo por razones políticas, como las invenciones que pudieran ser objeto de protección por patentes pero se consideran contrarias al orden público. Pueden establecerse disposiciones específicas afines a declarar que ciertas tecnologías se incluirán en la definición de la materia protegible, o se excluirán de la misma, descartándose así cualquier incertidumbre interpretativa.

⁴⁵ Véanse, por ejemplo, los Artículos 4 bis y 6.3) del Convenio de París.

⁴⁶ En los Estados Unidos de América, los descubrimientos, en algunas circunstancias estrictas, se consideran también materia de patentes. Véase el Código de los Estados Unidos, Título 35, Sec. 100.a) y 101.

⁴⁷ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/1/3, párrafo 65.

⁴⁸ Hasta cierto punto, podría sostenerse que estos criterios duplican la protección de “invención”, pero es posible que una invención definida de este modo no satisfaga los criterios exigidos, por ejemplo, por falta de novedad o utilidad. La ingeniería inversa de una técnica que el emulador ignoró y que previamente había sido divulgada constituye una invención, a pesar de no ser nueva. El único criterio que realmente coincide con la noción de “invención” es el de no evidencia. No existen invenciones evidentes; sin embargo, existen invenciones que son más inventivas que otras. En otras palabras, en contraposición con los otros dos criterios, la no evidencia es un criterio relativo. La patentabilidad depende del nivel de actividad inventiva. Una disposición reglamentaria, si está redactada correctamente, debería formularse de la siguiente manera: “las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, siempre que sean nuevas, *entrañen una actividad inventiva suficiente* y tengan utilidad”.

50. Del mismo modo, el objeto general de la protección del derecho de autor (“obras literarias y artísticas”) se define en su acepción más amplia en el Artículo 2.1) del Convenio de Berna (“comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico...”), pero el alcance real de la materia protegida se define mediante condiciones específicas, tales como la originalidad y el soporte material; y es posible especificar que cierta materia podrá ser objeto de protección (como el requisito de que los programas informáticos se protejan como obras literarias ⁴⁹), confirmando así el modo en que se aplica la definición general a este caso específico.

51. En los sistemas de propiedad intelectual existe con frecuencia un vínculo entre la definición de la materia y el alcance real de la protección, de manera que el modo en que se aplica la definición para la protección particular de la propiedad intelectual está determinado por justificaciones políticas. Es más, en algunas jurisdicciones puede resultar más instructivo para comprender el alcance real de la definición en la práctica examinar la jurisprudencia en lugar de la definición legislativa formal. La definición de la materia pertinente se elabora y perfila tras examinar los objetivos de política de la legislación en materia de propiedad intelectual en cuestión, por lo que toda definición operativa debe tomarse en consideración en el contexto político en el que se define y protege la materia. Por ejemplo, los derechos de marcas suelen definirse en relación con el modo en el que las empresas comerciales utilizan un signo y cómo es percibido en el mercado, en lugar de considerar el modo en que se utiliza o percibe en contextos no comerciales, debido a que el derecho de marcas está destinado, por lo general, a promover la competencia entre comerciantes y a impedir que se induzca a confusión o engaño a los consumidores. El signo, por lo general, debe utilizarse en un contexto comercial para que actúe como marca. Si el mismo signo se utiliza en un contexto distinto, no comercial, podría no estar sujeto al derecho de marcas ya que la política se centra en el ámbito comercial.

52. ¿Cómo repercuten todo ello en las definiciones de “conocimientos tradicionales” y expresiones conexas? Independientemente de la cuestión de si se precisa un conjunto diferenciado de conceptos jurídicos para la protección de los conocimientos tradicionales, el enfoque o la metodología utilizados para definir la materia protegible en otras esferas de la propiedad intelectual puede proporcionar paralelismos útiles al definir los conocimientos tradicionales protegibles. Por ejemplo, de los enfoques adoptados en relación con la terminología en otros ámbitos de la propiedad intelectual se desprende que:

i) si bien pueden elaborarse definiciones ilustrativas descriptivas aisladas de los “conocimientos tradicionales” a fin de promover el debate y el análisis, únicamente será posible (o aconsejable) elaborar una definición particular en el contexto de un instrumento jurídico específico con un objetivo político concreto;

ii) el grado de precisión requerido en una definición puede depender del nivel y el alcance de la armonización y la homogeneidad de las legislaciones nacionales que pueden verse como resultado de un instrumento jurídico internacional;

iii) un ingrediente necesario para definir firmemente los “conocimientos tradicionales” puede ser la claridad en relación con los objetivos de política del instrumento

⁴⁹ Tratado de la OMP sobre Derecho de Autor, Artículo 4, y Acuerdos sobre los ADPIC, Artículo 10.1.

jurídico y el tipo de protección que se desea otorgar: por ejemplo, ¿el instrumento jurídico concierne a la protección defensiva o a la protección directa; se destina a la protección activa del patrimonio cultural o simplemente a la supresión de la utilización comercial errónea; y se destina a mismo o a promover un objetivo diferenciado de política pública, tal como la gestión equitativa de los recursos genéticos y la conservación de la diversidad biológica?

iv) para respetar las prácticas internacionales, una definición debería ser amplia y flexible, aplicándose una mayor precisión en el plan nacional o en el alcance de ámbitos específicos de protección; o, al menos, la ausencia de una definición única, global y exhaustiva no debería ser un obstáculo para la coordinación o armonización internacional de los sistemas jurídicos internos;

v) una definición de los “conocimientos tradicionales” puede expresarse de manera general o indeterminada, definiéndose por separado el alcance de la protección jurídica, como otra etapa independiente, tomando en consideración el carácter y la orientación política de la protección, por ejemplo:

- haciendo referencia a las condiciones específicas (por ejemplo, que no sea de dominio público, o que se trate de conocimientos tradicionales asociados con la conservación *in situ* de la diversidad biológica)
- excluyendo ciertos sectores de la materia (por ejemplo, pueden excluirse los conocimientos tradicionales secretos o sagrados de un sistema que ofrezca protección mediante la publicación de detalles de los conocimientos tradicionales)
- especificando que ciertos tipos de materia particular entran dentro del alcance de la protección (por ejemplo, aclarando que se incluyen en la definición conocimientos tradicionales no fijados).

53. Un enfoque relativamente general puede resultar especialmente apropiado en relación con una definición de los conocimientos tradicionales como materia objeto de protección, a diferencia de los ámbitos de propiedad intelectual ya estudiados. La materia de los conocimientos tradicionales es particularmente dinámica y variable por lo que se prestan más que otras formas de propiedad intelectual al moldearse mediante factores locales y culturales. Asimismo, se ha solicitado al Comité que se reconozca el derecho consuetudinario⁵⁰ en la definición y protección de los conocimientos tradicionales. Para ello, deberán incluirse necesariamente una forma más general de definición en el plano internacional, habida cuenta de la diversidad y la diferenciación del derecho consuetudinario; del mismo modo, si se toman en consideración los factores culturales locales, esto entrañará una definición general en el plano internacional. Este enfoque general fue recogido en el documento OMPI/GRTKF/IC/1/3 (que a su vez se hacía eco de los comentarios contenidos en el “Informe de la OMPI sobre las necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares de conocimientos tradicionales”⁵¹):

“Dado el carácter dinámico y sumamente diverso de los conocimientos tradicionales es posible que no se consiga elaborar una definición única y exclusiva de la expresión. No

⁵⁰ Véase el documento OMPI/GRTKF/IC/2/16, en párrafos 90, 94, 100, 108, 152.

⁵¹ OMPI, *Necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares de los conocimientos tradicionales: Informe de la OMPI relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales (1998-1999)*, (OMPI, 2001).

obstante, para delimitar el alcance de la materia para la que se solicita protección no necesitan necesariamente una protección única. Este enfoque se ha adoptado en varios instrumentos internacionales en la esfera de la propiedad intelectual⁵².

b) Enfoques nacionales en relación con la definición de los conocimientos tradicionales

54. En esta sección se examinan varios enfoques adoptados en los sistemas jurídicos para definir los conocimientos tradicionales. En su tercer sesión, el Comité instó a los países a informar acerca de sus legislaciones *sui generis* sobre protección de los conocimientos tradicionales⁵³. Hasta el momento, el Comité ha recibido cuatro leyes *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales aprobadas por los Estados miembros, que ilustran la diversidad de los posibles enfoques para definir dichos conocimientos. A continuación, estas leyes se examinarán por separado; mediante este estudio no se pretende interpretar o analizar las disposiciones jurídicas, ni evaluar el valor o la validez de ningún enfoque en particular, sino simplemente evaluar si dichas disposiciones como base para el debate sobre cuestiones generales relativas a la definición de “conocimientos tradicionales”. El texto completo de las cuatro leyes figura en el documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2.

55. En el Artículo 7.II) de la legislación brasileña (Medida Provisional N.º 2.186-16, de 23 de agosto de 2001) se definen los conocimientos tradicionales conexos de la siguiente manera:

“Conocimientos tradicionales conexos: información práctica individual o colectiva de una comunidad indígena o de una comunidad local, con valor real o potencial, vinculadas al patrimonio genético”.

56. La primera impresión que el alcance de la protección de los conocimientos tradicionales -y, en consecuencia, el propio concepto de conocimientos tradicionales -se limita a los conocimientos asociados con el patrimonio genético brasileño, que corresponde aproximadamente a la información genética relativa a la diversidad biológica. Como se mencionó anteriormente, en una noción general de los conocimientos tradicionales pueden figurar no sólo los conocimientos mismos, sino también las expresiones de éstos, como en las expresiones verbales o musicales, las expresiones del movimiento (como las danzas), y a sea que se plasmen o en forma material, y las expresiones tangibles (como los dibujos, pinturas y tallas), los instrumentos musicales y las obras arquitectónicas⁵⁴. Estas expresiones tradicionales pueden estar (y frecuentemente están) asociadas con el entorno físico de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales, y, por consiguiente, son prácticamente indisolubles de los conocimientos que expresan. Sin embargo, esta definición particular determina que los “conocimientos tradicionales conexos” consisten en una “información práctica individual o colectiva”. Por otro lado, la Ley brasileña trata fundamentalmente del acceso a los recursos genéticos. Esto indica que los “conocimientos tradicionales conexos” protegidos son principalmente conocimientos técnicos relativos a la utilización de los recursos

⁵² Véase el documentoOMPI/GRTKF/IC/1/3, párrafo 65.

⁵³ Véase el Informe de la tercera sesión, documento WIPO/GRTKF/IC/3/17, párrafos 211 y 309. En el Anexo III del documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2 podrán encontrarse las leyes de los cuatro países (el Brasil, Panamá, el Perú y Portugal).

⁵⁴ Véase el documento WIPO/UNESCO: Disposiciones tipográficas para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas.

genéticos. Sin embargo, puede concebirse que la definición se extienda a la situación en que dichos conocimientos se transmiten mediante las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore. En la definición transcrita anteriormente se hace referencia a otros dos elementos: el requisito de que los conocimientos se estén creando o controlados por las comunidades indígenas y locales; y la condición de que dichos conocimientos posean un valor real o potencial, lo que guarda relación con el derecho de los titulares de los conocimientos tradicionales a distribuir los beneficios, aun cuando el valor de los conocimientos tradicionales se concrete posteriormente.

57. En la legislación *sui generis* de Panamá se intenta formular una definición exhaustiva de los conocimientos tradicionales.⁵⁵ En cambio, esta legislación contiene algunos ejemplos de materia de los conocimientos tradicionales y en ella se definen algunos elementos que hacen que esta materia pueda ser objeto de protección jurídica. En consecuencia, los conocimientos tradicionales pueden consistir en “invenciones, modelos, dibujos y diseños, innovaciones contenidas en las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, petroglifos y otros detalles; además, los elementos culturales de su [de los pueblos indígenas] historia, música, arte y expresiones artísticas tradicionales”. Por lo tanto, el alcance de este concepto es muy amplio y parece incluir los conocimientos tradicionales “técnicos” al igual que las expresiones de los conocimientos tradicionales.⁵⁶ Estas y poseen otros elementos adicionales: en primer lugar, sólo los conocimientos tradicionales que pertenecen a las comunidades indígenas pueden ser objeto de protección; en segundo lugar, los conocimientos tradicionales deben ser “susceptibles de uso comercial”. Los conocimientos tradicionales que no reúnan este requisito, finalmente pueden obtener protección en virtud de otras disposiciones de la legislación de Panamá, pero no de conformidad con el sistema *sui generis* de registro y protección descrito en la Ley N.º 20.

58. En el Artículo 2.b) de la Ley N.º 27811 de Perú, se definen los “conocimientos tradicionales” como:

“[el] conocimiento acumulado y transgeneracional desarrollado por los pueblos y comunidades indígenas respecto a las propiedades, usos y características de la diversidad biológica”.

Así pues, el alcance de la Ley peruana está limitado a los conocimientos tradicionales que son a) colectivos; b) acumulados y transgeneracionales; c) que han sido creados por los pueblos y las comunidades indígenas; y d) que están relacionados con las propiedades, usos y características de los componentes de la biodiversidad. Mediante esta definición, queda limitado el alcance del material protegido en función de su materia (relativo a la diversidad biológica), su fuente u origen (desarrollado por los pueblos y comunidades indígenas) y su relación con la tradición (los conocimientos tradicionales deben ser acumulados y transgeneracionales). Este vínculo con una tradición del conocimiento no supone necesariamente que la definición esté limitada sólo a los conocimientos tradicionales que han

⁵⁵ Véase la Ley N.º 20 de 26 de junio de 2000, Artículo 1.1.

⁵⁶ Sin embargo, en el Artículo 3 de la Ley N.º 20, que trata de “Objetos susceptibles de protección” se observa una tendencia muy marcada a privilegiar un enfoque mucho más circunscrito, y el Artículo se centra esencialmente en los productos artesanales y en las expresiones del folclore asociadas. Indudablemente, los productos artesanales tienen un sustrato técnico y, por cierto, una condición para su registro ante la autoridad competente debe ser la descripción de las técnicas asociadas a ellos.

sidocreadospor generaciones muy anteriores y han sido transmitidos de generación en generación. Si esto fuera así, la ley negaría la protección a los conocimientos tradicionales originados en comunidades indígenas en el futuro. En cambio, en la Ley se sugiere que los conocimientos tradicionales constituyen conocimientos que están (han estado, o estarán) basados en las tradiciones de una comunidad. Así pues, las palabras “acumulado y transgeneracional” pueden fundamentalmente hacer referencia a la materia y a la creación se remonta al pasado⁵⁷, pero también pueden vincularlos con conocimientos nuevos (o futuros) a la cultura transgeneracional de una comunidad, creando nuevas oportunidades a medida que se arraiga a la tradición. Las tradiciones constituyen el hilo de Ariadna que enlazan los conocimientos tradicionales de hoy con el pasado y el futuro de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales.

59. El Artículo 3.1) del Decreto -Ley N.º 118/2002 de Portugal contiene una definición más detallada de los conocimientos tradicionales:

“Son conocimientos tradicionales todos los elementos intangibles relacionados con la utilización comercial o industrial de las variedades locales y demás material autóctono desarrollado por las poblaciones locales, colectivo o individualmente, de forma sistemática e inspirados en sus tradiciones culturales y espirituales, incluyendo, pero sin limitarse a ellos, los conocimientos relativos a métodos, procedimientos, productos y denominaciones que tienen aplicación en la agricultura, la alimentación y las actividades industriales en general, como la artesanía, el comercio y los servicios, relacionados informalmente con la utilización y preservación de las variedades locales y demás material autóctono espontáneo de que tratan las disposiciones del presente régimen”.

Esta definición está limitada a los conocimientos tradicionales asociados a las variedades locales de plantas (incluyendo las variedades de silvestres). En ese ámbito técnico relativamente específico, los conocimientos tradicionales pueden consistir en una variedad amplia de conocimientos. La disposición transcrita anteriormente no es exhaustiva, tal como lo indica la expresión “incluyendo, pero sin limitarse a ellos”. Los otros elementos designados para identificarlos conocimientos tradicionales susceptibles de protección son: que los conocimientos tradicionales pueden ser tanto de naturaleza colectiva como individual; que su origen debe ser “tradicional” en el sentido de que los conocimientos deben desarrollarse (i) de forma sistemática y (ii) en el marco de las tradiciones culturales y espirituales de las comunidades tradicionales. En otras palabras, si bien mediante esta disposición se protegen los conocimientos tradicionales cuya titularidad corresponde a particulares, los conocimientos tradicionales deben haber tenido un origen colectivo (o vinculado con la comunidad). La cuestión de si los conocimientos tradicionales de titularidad individual mantuvieron su vínculo (el “hilo de Ariadna”) con las tradiciones culturales de la comunidad de la cual se originan se resolverá en virtud del derecho consuetudinario.

60. La referencia a la forma sistemática de creación de los conocimientos tradicionales, como se menciona en la Ley portuguesa, ha sido el tema de análisis del documento WIPO/GRTKF/IC/4/8:

⁵⁷ La Ley del Perú establece algunos criterios para evaluar el “requisito de novedad”. Véanse el párrafo 87 y siguientes.

“El hecho de que los conocimientos tradicionales se desarrollen en un contexto predominantemente cultural también da origen a otra característica importante: para comprender la naturaleza exacta de los conocimientos tradicionales en su esencia, o simplemente para registrarlos o definirlos, puede revelarse necesario comprender las influencias culturales que los conforman. Y a sea que los conocimientos tradicionales se creen en el marco de una tradición sistemática o formal, o bien en un contexto *ad hoc* más informal, tienden a todo a formarse de una manera íntimamente relacionada con el entorno en que viven las comunidades tradicionales y como respuesta a las situaciones cambiantes de esas comunidades. En ese aspecto, pueden tener una base empírica o aleatoria. No obstante, los conocimientos tradicionales pueden desarrollarse de acuerdo a sistemas de conocimientos y ser incorporados a creencias y conceptos sistemáticos. La forma en que se crean las innovaciones puede obedecer a reglas basadas en la cultura; sin embargo, desde una perspectiva externa o universal, la manera en que se crean los conocimientos tradicionales puede parecernos sistemática y sin método, en parte porque el registro de un sistema que rigiere su creación puede transmitirse de manera informal o cultural, en parte porque este elemento sistemático no está expresamente articulado, y en parte porque el proceso que lleva a la creación de los conocimientos tradicionales puede estar formalmente catalogado de la manera en que se registra la mayoría de la información científica y tecnológica. La forma aparentemente no sistemática de creación de los conocimientos tradicionales no disminuye su valor cultural ni su valor desde el punto de vista de los beneficios técnicos, y plantea la pregunta de cómo registrar o definir la relación que guardan con el sistema de conocimientos, conjuntos de normas o directrices culturales, o con las creencias básicas que ayudan a formarlos. Al igual que con la característica “basada en la tradición”, la característica aparentemente “no formal” hace que se ponga especial énfasis en el contexto de creación, y en la necesidad de que se examinen los elementos de este contexto cultural junto con los conocimientos en sí”⁵⁸.

c) Posibilidades de una definición de trabajo global de los conocimientos tradicionales

61. El Informe de la OMPI: Misiones exploratorias sobre la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales (1998 -1999) contiene una definición de los conocimientos tradicionales en la que se adoptan enfoques tomados de las legislaciones citadas anteriormente: por un lado, la formulación de una lista de materias posibles, en el caso de que se proporcione y, por el otro, la definición de algunos elementos necesarios para la tipificación de los conocimientos tradicionales. La definición es la siguiente:

“La OMPI utiliza actualmente la expresión “conocimientos tradicionales” para referirse a las obras literarias, artísticas o científicas basadas en la tradición; así como las interpretaciones o ejecuciones; invenciones; descubrimientos científicos; dibujos o modelos; marcas, nombres y símbolos; información no divulgada y todas las demás innovaciones y creaciones basadas en la tradición que proceden de la actividad intelectual en el ámbito industrial, científico, literario o artístico. La expresión ‘basadas en la tradición’ se refiere a los sistemas de conocimiento, creaciones, innovaciones y expresiones culturales que: se han transmitido generalmente de generación en generación; se consideran generalmente que pertenecen a un pueblo en particular o a su territorio, y evolucionan constantemente en respuesta a los cambios que se producen en su entorno. Entre las categorías de conocimientos tradicionales figuran: los

⁵⁸

Párrafo 30.

conocimientos agrícolas; los conocimientos científicos; los conocimientos técnicos; los conocimientos ecológicos; los conocimientos medicinales, incluidos las medicinas y los remedios conexos; los conocimientos relacionados con la diversidad biológica; las “expresiones del folclore” en forma de música, baile, canción, artesanía, dibujos y modelos, historias y obras de arte; elementos de los idiomas, como los nombres, indicaciones geográficas y símbolos, y bienes culturales muebles.”⁵⁹

Esta definición de trabajo fue formulada deliberadamente de forma muy amplia, ajustándose a un proceso exploratorio y de consulta. Cabe destacar que la definición incluye tanto los conocimientos mismos como las expresiones culturales tradicionales y las expresiones del folclore. La afirmación de que los conocimientos deben estar “basados en la tradición” se explica, en particular, con la referencia a la transmisión transgeneracional (similar a la definición de la Ley peruana citada anteriormente) y con el vínculo con una comunidad o un territorio determinados. En la definición se reconocen también que los conocimientos evolucionarán en función del entorno, lo que puede constituir una parte de su carácter tradicional.

62. Tal vez sea necesario focalizar o perfeccionar esta definición de trabajo de los conocimientos tradicionales con arreglo a formas específicas de cooperación internacional. En particular, el Comité ha mantenido una distinción entre los conocimientos tradicionales en sentido estricto y las expresiones culturales tradicionales, lo que refleja los distintos modos de protección y objetivos de política que pueden aplicarse a dicha materia. Como ya se ha señalado, la manera en que se formulará la definición de trabajo de los conocimientos tradicionales estará influida por sus fines prácticos. Por ejemplo, cuando la definición forme parte del sistema de protección de los conocimientos tradicionales que aplica al Convenio sobre la Diversidad Biológica (véase el análisis introductorio en la Sección III), el concepto de conocimientos tradicionales se adaptará naturalmente a este fin. Así pues, las legislaciones del Brasil, el Perú y Portugal limitan de forma variable la definición de los conocimientos tradicionales con referencias al patrimonio genético, a la diversidad biológica o a las variedades vegetales locales, y se centran en los conocimientos tradicionales técnicos en el sentido estricto de los propios conocimientos más que en la forma en que se expresan. En cambio, la legislación de Panamá es mucho más amplia y comprende tanto los conocimientos tradicionales técnicos como las expresiones de los conocimientos tradicionales.

63. Sin embargo, se han ido planteando un interrogante crucial en el debate sobre los conocimientos tradicionales y, en particular, sobre su protección jurídica: ¿es posible separar los conocimientos tradicionales técnicos de las expresiones de la cultura o las expresiones del folclore? En los documentos anteriores que el Comité preparó, la Secretaría se refirió a esta cuestión más de una vez. Por ejemplo en el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10, la Secretaría señaló que:

“[...] [T]ratarse por separado las “expresiones del folclore” de las demás formas de conocimiento tradicionales puede ser algo artificial que no esté conforme con la realidad. Para dar un ejemplo, el *amauti*, mencionado en la respuesta del Canadá al Cuestionario es un parca o chaqueta de mujer Inuit provista de una gran capucha y de una bolsa en la que se puede llevar a un niño teniendo las manos libres.

⁵⁹ Conocimientos tradicionales: Necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual, Informe relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales (1998 -1999) (Publicación N.º 768(S) de la OMPI), en página 25.

En esta forma la madre puede amamantarlo y cuidarlo manteniéndolo en el calor del *amauti*. La parca se fabrica con pelode caribú y piel de foca utilizando destreza y los conocimientos técnicos tradicionales. El *amauti* refleja las adaptaciones prácticas y funcionales de los Inuit al medio ambiente. Por consiguiente, se trata de un producto de los conocimientos tradicionales relacionados con la biodiversidad. Hoy en día, las mujeres Inuit intentan promover las ventas comerciales de *amautis* hechos a mano con el fin de conservar los conocimientos y pericia tradicionales al tiempo que crean una fuente de ingresos y una forma de independencia financiera. Esta labor también está intrínsecamente vinculada a la cultura Inuit. A las mujeres Inuit les preocupa el robo y la pérdida del patrimonio cultural. Se temen que sin cuentan con instrumentos jurídicos eficaces para proteger sus obras, no podrán beneficiarse de créditos y remuneración apropiados, perderán el control de sus diseños y motivos tradicionales y el mercado será usurpado por los artículos producidos en serie.”⁶⁰

64. En otro documento, WIPO/GRTKF/IC/4/8, la Secretaría ilustra la noción global de los conocimientos tradicionales con una fábula:

“Un breve fábula puede ayudarnos a demostrar la naturaleza de los conocimientos tradicionales y la disponibilidad de mecanismos de propiedad intelectual que se adapten a sus características. Imaginemos que un miembro de un tribu amazónica nos enseña bien y solicita los servicios médicos del *pajé* (*pajé* significa chamán en tupí –guaraní). El chamán, tras examinar al paciente, va al jardín (muchos chamanes de la selva tropical amazónica cultivan sus propias plantas⁶¹) y recoge algunas semillas y frutas de diferentes plantas. Mezcla los ingredientes con un método que sólo él conoce y prepara una pócima según una receta solamente conocida por él. Mientras prepara la pócima, y posteriormente, mientras se la da al paciente (en un caso también prescrita por él), el *pajé* rezala a los dioses de la jungla e interpreta una danza religiosa. También es posible que inhale el humo de las hojas de una planta mágica (“lavida del alma”⁶²). La pócima se sirve y se guarda en un recipiente con dibujos simbólicos y el *pajé* viste su atuendo ceremonial para proceder a la curación. En ciertas culturas, el *pajé* no se considera un curandero sino el instrumento a través del cual los dioses curan al paciente”⁶³.

65. Estos ejemplos ilustran que los conocimientos tradicionales constituyen un concepto global que abarca varias, e incluso podría decirse muchas, esferas de la creatividad humana. De ahí que tal vez no sea muy adecuado establecer un concepto basado en una lista de materias abarcadas, ya que se incluirían ámbitos que no están interrelacionados (lo que puede generar confusión) o puesto que necesariamente la lista resultaría incompleta. Por otro lado,

⁶⁰ Informe final sobre las experiencias nacionales en materia de protección jurídica de las expresiones del folclore, documento WIPO/GRTKF/IC/3/10, de 25 de marzo de 2002, párrafo 95.

⁶¹ Véase Mark J. Plotkin, *Tales of a Shaman's Apprentice – An Ethnobotanist Searches for New Medicines in the Amazon Rain Forest (Cuentos de la aprendiz de un chamán – Un etnobotánico busca nuevas medicinas en la selva tropical amazónica)*, ed. en inglés, Penguin Books, 1993.

⁶² Véase Richard Evans Schultes y Robert F. Raffert, *Vine of the Soul – Medicine Men, Their Plants and Rituals in the Colombian Amazonia (Lavida del alma – Hombres dedicados a la medicina, sus plantas y rituales en la Amazonia colombiana)*, ed. en inglés, Synergetic Press and Conservation Int'l, 1992.

⁶³ *Elementos de un sistema sui generis de protección de los conocimientos tradicionales*, documento WIPO/GRTKF/IC/4/8, de 30 de septiembre de 2002, en párrafo 38.

la identificación de características de los conocimientos tradicionales como materia objeto de protección, aunque sea más precisa, probablemente sólo llegará a reflejar distintos enfoques nacionales en lugar de un enfoque internacional. En un documento en que se busque una visión compuesta de los conocimientos tradicionales, quizá sea sensato prever una definición más general y completa de los conocimientos tradicionales.

d) Propuesta de una definición de trabajo integral de los conocimientos tradicionales

66. El proceso general destinado a aclarar la terminología relacionada con los conocimientos tradicionales puede desglosarse en varios elementos:

- a) la elección de un término o términos apropiados para describir la materia objeto de protección;
- b) la identificación o descripción de la materia objeto de protección que abarca el término o términos escogidos; y
- c) la determinación de la cancelación de la materia a la que se concederá realmente protección jurídica.

67. La expresión “conocimientos tradicionales” ha sido utilizada en el Comité de dos maneras: como una expresión general que abarca muchos temas (en sentido amplio) y como una expresión específica que denota el objeto de protección por propiedad intelectual y está centrada en la utilización de los conocimientos (en sentido estricto). Existe también una distinción de trabajo establecida entre los conocimientos tradicionales en sentido estricto, que se refiere a los propios conocimientos como objeto de protección y a las expresiones culturales tradicionales (y su equivalente, expresiones del folclore). Esta sección está centrada en el elemento descrito en el apartado b) del párrafo 66, dejando abierta la cuestión de a qué subconjunto de la totalidad del material definido como conocimientos tradicionales se otorgará realmente protección jurídica (es decir, el apartado c) d) del párrafo 66).

68. Si se efectúa una tipificación global, los conocimientos tradicionales en sentido amplio pueden representar “las ideas y expresiones de las mismas desarrolladas por comunidades tradicionales y pueblos indígenas de una manera tradicional e informal, en función de las necesidades impuestas por su entorno físico y cultural, y que sirven como medio para su identificación cultural”. Los conocimientos tradicionales en sentido amplio se convierten en un modo de expresión global que abarca tanto los aspectos de la protección de los conocimientos tradicionales en sentido estricto como las expresiones culturales tradicionales (en sentido amplio, la expresión va más allá de los “conocimientos” como tales). Algunos objetos de protección están vinculados simultáneamente con esos dos campos de la propiedad intelectual, como las creaciones técnicas que revisten un carácter estético. Por ejemplo, muchos productos artesanales poseen una función utilitaria, han sido desarrollados con fines precisos y dan aplicación a una idea técnica, aunque pueden suponer una cualidad estética adicional. Y ase a su utilización en oficios religiosos y en otros eventos espirituales, o

64

⁶⁴ Para un análisis sobre el significado, el alcance y la naturaleza de las “expresiones culturales tradicionales”, véanse los documentos WIPO/GRTKF/IC/3/10, párrafos 88a-109, y WIPO/GRTKF/IC/4/3, párrafos 23a-35. Cabe destacar que al formularse la definición queda entendido que la expresión “conocimientos tradicionales” resulta inexacta, puesto que abarca más que los conocimientos en sentido estricto.

por que se los soci generalmente con una cultura y una comunidad, los productos artesanales pueden pasar a ser más importantes como expresión cultural que como el simple producto de una idea técnica. En este sentido, los productos artesanales pueden emparentarse con los conocimientos tradicionales en sentido estricto o pueden considerarse como expresiones de estos conocimientos o expresiones culturales tradicionales. Esta falta de distinción clara sobre la aplicación de distintos regímenes jurídicos a la misma materia de base no es nueva en la legislación sobre propiedad intelectual. De hecho, los diseños industriales pueden protegerse en virtud de normas sobre propiedad industrial⁶⁵, sobre derecho de autor⁶⁶, o ambas⁶⁷, y cada una de estas opciones ha sido aplicada a las expresiones culturales tradicionales (es decir, para proteger los conocimientos tradicionales en sentido amplio).

69. Suponiendo que una definición “no pretende prescribir exactamente a qué sector de los conocimientos se concederá protección jurídica y no define el carácter de la protección”, una definición de “conocimientos tradicionales” en sentido estricto y en el contexto de la protección por propiedad intelectual estaría relacionada con los “conocimientos que:

- se crean, conservan y transmiten en un contexto tradicional;
- están especialmente vinculados a la cultura o a una comunidad tradicional o indígena que conservan y transmiten los conocimientos entre generaciones;
- están vinculados a una comunidad local o indígena o a un grupo de personas que se identifiquen con la cultura tradicional mediante una entidad de custodia, conservación o responsabilidad cultural, tal como el sentido de tener la obligación de conservar los conocimientos, o el sentido de que permitir la apropiación indebida o la utilización denigrante serían nocivos u ofensivos, un tipo de relación que podría expresarse de modo oficial u oficioso mediante el derecho consuetudinario;
- se derivan de la actividad intelectual en una amplia gama de contextos sociales, culturales, medioambientales y tecnológicos; y
- la comunidad o el grupo se identifica como conocimientos tradicionales”⁶⁸.

70. Esta definición se inspira en varios de los temas que figuran en el análisis de las legislaciones en vigor citadas anteriormente, si bien no se asocia con un objetivo particular de política o un ámbito o determinado de los conocimientos (como la biodiversidad o la medicina tradicional). La presente constituye una definición general y neutra que se centra en los conocimientos como tales (asaber, el contenido, fundamento o idea de los conocimientos, de la pericia técnica y de la cultura), más que en su forma de expresión (que puede ser objeto de una protección distinta, en particular, la protección que ofrece el derecho de autor y la protección *sui generis* de las expresiones culturales tradicionales): aunque el alcance de la protección puede realmente extenderse a la forma de expresión de los conocimientos tradicionales, esto mantiene la distinción esencial entre la protección del contenido y la protección de la forma de expresión, una distinción bien arraigada en la estructura de la legislación en materia de propiedad intelectual.

⁶⁵ Convenio de París, Artículos 1.2) y 5^{quinquies}.

⁶⁶ Convenio de Berna, Artículo 2.1).

⁶⁷ Acuerdos sobre los ADPIC, Artículo 25.2.

⁶⁸ WIPO/GRTKF/IC/5/12, párrafo 45, tomado del documento WIPO/GRTKF/IC/3/9, párrafo 35. En la cuarta sesión del Comité, la Delegación de Suiza señaló que los elementos mencionados en ese párrafo constituirían una buena base para seguir trabajando en ese ámbito. Véase el párrafo 135 del Informe antes mencionado.

71. Estos enfoques de la definición ponen en evidencia algunas cualidades fundamentales de los conocimientos tradicionales que los distinguen de las formas generales de conocimientos y de las expresiones culturales tradicionales como objetos de protección a título propio.

a) *El contexto de la creación* : los conocimientos tradicionales deben ser claramente tradicionales: se hace referencia al contexto de su creación, preservación y transmisión, que los hace indisolubles de la cultura y la identidad de la comunidad; esto puede definirse como creación “en un contexto tradicional e informal”, aunque también puede referirse al modo en que los conocimientos han sido preservados y transmitidos entre las generaciones. Este aspecto coincide con el concepto de vínculo con la comunidad.

b) *La asociación con la comunidad* : los conocimientos tradicionales deben estar “especialmente vinculados a la cultura o comunidad tradicional o indígena que conservan y transmiten los conocimientos entre generaciones”, lo que indica que existe un vínculo marcado con la comunidad que da origen a los conocimientos, que son para ella un medio de identificación cultural. Esto pone de manifiesto que los conocimientos tradicionales a menudo constituyen una parte de la estructura social y de la vida cotidiana de una comunidad, y generalmente se interpretan como un cuerpo independiente de “conocimientos”, separado de la cultura de la comunidad, si no como una parte inherente a dicha cultura y a la identidad de la comunidad. Puesto que su creación, preservación y transmisión están basadas en tradiciones culturales, los conocimientos tradicionales se están orientados fundamentalmente hacia la cultura y arraigados en ella, y son esenciales en la identidad cultural del grupo social que los da vida y los preserva⁶⁹. Desde el punto de vista de la cultura de la comunidad en la cual se han originado, todos los componentes de los conocimientos tradicionales pueden contribuir a definir la identidad propia de la comunidad. Esta característica puede parecer obvia en lo que atañe a las expresiones del folclore y los productos artesanales, pero también se aplica a otros ámbitos como los conocimientos tradicionales en materia de medicina y de agricultura. Las nociones medicinales derivadas de una cierta combinación de plantas creada por una comunidad sudamericana, por ejemplo, difieren necesariamente de las nociones desarrolladas por una comunidad africana a partir de plantas similares. Ello se debe a que el desarrollo de conocimientos medicinales por las comunidades tradicionales, a pesar de su naturaleza predominantemente técnica, no sólo responde a una determinada necesidad práctica sino también a enfoques y creencias culturales. Esto contrasta marcadamente con el caso de dos invenciones científicas realizadas separadamente por dos diferentes equipos de inventores empleados con el objetivo de resolver el mismo problema técnico: no es raro que las dos invenciones resulten muy similares, lo que en derecho de patentes puede dar lugar a procedimientos de interferencia o procedimientos jurídicos similares que atribuyen la titularidad a uno u otro de los solicitantes⁷⁰. Las reivindicaciones de patentes que compitan con respecto a materia similar se resuelven sin hacer referencia al entorno cultural que dio origen a las invenciones; en cambio, el vínculo intrínseco con la comunidad creadora de los conocimientos tradicionales tiene importantes repercusiones en su protección. Esto pone de manifiesto la importancia de un vínculo basado en un sentido de custodia o responsabilidad.

⁶⁹ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/4/8, párrafo 28.

⁷⁰ La “Ley de Protección y Promoción de los Conocimientos Tradicionales Medicinales de Tailandia” admite procedimientos de interferencia en el contexto del registro de conocimientos tradicionales. Véase la Parte VIII, más adelante.

c) *El vínculo con la comunidad mediante un sentido de titularidad o responsabilidad:* este aspecto de la definición añañe a la violación y el daño cultural que pueden surgir de la apropiación y el uso indebido de los conocimientos tradicionales, en el sentido de que la apropiación indebida o la utilización denigrante serían nocivas u ofensivas, resultarían contrarias a las obligaciones consuetudinarias de preservar y respetar los conocimientos en forma adecuada. Esto puede incluir la responsabilidad de limitar la distribución de los conocimientos y el acceso a ellos de conformidad con el derecho consuetudinario. En líneas generales, el uso indebido y el acceso no autorizado pueden oponerse a un sentido de custodia, conservación o responsabilidad cultural o espiritual. La dimensión de la identidad cultural y las obligaciones que derivan del derecho consuetudinario en el ámbito de los conocimientos tradicionales pueden tener una repercusión profunda en todo el marco jurídico futuro destinado a la protección de dichos conocimientos, ya que al ser éstos un medio de identificación cultural, la protección de los conocimientos tradicionales, incluidos los conocimientos tradicionales de naturaleza técnica, dejándese a un simple cuestión de economía o de derecho exclusivo sobre la tecnología. La protección de los conocimientos tradicionales puede interpretarse desde el punto de vista de los derechos humanos y entrelazarse con la identificación y la identidad culturales, y la dignidad de las comunidades tradicionales. Puede establecerse una analogía con el concepto de los “derechos morales” del derecho de autor, concretamente con los derechos de integridad y de atribución, pues podría considerarse necesario dar protección contra el uso culturalmente ofensivo de los conocimientos tradicionales u otros aspectos no patrimoniales del uso indebido de los conocimientos tradicionales. También pueden imponerse sanciones específicas, como daños y perjuicios adicionales, en caso de un uso indebido y ofensivo del material objeto de protección.

d) *El requisito de que se trate de conocimientos:* este es un requisito relativamente amplio que no limita la definición excluyendo la forma o expresión como tales y los objetos culturales que no sean conocimientos propiamente dichos; por lo tanto, mediante este requisito se procura distinguir la noción de conocimientos tradicionales en sentido estricto, de la protección de las expresiones culturales tradicionales y del uso de insignias distintivas. Los conocimientos también pueden limitarse a una respuesta consciente “a las necesidades impuestas por [los] entornos físicos y culturales [de los titulares de los conocimientos tradicionales]”. Sin embargo, la definición abarca todos los ámbitos, sin límite ni discriminación en cuanto al campo de la tecnología o de la cultura de que se trate.

e) *La identificación de los conocimientos tradicionales por la comunidad:* este aspecto de la definición añañe al interrogante de qué define a los conocimientos como tradicionales, especialmente de que la necesidad de una protección definida de dichos conocimientos mediante la propiedad intelectual generalmente sólo surge cuando éstos son retirados de su contexto tradicional o consuetudinario. Si bien en cierta medida en otros aspectos de la definición se hace referencia a este hecho, una prueba final sería que la propia comunidad reconozca o identifique a los conocimientos como una parte integrante de su patrimonio de conocimientos tradicionales. Esta identificación puede ser informal e implícita, en el sentido de que los conocimientos constituyen una parte de la estructura social de la comunidad, o puede ser expresa, como los conocimientos que son objeto de obligaciones particulares, rituales o prácticas establecidas por el derecho consuetudinario. En última instancia, el propio concepto de conocimientos tradicionales se basa en la tradición, y son las comunidades las que están en mejores condiciones de identificar este origen. Sin embargo, esto debe distinguirse del alcance de la protección que se presta a los conocimientos tradicionales, y de la cuestión de la conformidad con distintas legislaciones del ámbito de la propiedad intelectual que contemplan la protección de los conocimientos tradicionales. En

general, esta será la función de los sistemas judiciales o administrativos de observancia del derecho especificados en la legislación nacional correspondiente.

La definición de “conocimiento tradicionales” puede resumirse simplemente de la siguiente manera: debenser “tradicionales” en el sentido de que guardan una relación apropiada con una tradición cultural determinada, y debenser “conocimientos” ya que se refieren al contenido de los mismos, más que a su forma o expresión como tales.

V. RESEÑA DE LOS ENFOQUES NACIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

72. En la presente sección se ofrece una reseña de los enfoques nacionales adoptados para la protección de los conocimientos tradicionales, en las tres esferas generales de protección de la propiedad intelectual y señaladas (párrafo 22): derechos de propiedad intelectual convencionales generales; adaptaciones o elementos *sui generis* de los sistemas convencionales de propiedad intelectual; y sistemas *sui generis* independientes. La sección VI gira en torno a sistemas *sui generis* específicos para la protección de los conocimientos tradicionales. Ese material se elabora a partir de las respuestas a dos cuestionarios, WIPO/GRTKF/IC/2/5 y WIPO/GRTKF/Q.1, acerca de los que se informa en detalle en los documentos WIPO/GRTKF/IC/5/7, WIPO/GRTKF/IC/4/7, y WIPO/GRTKF/IC/3/7.

73. Tal como señaló Singapur en su respuesta al cuestionario WIPO/GRTKF/IC/2/5, la propiedad intelectual engloba dos tipos distintos de medios: por una parte, los “medios de inclusión”, que otorgan “derechos a quienes reclaman protección para algo que es nuevo, original, etc.”, en otras palabras, que satisfacen las condiciones impuestas por la ley y paragonar de protección; y por la otra, los “medios de exclusión que, por ejemplo, impiden reivindicar derechos sobre información que no es nueva ni original, etcétera.”. En el lenguaje adoptado por el Comité, por lo general los “medios de inclusión” dan origen a lo que se denomina “protección positiva”, porque son un modo de crear derechos de propiedad intelectual, protegidos por un título⁷¹, sobre la materia reivindicada. Por oposición a esa protección, algunos miembros han mencionado la “protección preventiva”, cuyo objetivo no es crear esos derechos, sino simplemente impedir que terceros reivindiquen derechos sobre materia de la que se han apropiado de forma ilegítima⁷². De hecho, todos los sistemas de propiedad intelectual conllevan una dimensión de exclusión: los derechos de propiedad intelectual se ejerciendo “no” a terceros y, en ese sentido, el aspecto positivo de la protección por propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales o cualquier otra materia tiene necesariamente una dimensión “preventiva”. Sin embargo, esa distinción es muy importante

⁷¹ No todos los elementos de propiedad intelectual son objeto de propiedad: en algunos sistemas jurídicos, la reputación de los comerciantes es un valor que no está protegido por un título, sino por las medidas de represión del comercio no competenciales.

⁷² En los documentos WIPO/GRTKF/IC/4/8 (párrafo 14) y WIPO/GRTKF/IC/4/3 (párrafo 42.ii) se ha señalado esa distinción, reconocida en los debates mantenidos en la cuarta sesión del Comité por varios miembros: la India (documento WIPO/GRTKF/IC/4/15, párrafo 74), Venezuela (i *bídem*, párrafo 94), el Perú (i *bídem*, párrafos 96 y 141), el Brasil (i *bídem*, párrafo 103) y Noruega (i *bídem*, párrafo 133). En debates anteriores, el enfoque preventivo se denominaba “protección negativa” (véase el informe de la segunda sesión, documento WIPO/GRTKF/IC/2/16, párrafo 122, declaración de la Delegación de Venezuela).

puesto que revela la intención de las partes interesadas que recurran a la propiedad intelectual: de hecho, en muchos casos los titulares de conocimientos tradicionales se han preocupado más por la utilización injuriosa que otros pudieran hacer de sus activos culturales que por la posibilidad de aprovecharlos ellos mismos. Por otra parte, las comunidades pueden valerse activamente de derechos de propiedad intelectual para proteger sus intereses, aunque no pretendan comercializar sus conocimientos o las expresiones de esos conocimientos⁷³. Las comunidades locales y los pueblos indígenas que tienen en el helo el gímodo de comercializar elementos de sus conocimientos tradicionales necesitan recurrir a la adquisición positiva de derechos.

74. Al informar al Comité acerca de sus experiencias en la utilización de mecanismos tradicionales de propiedad intelectual para proteger los conocimientos tradicionales⁷⁴, varios miembros del Comité señalaron la distinción entre la protección positiva de los conocimientos tradicionales por la propiedad intelectual y la protección puramente (o principalmente) preventiva.

Experiencias relacionadas con la protección positiva de los conocimientos tradicionales mediante mecanismos tradicionales de propiedad intelectual

75. Ciertos miembros del Comité, como Suecia y Suiza, señalaron que, en principio, se puede recurrir a mecanismos de propiedad intelectual para proteger los conocimientos tradicionales, siempre y cuando se cumplan las condiciones generales previstas por el derecho de propiedad intelectual. Otros miembros del Comité indicaron los mecanismos tradicionales de propiedad intelectual a los que se puede recurrir (o ya se ha recurrido) para proteger los conocimientos tradicionales. Porejemplo:

a) derecho de autor y derechos conexos

Australia, Canadá, Costa Rica, Indonesia, Nueva Zelandia, Qatar, Samoa, Uruguay y la Comunidad Europea⁷⁵;

b) derecho de patentes

Costa Rica, Federación de Rusia, Kazajstán, Hungría, Japón, República de Corea, Nueva Zelandia, República de Moldova, Rumania, Uruguay y Viet Nam⁷⁶;

⁷³ WIPO/GRTKF/IC/4/8, párrafo 18.

⁷⁴ Véanse los documentos WIPO/GRTKF/IC/2/5 y WIPO/GRTKF/IC/Q.1.

⁷⁵ Véanse los ejemplos de casos reales proporcionados por Australia y Canadá en el Anexo I del documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2. En respuesta al documento OMPI/GRTKF/IC/2/5, la Delegación de Hungría informó que: en la Ley de Derecho de Autor de Hungría (Ley N.º LXXXVI de 1999) se excluyen las expresiones de folclore del ámbito de protección del derecho de autor. En virtud del párrafo 7) del Artículo 1 de la Ley: “Las expresiones de folclore no gozarán de protección por derecho de autor. No obstante, ello no perjudicará la protección por derecho de autor que corresponde al autor de una obra inspirada en el folclore, de naturaleza individual y original”.

⁷⁶ Véanse los ejemplos proporcionados por la Federación de Rusia, Kazajstán y Viet Nam en el Anexo I del documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2.

c) derechos de obtentor

Nueva Zelanda y Turquía;

d) derechos de marcas (incluidas las marcas colectivas y de certificación)

Australia, Canadá, Francia, Hungría, Indonesia, México, Nueva Zelanda, República de Moldova, Portugal, Uruguay, Viet Nam y la Comunidad Europea⁷⁷;

e) indicaciones geográficas

Federación de Rusia, Francia, Hungría, Italia, Indonesia, México, República de Corea, República de Moldova, Portugal, Tonga, Turquía, Viet Nam, Venezuela y la Comunidad Europea⁷⁸;

f) diseños industriales

Australia, Costa Rica, la Federación de Rusia, Kazajistán, Nueva Zelanda, Tonga y Uruguay⁷⁹; y

g) ley de secreto comercial (competencias de ley)

el Canadá, los Estados Unidos de América, Hungría e Indonesia.

Experiencias relacionadas con el uso del mecanismo tradicional de propiedad intelectual para la protección preventiva de los conocimientos tradicionales

76. Varios miembros del Comité hicieron hincapié en el uso del mecanismo tradicional de propiedad intelectual (patentes y marcas) que podrían utilizarse (o ya se han utilizado) para impedir la apropiación ilícita de las creaciones técnicas, signos y símbolos que identifican a la comunidad tradicional y pueblos indígenas.

a) Uso preventivo del sistema de patentes

Varias delegaciones han proporcionado información sobre las medidas preventivas que podrían ayudar a impedir que terceros no autorizados formulen reivindicaciones infundadas en el ámbito de la propiedad intelectual. (Esas medidas son examinadas en los documentos WIPO/GRTKF/IC/5/6 y WIPO/GRTKF/IC/5/10.) Por ejemplo, Colombia y la Comunidad Europea señalaron varios enfoques para divulgar información, como el origen de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales utilizados en el desarrollo de las invenciones reivindicadas, que podrían constituir una

⁷⁷ Véanse los ejemplos facilitados por el Canadá, México y Viet Nam en el Anexo I del documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2. Véanse los ejemplos de marcas colectivas facilitados por Nueva Zelanda y Portugal.

⁷⁸ Las Delegaciones de la Federación de Rusia, Francia, Italia, México, Portugal, Viet Nam y Venezuela han facilitado ejemplos de casos reales. Véase el Anexo I del documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2.

⁷⁹ Véanse los ejemplos facilitados por las Delegaciones de Kazajistán y de la Federación de Rusia.

de las medidas posibles a tomar en la tramitación de solicitudes de patentes. Nueva Zelandia y los Estados Unidos de América citaron ejemplos en los que la identificación de los conocimientos tradicionales divulgados (mediante la creación de bases de datos, como se señaló la Delegación de los Estados Unidos de América) podría servir para que los examinadores de patentes estén al corriente de los conocimientos tradicionales que constituyen el estado de la técnica. La Delegación del Japón también mencionó el uso preventivo del sistema de patentes en el sentido de que, cuando los titulares de los conocimientos tradicionales recurran a la protección en virtud de “las normas vigentes de propiedad intelectual como la legislación de patentes”, estarán en condiciones de impedir que “terceros obtengan derechos exclusivos sobre los conocimientos tradicionales”⁸⁰.

b) Uso preventivo del derecho de marcas

Portugal señaló que en la mayoría de los casos, al recurrir al derecho de marcas no se pretendió distinguir los productos (o servicios) en sí, sino más bien obtener “una forma de protección indirecta de la materia con el objetivo primordial de evitar o impedir el registro de marcas u otros signos distintivos relacionados con los conocimientos tradicionales en cuestión”⁸¹. El Canadá facilitó un ejemplo práctico de este enfoque (el registro de diez petroglifos con un significado religioso especial por los miembros de la Primera Nación Snuneymuxwafinde impedir la venta de artículos como camisetas, joyas y tarjetas postales)⁸². Nueva Zelandia informó que el Parlamento actualmente estudia un nuevo proyecto de ley sobre marcas que, de promulgarse, permitiría al Comisionado de Marcas denegar el registro de una marca cuyo uso o registro sea susceptible de constituir una ofensa para una parte importante de la comunidad, incluidos los maoríes. Esta disposición ofrecería una protección adicional a algunas expresiones de los conocimientos tradicionales, al impedir el registro ilícito de marcas basadas en textos o imágenes maoríes⁸³. Asimismo, Colombia describió un ejemplo concreto de un enfoque preventivo similar (el “caso de la cultura Tairona”)⁸⁴.

⁸⁰ La Delegación del Japón hizo referencia a la práctica (relativamente común en el Japón) de solicitar patentes para invenciones que el solicitante no prevé utilizar, pero que no desea que caigan en manos de la competencia que podría por su lado reinventarlas. La solución práctica es presentar una solicitud de patente, esperar a que se publique (o “dejarla abierta para inspección pública”) y no solicitar el consiguiente examen. Dichas solicitudes pasan así a dominio público y como tal necesariamente serán tomadas en cuenta por los examinadores de patentes a la hora de evaluar la patentabilidad de las reivindicaciones presentadas por los competidores. Véase Robert J. Girouard, *U.S. Trade Policy and the Japanese Patent System*, documento de trabajo 89, agosto de 1996, *The Berkely Roundtable on the International Economy*, disponible en <www.ciaonet.org/wps/gir01/#txt115> (última visita el 3 de enero de 2003).

⁸¹ Véase el Anexo I del documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2.

⁸² Véase el Anexo I del documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2. Este uso preventivo de las marcas puede exigir una modificación de la legislación de los miembros del Comité en los cuales el uso comercial de las marcas es obligatorio. Asimismo, en algunos Miembros, la legislación nacional exige además que sólo las empresas legítimamente constituidas puedan presentar una solicitud de registro de marca. Este requisito también impediría una modificación, si se siguiera el enfoque canadiense.

⁸³ Véase el Anexo I del documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2.

⁸⁴ Véase el Anexo I del documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2. En la segunda sesión del Comité, celebrada del 10 al 14 de diciembre de 2001, la Delegación de los Estados Unidos de América informó que “el 31 de agosto de 2001, la USPTO comenzó a admitir solicitudes de registro en la

VI. EXPERIENCIAS NACIONALES RELATIVAS A LA PROTECCIÓN *SUI GENERIS* DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

77. En los documentos WIPO/GRTKF/IC/5/7 y WIPO/GRTKF/IC/5 /INF/2 figura información acerca de cuatro experiencias nacionales relativas a los sistemas *sui generis* de propiedad intelectual para proteger los conocimientos tradicionales: el Brasil, Panamá, Portugal y el Perú. Se ofrece a continuación un breve descripción de esas leyes. Y se examinó (sección IV.b)) cómo definen esas cuatro leyes los conocimientos tradicionales. El texto completo de esas leyes figura en el Anexo III del documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2.

a) Legislación brasileña *sui generis*

78. El régimen brasileño *sui generis* fue creado por la Medida Provisional N.º 2186-16, de 23 de agosto de 2001, que rigió la protección de los conocimientos tradicionales en el contexto del acceso a los recursos genéticos (o como parte de él) y los conocimientos tradicionales conexos. Los objetivos declarados de la norma son legislar sobre el acceso al patrimonio genético en el territorio nacional, la plataforma continental y la zona económica exclusiva, para fines de investigación científica, desarrollo tecnológico o bioprospección; el acceso a los conocimientos tradicionales relacionados con el patrimonio genético y pertinente a la conservación de la diversidad biológica, la integridad del patrimonio genético del país y la utilización de sus componentes; la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la explotación del patrimonio genético y los conocimientos tradicionales conexos; el acceso a la tecnología y la transferencia de tecnología para la conservación y la utilización de la diversidad biológica. El material genético humano queda excluido del alcance de la norma (Artículo 3).

[Continuación de la nota de la página anterior]

base de datos de emblemas oficiales de la tribu norteamericana nativa. La base de datos se incluiría, con fines informativos, en la base de datos de la USPTO que contiene el material que no se ha registrado, pero sí investigado con el fin de adoptar decisiones en cuanto a la posibilidad de registrar una marca. Hasta la [esa] fecha, la USPTO había recibido sólo una solicitud de inclusión en la base de datos de los emblemas oficiales de la tribu *Redding Rancheria Wintu Yana Pit River* de Redding, California. Pese a estar en la base de datos, todas las solicitudes de marcas que contenían nombres de tribus, elementos similares a nombres norteamericanos nativos, símbolos percibidos como pertenecientes a norteamericanos nativos en su origen, y cualquier otra solicitud que la USPTO estimase que estaba vinculada a los norteamericanos nativos, fueron examinadas por un abogado con conocimientos especializados y que estaba familiarizado con estas cuestiones. Está claro que esta nueva base de datos de emblemas oficiales no sustituye ni afecta a la Ley de Artes y Oficios Indios de 1935, administrada por la Oficina de Asuntos Indios del Departamento del Interior. A modo de resumen, la Oficina de Artes y Oficios Indios fomenta el bienestar económico de los indios norteamericanos y de los nativos de Alaska mediante el desarrollo de las artes y oficios ejercidos por los indios. Su objetivo es proteger el patrimonio cultural indio y colaborar con las iniciativas de la tribu india y de sus miembros para alcanzar la autosuficiencia. Para lograr estos fines, la máxima prioridad de la Oficina es la observancia y la aplicación de la Ley de Artes y Oficios Indios de 1990 que amplió los poderes de la Oficina para hacer frente al aumento en la venta de productos artesanales falsificados como si hubieran sido hechos por indios. La Ley establece además recursos civiles y penales rigurosos". Véase el documento OMPI/GRTKF/IC/2/16, párrafo 27.

79. En virtud de la medida provisional N.º 2186-16 del Brasil, los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y locales relativos al patrimonio genético quedan protegidos de la utilización y explotación ilegítima y demás actos perjudiciales no autorizados por el Consejo de Gestión del Patrimonio Genético, mencionado en el Artículo 10, o por una institución autorizada (Artículo 8). El Artículo 9 dispone que

“A las comunidades indígenas y las comunidades locales que crean, desarrollan, poseen o conservan los conocimientos tradicionales vinculados al patrimonio genético, se garantizará el derecho a:

- I hacer constar el origen del acceso a los conocimientos tradicionales en todas las publicaciones, utilidades, investigaciones y divulgaciones;
- II impedir que terceros no autorizados:
 - a) utilicen, realicen pruebas o investigaciones en relación con los conocimientos tradicionales conexos;
 - b) divulguen, transmitan o retransmitan datos o informaciones que constituyen los conocimientos tradicionales conexos o forman parte de ellos;
- III obtener beneficios de la explotación económica por terceros, directa o indirectamente, de los conocimientos tradicionales conexos, cuyos derechos les pertenecen en los términos de esta Medida Provisional.”

Asimismo, los titulares de conocimientos tradicionales están facultados a ejercer sus derechos y celebrar contratos de licencia. La norma nacional y la disposición sobre las licencias obligatorias.

80. El Capítulo VII de la norma brasileña -sobre la distribución de beneficios- trata de la remuneración que, por lo general, deberá ser justa y equitativa, y podrá asumirse en las formas siguientes: la distribución de las ganancias; el pago de regalías; el acceso a la tecnología y su transferencia; la concesión de licencias gratuitas sobre productos y procedimientos y la capacitación de los recursos humanos.

81. La protección no exige procedimiento formal ni registro alguno, si se satisfacen los criterios de la norma. La concesión y la validez de derechos de propiedad industrial sobre procedimientos o productos obtenidos a partir de recursos genéticos dependen del suministro de información sobre el origen del material genético y los conocimientos tradicionales conexos, cuando sea necesario (Artículo 31). Los titulares de conocimientos tradicionales también gozan del derecho a una distribución justa y equitativa de los beneficios obtenidos de la comercialización de productos y procedimientos obtenidos a partir de recursos genéticos (Artículo 24).

82. La norma brasileña prevé las siguientes excepciones a los derechos conferidos sobre los conocimientos tradicionales:

“Artículo 43. –Lo dispuesto en el Artículo anterior no se aplicará a:

- I los actos realizados por terceros no autorizados, con fines privados y no comerciales, que no perjudiquen los intereses económicos del titular de la patente;
- II los actos realizados por terceros no autorizados como experimentos, relacionados con estudios o investigaciones científicas o tecnológicas;
- III la preparación de medicamentos con arreglo a una prescripción médica para casos particulares, elaborada por un profesional calificado, así como al medicamento que resulte de esa preparación;
- IV un producto fabricado según una patente de procedimiento o de producto, y que haya sido colocado en el mercado internamente por el titular de la patente con su consentimiento;
- V terceros que, en el caso de patentes relacionadas con organismos vivos, utilicen sin fines de lucro el producto patentado como una fuente inicial de variación o propagación para obtener otros productos; y
- VI terceros que, en el caso de patentes relacionadas con organismos vivos, utilicen, distribuyan o comercialicen un producto patentado que haya sido introducido lícitamente en el comercio por el titular de la patente o del licencia, cuando el producto patentado no haya sido utilizado para la difusión comercial del organismo vivo en cuestión.”

83. En cuanto a las medidas sobre observancia, la norma brasileña impone sanciones de naturaleza civil, administrativa y penal, como la constitución de garantía, multas, la confiscación de muestras del patrimonio genético y de los instrumentos utilizados en la recolección o elaboración de los productos obtenidos a partir de la información relativa a los conocimientos tradicionales pertinentes; la confiscación de los productos derivados de las muestras de patrimonio genético o los conocimientos tradicionales conexos; la suspensión de la venta del producto derivado de la muestra del patrimonio genético o los conocimientos tradicionales conexos y su confiscación; la suspensión de la actividad; la cesación total o parcial de las actividades del establecimiento o empresa; la suspensión del registro, la patente, licencia o autorización; la cancelación del registro, la patente, licencia o autorización; la pérdida o suspensión de la participación en la línea de financiamiento en un establecimiento oficial de crédito; la intervención de la institución; la prohibición de celebrar contratos con la administración pública por un período de hasta cinco años.

84. En virtud del Artículo 8.4) de la norma brasileña, la protección de los conocimientos tradicionales no afectará, perjudicará ni limitará los derechos relativos a la propiedad intelectual.

b) Régimen *sui generis* de Panamá

85. En 2000, Panamá promulgó la ley N.º 20, de 26 de junio, reglamentada por el Decreto Ejecutivo N.º 12 de 20 de marzo de 2001, titulada “Del régimen especial de propiedad intelectual sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, para la protección y defensa de su identidad cultural y de sus conocimientos tradicionales y otras disposiciones”.

Los objetivos de la Ley N.º 20 son la protección y la defensa de los derechos colectivos de propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas en relación con sus creaciones, tales como invenciones, modelos, dibujos y diseños, innovaciones contenidas en imágenes, figuras, símbolos, gráficos, petroglifos y otros detalles, además de los elementos culturales de su historia, música, arte y expresiones artísticas tradicionales, susceptibles de uso comercial, conferida mediante un sistema especial de registro, promoción y comercialización de sus derechos, a fin de realzar los valores socioculturales de las culturas indígenas y hacerles justicia social. El patrimonio cultural de los pueblos indígenas no puede ser objeto de ninguna forma de derecho exclusivo a favor de terceros no autorizados en virtud del sistema de propiedad intelectual, como el derecho de autor, los derechos relativos a los diseños industriales y las marcas, así como a las indicaciones geográficas y otros, excepto cuando la correspondiente solicitud sea efectuada por los propios pueblos indígenas.

86. Con arreglo a la definición de derechos colectivos indígenas que figura en la Ley N.º 20, se trata de los derechos indígenas de propiedad cultural e intelectual relacionados con el arte, la música, la literatura, los conocimientos biológicos, médicos y ecológicos y demás materia y manifestaciones cuyo autor, titular o fecha de origen son desconocidos, y que constituyen el patrimonio de todo un pueblo indígena⁸⁵. Los derechos conferidos son de naturaleza exclusiva pero pueden reconocerse en beneficio de terceros, siempre que cuando la solicitud sea presentada por los propios pueblos indígenas.

87. La protección se confiere con el registro. Los procedimientos administrativos son gratuitos y no es necesaria la representación de un abogado. Los congresos generales o autoridades tradicionales de los pueblos indígenas están encargadas de representarlos y cumplir con los requisitos establecidos en el Reglamento de la Ley. La Dirección General del Registro de la Propiedad Industrial (DIGERPI) creará el cargo de examinador de derechos colectivos indígenas para la protección de la propiedad intelectual y otros derechos tradicionales de las comunidades indígenas. Este funcionario público estará facultado para examinar todas las solicitudes presentadas ante la DIGERPI y relacionadas con los derechos colectivos de las comunidades indígenas, para que éstos no sean inscritos en violación de la Ley. El Reglamento dispone que pueden existir conocimientos tradicionales de pueblos indígenas en forma de creaciones compartidas entre los miembros de dos o más comunidades, en cuyo caso los beneficios corresponderán a ambas o a todos sus miembros, de conformidad con el derecho consuetudinario.

88. La Ley N.º 20 establece una excepción a los derechos conferidos por uso anterior: el Artículo 23 dispone que “[q]uedan excluidos de la presente Ley los pequeños artesanos no indígenas que se dedican a la elaboración, reproducción y venta de réplicas de artesanías indígenas. Ngobes y Buglés que residen en los distritos de Tolé, Remedios, San Félix y San Lorenzo de la provincia de Chiriquí. Estos pequeños artesanos no indígenas podrán fabricar y comercializar estas réplicas pero no podrán reclamar los derechos colectivos reconocidos por esta Ley a los indígenas.”

⁸⁵ La Delegación de Panamá observó que se está elaborando un proyecto de ley para la protección de los derechos colectivos de las comunidades locales que amplía la definición de la manera siguiente: se trata de derechos de propiedad intelectual de los pueblos indígenas y las comunidades locales cuya materia es el arte, la música, la literatura, los conocimientos médicos y ecológicos, los rituales, los juegos, las expresiones culturales, la ciencia y tecnología tradicionales, la gastronomía, las tradiciones culturales, las creencias y demás aspectos del patrimonio cultural que no pueden disociarse de la identidad cultural de una comunidad.

89. La Ley N.º 20 prevé sanciones administrativas, civiles y penales contra la infracción de los conocimientos tradicionales. Las principales fuentes de las medidas de observancia son la costumbre y la legislación sobre propiedad industrial; en los casos no contemplados en éstas, las violaciones a la Ley N.º 20 se sancionan con multas que oscilan entre 1.000 y 5.000 dólares de los EE. UU., según su gravedad. En caso de reincidencia, se duplica el importe de la multa. Además de las sanciones previstas en la Ley, se confiscará y destruirá el material utilizado para cometer la infracción.

90. En virtud de la Ley y su Reglamento, los titulares de derechos pueden ceder los derechos colectivos registrados y conceder licencias sobre su ejercicio. No existe disposición relativa a la concesión de licencias obligatorias.

91. Algunos aspectos de la propiedad industrial constituyen un complemento de la protección de los conocimientos tradicionales. La Ley N.º 20 establece que las disposiciones sobre marcas colectivas y de certificación que figuran en la Ley N.º 35 de 1996 se aplicarán en la medida en que no entren en conflicto con los derechos previstos en la propia Ley N.º 20. La solicitud de registro deberá 1) incluir un reglamento de uso que, además de los datos de identificación de la asociación solicitante, indique los motivos por los que puede prohibirse el ejercicio de los derechos colectivos a un miembro de los pueblos indígenas, y 2) incluir un informe favorable elaborado por el órgano administrativo competente acerca del reglamento de uso⁸⁶.

c) Régimen *sui generis* del Perú

92. El régimen *sui generis* del Perú se estableció mediante la Ley N.º 27.811 de 2002, cuyos objetivos son los siguientes: a) promover el respeto, la protección, la preservación, la aplicación más amplia y el desarrollo de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas; b) promover la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos colectivos; c) promover el uso de esos conocimientos en beneficio de los pueblos indígenas y de la humanidad; d) garantizar que el uso de los conocimientos colectivos se realice con el consentimiento informado de los pueblos indígenas; e) promover el fortalecimiento y el desarrollo de las capacidades de los pueblos indígenas y de los mecanismos tradicionalmente empleados por ellos para compartir y distribuir beneficios generados colectivamente, en el marco de ese régimen; y f) evitar que se concedan patentes o invenciones obtenidas o desarrolladas a partir de conocimientos colectivos de los pueblos indígenas del Perú, sin que se tengan en cuenta esos conocimientos como antecedentes en el examen de novedad y nivel inventivo de dichas invenciones.

93. Se concede protección a los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas relacionados con los recursos biológicos, tal como dispone la definición que figura en el Artículo 2 de la Ley⁸⁷. En virtud del Artículo 10, los conocimientos tradicionales no pueden

⁸⁶ La Delegación de Panamá comunicó en forma oficial a la Secretaría de la OMPI que en cuanto se apruebe el reglamento de uso correspondiente, quedará finalizada la primera acta de registro de un tipo de artesanía (la mola) de los Kunas).

⁸⁷ Se entenderá por “pueblos indígenas”, los pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen una cultura propia, ocupan un espacio territorial determinado y se reconocen a sí mismos como tales. Entre ellos se incluyen los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, así como las comunidades campesinas y nativas. Por

ser objeto de propiedad individual. Los pueblos indígenas ejercerán y harán valer sus derechos mediante sus organizaciones representativas.

94. La Ley N.º 27.811 confiere a los pueblos indígenas el derecho a dar el consentimiento (siempre y cuando se informe y anterior al uso) para la utilización de conocimientos tradicionales. En el caso de acceso con fines de aplicación comercial e industrial, deberá firmarse un acuerdo de licencia fijando las condiciones que garanticen la debida remuneración por dicho acceso y la distribución equitativa de los beneficios correspondientes. Los contratos deberán ser por escrito y registrarse en el Instituto Nacional para la Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (INDECOPI). La ley establece dos índices mínimos de regalías (que son acumulativos): un porcentaje que no será inferior al 10% del valor de las ventas brutas, antes de impuestos, resultante de la comercialización de los productos desarrollados a partir de conocimientos colectivos y se destinará al Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas al que se refieren los Artículos 37 y siguientes. Las partes podrán acordar un porcentaje mayor, en función del grado de utilización o incorporación directa de dichos conocimientos en el producto final resultante, el grado de aporte de dichos conocimientos a la reducción de los costos de investigación y desarrollo de los productos derivados, entre otras cosas (Artículo 8). Además, el acuerdo de licencia deberá contener una declaración sobre la compensación que los pueblos indígenas recibirán por la utilización de sus conocimientos colectivos; esa compensación incluirá un pago inicial monetario u otro equivalente dirigido a su desarrollo sostenible, y un porcentaje no menor al 5% del valor de las ventas brutas, antes de impuestos, resultante de la comercialización de los productos desarrollados directa e indirectamente a partir de dichos conocimientos colectivos, según el caso (Artículo 27.c)).

95. En la Ley N.º 27.811 se traza una distinción entre tres categorías de conocimientos tradicionales, según su nivel de novedad. En virtud del Artículo 13 se considerará que forman parte del dominio público los conocimientos colectivos que hayan sido accesibles a personas ajenas a los pueblos indígenas, a través de medios de comunicación masiva como las publicaciones, o cuando se refieran a propiedades, usos o características de un recurso biológico, cuyo conocimiento esté difundido fuera del ámbito de los pueblos y comunidades indígenas. Sin embargo, cuando los conocimientos colectivos hayan entrado en el dominio público en los últimos 20 años, un porcentaje del valor de las ventas brutas, antes de impuestos, resultante de la comercialización de los productos desarrollados a partir de estos conocimientos colectivos se destinará al Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas a que se refieren los Artículos 37 y siguientes. En otras palabras, los conocimientos tradicionales que se hayan divulgado en los últimos 20 años son objeto de una suerte de régimen pagado de dominio público. Los titulares de conocimiento tradicional no gozarán del derecho a oponerse a su uso por terceros, sino simplemente de un derecho de remuneración. Ambas categorías de conocimiento tradicional en el dominio público figuran en el Registro Público de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas. La tercera categoría consiste en conocimiento tradicional que no se ha divulgado al público y por lo tanto no entra en el dominio público. Los conocimientos tradicionales no divulgados

[Continuación de la nota de la página anterior]

“conocimiento colectivo” se entenderá el conocimiento acumulado y transgeneracional desarrollado por los pueblos y comunidades indígenas con respecto a las propiedades, usos y características de la diversidad biológica. Finalmente, se entenderá por “recursos biológicos”, los recursos genéticos, organismos o partes de ellos, poblaciones o cualquier otro tipo de componentes bióticos de los ecosistemas, de valor o utilidad real o potencial para la humanidad.

se registrarán en el Registro Nacional Confidencial de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, por solicitud de estos últimos. El INDECOPI administrará ambos registros.

96. Los derechos conferidos en relación con los conocimientos tradicionales son los de registro (Artículo 20)⁸⁸ y concesión de licencias (Artículo 27). Además, los pueblos indígenas que poseen conocimientos colectivos estarán protegidos de la divulgación, adquisición o utilización de esos conocimientos hechas sin su consentimiento o de manera inadecuada, siempre y cuando los conocimientos colectivos no formen parte del dominio público. De manera análoga, los conocimientos tradicionales registrados se protegerán de la divulgación no autorizada cuando un tercero haya tenido acceso en forma ilegítima a los conocimientos colectivos, con deber de reserva (Artículo 42). Los pueblos indígenas que poseen conocimientos colectivos pueden interponer acciones por infracción ante la Oficina de Inveniones y Nueva Tecnología del INDECOPI contra quien vulnere sus derechos sobre los conocimientos tradicionales. También procede la acción por infracción cuando exista peligro inminente de que los derechos puedan ser infringidos. Las acciones por infracción podrán iniciarse de oficio por decisión del INDECOPI (Artículo 43). En los casos en que se alegue una infracción de los derechos de un pueblo indígena que se atribuya a un titular de determinado conocimiento colectivo, la carga de la prueba caerá en el demandado (Artículo 44). Los titulares de conocimientos tradicionales podrán interponer las acciones de reivindicación de la titularidad y la compensación que les corresponden en virtud de la legislación en vigor contra un tercero que, de manera contraria a lo establecido en la ley, haya utilizado directa o indirectamente dichos conocimientos colectivos (Artículo 45). Se prevén medidas provisionales.

97. El registro podrá ser cancelado en cualquier momento, por el INDECOPI, y a sede de oficio o a solicitud de parte, previa audiencia de las partes interesadas y siempre que: a) el registro o la licencia se hayan concedido en contravención de cualquier disposición establecida en el régimen; o b) se demuestre que los datos fundamentales que figuran en la solicitud son falsos o inexactos (Artículo 34).

98. Como se indicó anteriormente, la protección de los conocimientos tradicionales en el Perú tiene un propósito tanto positivo como preventivo. Desde el punto de vista preventivo, la Ley establece que con el fin de impugnar solicitudes de patente entrámites de patentes concedidas, o influir en general en el otorgamiento de patentes sobre productos o procedimientos obtenidos o desarrollados a partir de conocimientos colectivos, el INDECOPI deberá enviar la información contenida en el Registro Nacional Público a las principales oficinas de patentes del mundo, para que se incluya en el estado de la técnica a los efectos del examen de novedad y nivel inventivo de las solicitudes de patente (Artículo 23). Además, la segunda disposición complementaria establece que “en caso de que se solicite una patente de invención relacionada con productos o procesos obtenidos o desarrollados a partir de conocimientos colectivos, el solicitante estará obligado a presentar un copiado del contrato de licencia como requisito previo para la concesión del derecho correspondiente, amén de que se trate de conocimientos colectivos que se encuentran en el dominio público. El

⁸⁸ Sin embargo, el registro de conocimientos tradicionales es declarativo y no constitutivo de derechos. Ello significa que los derechos preceden al registro o son independientes de él. La importancia del registro deriva de que establece elementos de prueba acerca de la existencia del derecho.

incumplimiento de esta obligación será causante de denegación o, en su caso, de nulidad de la patente en cuestión.”

d) Legislación *sui generis* de Portugal

99. El objetivo del Decreto o Ley N.º 118 de Portugal, de 20 de abril de 2002, consiste en “establecer el régimen jurídico del registro, la conservación, la protección por ley y la transferencia del material vegetal autóctono que presente o pueda presentar interés para la actividad agrícola, agroforestal y paisajística, incluyendo las variedades locales y el material espontáneo definido en el Artículo 2⁸⁹, así como los conocimientos conexos” (Artículo 1). En el Artículo 3 se definen los conocimientos tradicionales como “todos los elementos intangibles relacionados con la utilización comercial o industrial de las variedades locales⁹⁰, y demás material autóctono desarrollado por las poblaciones locales, colectivo o individualmente, de manera sistemática e inspirados en su tradición y cultura y espirituales, incluyendo, pero sin limitarse a ellos, la artesanía, el comercio y los servicios relacionados informalmente con la utilización y preservación de las variedades locales y demás material autóctono espontáneo cubierto por la presente Ley”. Se brinda protección contra la “reproducción y/o utilización comercial o industrial” de los conocimientos tradicionales, “siempre y cuando se cumplan las condiciones de protección siguientes: a) los conocimientos tradicionales deberán estar identificados, descritos y registrados en el Registro de Recursos Fitogenéticos; b) la descripción mencionada en el apartado anterior se realizará de manera que permita a terceros reproducir o utilizar los conocimientos tradicionales y obtener resultados idénticos a los obtenidos por el titular de esos conocimientos” (Artículo 3.2). El Artículo 3.3 dispone que “los titulares de los conocimientos tradicionales podrán optar por mantenerlos confidenciales, en cuyo caso el reglamento establecerá la modalidad de su publicación en el boletín correspondiente [...] que se limitará a informar de la existencia de los conocimientos y a identificar las variedades con las que están relacionados; la protección conferida por el registro se limitará a los casos en que su obtención por terceros haya ocurrido de manera desleal.” El Decreto Ley portugués identifica dos condiciones adicionales (y alternativas) para la protección: los conocimientos tradicionales no deberán haber sido conocidos por el público fuera de la comunidad local en que han sido obtenidos, pero si lo han sido, podrán recibir protección siempre y cuando no hayan sido utilizados en el ámbito industrial (o comercial) (Artículo 4). Los conocimientos que satisfacen esas condiciones estarán amparados por “el derecho a: i) impedir a terceros no autorizados su reproducción, imitación y/o utilización, directa o indirecta, confines comerciales; ii) ceder, transferir o conceder licencias sobre los derechos relativos a los conocimientos tradicionales, incluyendo su transmisión por vía sucesoria; iii) quedan excluidos de la protección los conocimientos tradicionales que sean objeto de registros específicos de propiedad industrial”⁹¹. Se confiere la protección tras el registro (Artículo 3.5)

⁸⁹ En el Artículo 2.1 se señalan las variedades que abarca el Decreto Ley, quedando excluidas las que “estén protegidas por derechos de propiedad intelectual o respectos de las cuales se estén cursando procesos destinados a otorgarles protección”. Evidentemente, el objetivo de esta disposición es evitar la superposición con el sistema de la UPOV y con el sistema de patentes.

⁹⁰ El Decreto Ley de Portugal es la primera norma que establece un sistema de protección de las variedades locales.

⁹¹ Por lo tanto, el Decreto Ley 118 no se superpone con el sistema de la UPOV ni con el sistema de Patentes.

por las comunidades locales⁹². El registro de los conocimientos tradicionales tendrá una duración de 50 años a partir de la fecha de presentación de la solicitud, renovable por un período idéntico (Artículo 3.6). Se prevén recursos civiles, penales y administrativos.

VII. ELEMENTOS DE LOS SISTEMAS *SUI GENERIS* PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

100. Se examinan en esta parte los elementos que podrían constituir los sistemas *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales destinados a:

- crear un mecanismo de protección positiva de los conocimientos tradicionales que se distinga de la protección preventiva;
- crear un mecanismo de protección de los conocimientos tradicionales con un concepto análogo al de la propiedad intelectual, mediante la creación de derechos específicos sobre elementos intangibles objeto de propiedad;
- proteger el contenido de los conocimientos tradicionales *sensu stricto* (distinguiéndolos de la protección de las expresiones de la cultura tradicional o de los signos distintivos relacionados con los conocimientos tradicionales); y
- brindar protección mediante derechos *sui generis* particulares relacionados con los conocimientos tradicionales, antes que proteger mediante los elementos específicos *sui generis* de los sistemas convencionales o generales de propiedad intelectual.

a) Antecedentes

101. La propiedad intelectual es un conjunto de principios y normas que regulan la adquisición, el ejercicio y la pérdida de derechos e intereses respecto de activos intangibles susceptibles de utilización en el comercio. Su materia es esencialmente dinámica, como lo son los principios y normas que la conforman. En consecuencia, la propiedad intelectual ha evolucionado últimamente a un ritmo muy rápido para poder incorporar las nuevas tecnologías y los métodos de actividad comercial generados por la economía mundial. En algunos ámbitos, los mecanismos jurídicos existentes se han adaptado a las características de la nueva materia: el sistema de patentes ha debido afrontar las dificultades que plantean las invenciones biotecnológicas y los nuevos procesos de utilización de dispositivos de tecnologías de la información (los denominados “métodos comerciales”); el derecho de autor y los derechos conexos se han ampliado para resolver los problemas que plantean los programas informáticos, el comercio electrónico y la protección de las bases de datos. Pero en otros ámbitos se han creado nuevos sistemas, donde parecía que el simple esfuerzo de adaptar los mecanismos existentes no respondería adecuadamente a las características de la nueva materia. Las variedades vegetales han justificado la creación de un sistema *sui generis*,

⁹² En el Artículo 9 se establece un sistema de reconocimiento de las comunidades locales por las autoridades municipales. El concepto de comunidad local está vinculado a los límites geográficos de las zonas donde se encuentran las variedades locales o donde el material endógeno espontáneo presenta “la variabilidad genética más elevada”.

cuyo régimen principal está definido en el Convenio de la UPOV⁹³; los esquemas de trazado (topografías) del circuito integrado también han sido objeto de un sistema especial que integra elementos de las legislaciones de patentes, de diseños industriales y de derecho de autor. Lo que hace que un sistema de propiedad intelectual sea un sistema *suigeneris* es la modificación de algunas de sus características para poder dar cabida a adecuadamente a las características especiales de su materia, y a las necesidades específicas de política que llevan a la creación de un sistema distinto. La Secretaría de la OMC se refirió a la explicación del sistema *suigeneris* de protección de las obtenciones vegetales del Artículo 27.3b) del Acuerdo sobre los ADPIC, en los términos siguientes: “[I]a protección *sui generis* ofrece a los Miembros más flexibilidad para adaptarse a las circunstancias concretas que planteen las características técnicas de las invenciones en el área de las obtenciones vegetales, por ejemplo, la novedad y la divulgación”⁹⁴.

102. Cabe aclarar que las referencias a un sistema *suigeneris* para la protección de los conocimientos tradicionales nos suponen que debe crearse un mecanismo jurídico a partir de la nada. Por el contrario, la propiedad intelectual ha evolucionado continuamente para seguir siendo un mecanismo eficaz de promoción del progreso tecnológico o, la transferencia y la difusión de tecnología y para estar al servicio de los derechos e intereses de los creadores, así como de la equidad en las actividades comerciales. El aspecto fundamental de la propiedad intelectual es que abarca los activos intangibles y que confiere a los titulares el derecho a prohibir que otros reproduzcan su obra/oficina sus interpretaciones o ejecuciones o las reproduzcan (derecho de autor y derechos conexos), así como el derecho a excluir a otros de la utilización de la materia protegida (derechos de propiedad industrial). La idea fundamental es que la propiedad intelectual es el derecho a decir “no” a terceros (y en consecuencia, el derecho a decir “sí” a una persona que solicite el permiso de reproducir y/o utilizar el objeto protegido). Con un criterio amplio, hasta podría considerarse que propiedad intelectual es un nombre poco apropiado por que no abarcan necesariamente las obras “intelectuales” como tales, sino que cubre activos intangibles de orígenes diversos que conllevan necesariamente un trabajo intelectual abstracto; tampoco necesitan ser definidos y protegidos exclusivamente mediante derechos de propiedad (los derechos morales de los autores y la reputación de los comerciantes no son objeto de propiedad, desde el punto de vista del derecho civil).

103. Si se desarrollan de manera acertada, los sistemas de propiedad intelectual pueden llegar a desempeñar una función vital en la conservación de la identidad cultural de las comunidades tradicionales y, por consiguiente, en la potenciación de los titulares de conocimientos tradicionales, en el sentido de que se les atribuirá el derecho vital a decir “no” a terceros que utilicen sus conocimientos tradicionales sin autorización distorsionando su uso, sea cual sea al fueren una naturaleza comercial. En otras palabras, incluso las comunidades que consideran que sus conocimientos (o parte de los mismos) deberían quedar fuera de los canales comerciales,

⁹³ Véase el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978, y el 19 de marzo de 1991. La sigla UPOV corresponde a la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (de la denominación en francés, *Union pour la Protection des Obtentions Végétales*).

⁹⁴ *El Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. Nota de la Secretaría*, documento de la OMC IP/C/W/216, del 3 de octubre de 2002, párrafo 3. El Acuerdo sobre los ADPIC constituye el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC).

pueden beneficiarse de la protección por propiedad intelectual, ya que ello les otorgará la facultad de impedir que esos conocimientos se comercialicen o utilicen de manera distorsionante o culturalmente insensible.

Elenfoqueholísticoylafuncióndelderechoconsuetudinario

104. El presente documento no pretende anticiparse al debate acerca de la necesidad de establecer un sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales como sustituto o como complemento de los mecanismos existentes de propiedad intelectual. Su finalidad es, de conformidad con lo solicitado por varios miembros del Comité, identificar algunos elementos que deberían tenerse en cuenta si, y sólo si, se tomara la decisión de desarrollar un sistema de este tipo. Cualquier sistema *sui generis* deberá distinguirse de los sistemas existentes de propiedad intelectual; cabría explorar su interacción con los sistemas convencionales de propiedad intelectual. Lo más importante es aclarar si lo que conviene es realmente un sistema de propiedad intelectual (*sui generis* o de otra índole) u otra forma de protección (como un sistema que aplique el derecho consuetudinario). Resulta claro que algunos aspectos de los conocimientos tradicionales pueden quedar adecuadamente protegidos gracias a los mecanismos existentes de propiedad intelectual; sin embargo, si bien la protección por propiedad intelectual puede aplicarse a ciertos aspectos de los conocimientos tradicionales, ello no significa que se hayan protegido todos los aspectos de los conocimientos tradicionales que es necesario proteger o que esos conocimientos hayan sido protegidos de una manera que corresponda a una forma de protección amplia u holística. Por ejemplo, cuando el Comité examinó anteriormente la fábula del chamán ⁹⁵, una delegación observó que “simplificaciones inútiles no deberán llevarnos a la conclusión de que los derechos de propiedad intelectual existentes puedan bastar para dar protección a los conocimientos tradicionales”⁹⁶. El análisis de los distintos aspectos de los conocimientos tradicionales que ya pueden protegerse podrá ayudar para ilustrar la complejidad de la protección de los conocimientos tradicionales y también a aclarar el contexto de desarrollo y la aplicación de toda forma adicional, *sui generis*, de protección.

105. Las experiencias concretas con los sistemas nacionales de protección *sui generis* (véase la sección VI del presente documento) sugieren que es necesario tomar algunas decisiones que permitan distinguir la definición específica y la protección jurídica del contexto social, medioambiental y espiritual de los conocimientos tradicionales -precisamente porque la protección *sui generis* se ha desarrollado no para codificar el derecho consuetudinario en vigor que se aplica en la comunidad tradicional, sino para ampliar el alcance de la protección jurídica más allá del contexto tradicional. Para muchos participantes en el debate acerca de la protección de los conocimientos tradicionales, la aplicación de la legislación en vigor sobre propiedad intelectual a la materia de los conocimientos tradicionales, o aun la búsqueda de soluciones *sui generis* del ámbito de la propiedad intelectual no resulta satisfactoria, pues opinan que la facultad de proteger y la forma de protección deberían basarse en el derecho consuetudinario de la propia comunidad tradicional. Por ejemplo, se ha sugerido que debía aplicarse el “principio del lugar” en la protección de los derechos culturales y de propiedad intelectual indígenas: “las soluciones resolventes cualquier controversia relativa a la adquisición y utilización del patrimonio de los pueblos indígenas con arreglo al derecho consuetudinario

⁹⁵ Véase el párrafo 64 del presente documento y el documento WIPO/GRTKF/IC/4/8, párrafos y 39.

⁹⁶ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/4/15, párrafo 140.

de los pueblos indígenas de que se trate”⁹⁷, lo que equivale a aplicar el principio de la *lex loci*. Un enfoque de esta índole no supondría codificar ni formular nuevamente la protección jurídica, sino que daría un efecto más amplio a las normas o principios que se aplican en el contexto del patrimonio tradicional que ha generado y da fundamento a los conocimientos tradicionales.

106. Sin embargo, si se decide aplicar formas distintas de propiedad intelectual para proteger la materia de los conocimientos tradicionales, además del derecho consuetudinario, en primer lugar debería conocerse que el funcionamiento de la protección jurídica debería distinguirse de la naturaleza o complejidad holística de los propios conocimientos tradicionales; en segundo lugar que en la práctica un único sistema de propiedad intelectual, por amplio que sea su alcance, no podrá englobar todas las características y el contexto de los conocimientos tradicionales en su ámbito cultural original. De ahí que la práctica de los conocimientos tradicionales del chamán, las creencias espirituales que aplican al patrimonio cultural colectivo del que se derivan y que a su vez enriquece, no quedan plenamente reconocidos cuando ciertos elementos de los conocimientos tradicionales se están protegiendo por sistemas existentes de propiedad intelectual, por ejemplo:

- las diferentes plantas con las cuales el chamán ha preparado la pócima pueden protegerse con arreglo a un sistema de protección de obtenciones vegetales, siempre que las plantas sean nuevas, estables, y tengan un carácter distintivo y sean homogéneas;
- la pócima (o su fórmula) puede ser objeto de una patente, siempre que se demuestre la novedad y la actividad inventiva, que sea susceptible de aplicación industrial y que no haya sido previamente divulgada;
- el uso y la dosis de la pócima también pueden ser protegidos mediante una patente en virtud de la legislación de los países de algunos de los miembros del Comité que conceden patentes para nuevos usos de sustancias, así como para métodos terapéuticos nuevos e inventivos;
- el rezo, una vez fijado, puede gozar de protección por derecho de autor, conforme a la legislación de muchos países, también podrá gozar de esa protección aun cuando no haya habido fijación⁹⁸;
- la interpretación o ejecución, una vez fijada, puede ser protegida por derechos conexos derivados del derecho de autor, y el chamán – como intérprete o ejecutante – puede beneficiarse de la concesión del derecho a autorizar la fijación de su interpretación o ejecución⁹⁹;

⁹⁷ Dra. E. A. Daes, “Defending Indigenous Peoples’ Heritage”, *Protecting Knowledge: Traditional Resource Rights in the New Millennium*, Union of British Columbia Indian Chiefs, febrero de 2000.

⁹⁸ El Artículo 15.4a) del Convenio de Berna también otorga protección a las obras no publicadas de autores desconocidos.

⁹⁹ De conformidad con las disposiciones del Artículo 6.2) del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

- el recipiente que contiene la pócima puede ser patentado o protegido por un certificado de modelo de utilidad si tiene características funcionales nuevas e inventivas; sin embargo, si no la tiene, puede ser protegido en virtud de un sistema para diseños industriales;
- el dibujo del recipiente y el atuendo pueden ser protegidos por los sistemas de derecho de autor de diseños industriales.

Naturalmente, la disponibilidad de los mecanismos existentes para la protección de los elementos independientes del conocimiento tradicionales dependerá de que se cumplan los requisitos jurídicos para su protección. Esos mecanismos podrán estar disponibles como instrumentos prácticos a los que recurrir para defender los intereses de la comunidad y su patrimonio cultural; ello no conllevará necesariamente la sustitución del sistema de conocimiento tradicionales por esos instrumentos, ni subordinará el contexto tradicional al sistema de propiedad intelectual.

107. La posibilidad de protegerse separando algunos aspectos de los conocimientos tradicionales no cubre totalmente la necesidad concreta de proteger esos conocimientos. Los conocimientos tradicionales no son las simples sumas de sus distintos componentes: son más que eso, a saber, la combinación sistemática y coherente de sus elementos para formar una unidad indivisible de conocimientos y cultura. Huelga decir que para el *pajé* el mérito de la curación radica en la combinación de extracto con los rituales religiosos, y no en la pócima por sí sola. Las características de varios de los mecanismos de propiedad intelectual antes mencionados no aceptan como objeto dicha combinación de elementos de los conocimientos. Puede ser necesario, por lo tanto, concebir un sistema que atienda a la naturaleza holística de los conocimientos tradicionales y que tenga un enfoque global. Las patentes, las marcas, los diseños, etc., pueden ser muy eficaces para proteger los distintos elementos de los conocimientos tradicionales, pero no contemplan su naturaleza holística.

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

109. Sin embargo, la necesidad de un nuevo enfoque jurídico que refleje adecuadamente la naturaleza holística de los conocimientos tradicionales no es incompatible con las medidas de observancia de los derechos relativos a determinados elementos de los conocimientos tradicionales. No disminuye la naturaleza holística de los conocimientos tradicionales ni su vínculo intrínseco con la vida de una comunidad tradicional que se ejerza derechos de propiedad intelectual para evitar que terceros hagan un uso abusivo de algunos aspectos de los conocimientos tradicionales. Ello pone de manifiesto la distinción entre los conocimientos tradicionales e *si* las medidas concretas que se adopten para protegerlos (véanse los párrafos 32 y 110 del presente documento). Si un tercer *o* utiliza la fórmula de la pócima

inventada por el chamán, deberían existir medidas de observancia para atacar ese acto infractor, con independencia de que el infractor no reproduzca la obra o la interpretación o ejecución. A un dentro de los sistemas existentes de propiedad intelectual, puede cometerse una infracción que no abarque todos y cada uno de los aspectos de la materia protegida, y el uso abusivo de determinados aspectos bastará para constituir una infracción. En el derecho de patentes no es necesario que un infractor viole todas las reivindicaciones para ser responsable. Para el derecho bastará que se infrinja una sola característica del concepto inventivo reivindicado. De manera similar, es posible infringir el derecho de autor sobre una obra musical mediante distintos actos (reproducción, radiodifusión, puesta a disposición del público, etcétera) sin que sea necesario realizarlos todos, bastará infringir una parte suficiente de la obra sin reproducirla completamente. El concepto “holístico” del conocimiento tradicional haría necesario un mecanismo sencillo de inscripción y registro, pero no debería interferir en la observancia de los derechos sobre cada uno de sus elementos. La producción intelectual de una persona podrá concebirse en términos holísticos, pero podrá ser defendida de la utilización ilegítima o el uso abusivo mediante la utilización de las patentes, para las ideas innovadoras, y el derecho de autor, para los artículos de periódico o los libros en los que se expone la obra.

110. En este contexto, resulta fundamental observar que los “conocimientos tradicionales” concebidos en todos sus contextos social y cultural no se asemejan a los medios jurídicos utilizados para protegerlos. Como observó el Grupo *Crucible* “una vez que se haya hecho sobre el conocimiento indígena y local todo lo necesario para encajarlo en el molde de la propiedad intelectual, ya no será reconocible como conocimiento indígena y local”¹⁰⁰. Deberían conservarse las características fundamentales de los conocimientos tradicionales, reconociendo al mismo tiempo que los distintos aspectos de los conocimientos tradicionales pueden y deben protegerse según sea necesario mediante un amplio espectro de instrumentos jurídicos de otra índole: entre ellos cabe mencionar la protección *sui generis*, en la medida en que los encargados de políticas en el plan nacional y los representantes de las comunidades determinen la claridad y la demanda de un sistema de esa clase en la práctica.

- b) Marco jurídico general de un sistema *sui generis*: definir la función de las bases de datos

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

¹⁰⁰ Grupo *Crucible* II, “Siembras de soluciones”, 2001.

112. En los debates internacionales acerca de un régimen *sui generis* de bases de datos para la protección de los conocimientos tradicionales, se ha interpretado erróneamente “base de datos” en el sentido de que sugiere forzosamente instrumentos complejos para recolectar y recuperar en forma electrónica elementos de los conocimientos tradicionales, y para colocar los conocimientos tradicionales en el dominio público, eventualmente sin en el consentimiento fundamentado previo de sus titulares. Ello se debe tal vez a las formas particulares de bases de datos que pueden utilizarse para la “protección preventiva” de los conocimientos tradicionales, y en particular para asegurar que los examinadores de patentes tengan en cuenta los conocimientos tradicionales al realizar búsquedas en el estado de la técnica¹⁰¹. En este contexto, se hacen naturalmente hincapié en la mayor facilidad de acceso a los conocimientos tradicionales, antes que en su protección jurídica. De hecho, se han manifestado serias inquietudes acerca de que la recolección de conocimientos tradicionales en una base de datos de esa índole, en la que no habría aclaración ni confirmación de los derechos correspondientes a los conocimientos tradicionales, podría menoscabar la reivindicación de derechos sobre los conocimientos tradicionales en sí. Ello se examina en detalle en el documento de laOMPI GRTKF/IC/4/5 (“Proyecto de esquema relativo a una guía para la gestión de la propiedad intelectual en la catalogación de conocimientos tradicionales”). Normalmente, se aconsejaría utilizar este tipo de bases de datos para los conocimientos tradicionales que se encuentran y a incontestablemente en el dominio público, o para los elementos de esos conocimientos tradicionales cuyos titulares se encuentran indudablemente colocados en el dominio público, con plena conciencia de las consecuencias de ese acto (podrían dejarse al margen, por ejemplo, los elementos de los conocimientos tradicionales que se consideran sagrados, valiosos, secretos, tecnológicos o comercialmente significativos, o de otra manera inadecuados para formar parte del dominio público). En el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3 se examina la situación para el aspecto de las expresiones de la cultura tradicionales o del folclore, en los casos en que los archivos, bibliotecas y depósitos similares podrían estar poniendo a disposición del público expresiones de culturas tradicionales en situaciones poco propicias para que los intérpretes o custodios de esas cultura tradicionales ejerzan efectivamente sus derechos sobre el material archivado o recopilado.

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

¹⁰¹ Véase, por ejemplo, *Inventario de bases de datos en línea de catalogación de conocimientos tradicionales*, WIPO/GRTKF/IC/3/6, del 10 de mayo de 2002.

114. Un sistema basado en un inventario de conocimientos también tendría la ventaja de permitir actualizar y modificar su contenido, y añadir nuevo, sin necesidad de formalidades complejas y costosas como un nuevo procedimiento de registro. El hecho de que los conocimientos tradicionales se describan en su totalidad se refiere a la naturaleza complementaria de sus elementos (inseparables). Por lo tanto, el conocimiento de un chamán podría fijarse en un base de datos y protegerse bajo conjuntos distintos (y también complementarios) de derechos: los derechos relativos a impedir la *reproducción/ofijación* de los elementos literarios y artísticos de sus conocimientos; y los derechos relativos a impedir la *utilización* de los elementos técnicos del contenido de la base de datos ¹⁰².

115. Debido a la naturaleza intrínsecamente práctica de los conocimientos tradicionales, su descripción y fijación en un inventario sería forzosa y muy flexible, en el sentido de que el único requisito -en particular en lo que se refiere a los elementos técnicos- sería que la descripción resulte comprensible para un experto en ese determinado campo de la materia. Nadie debería prever, por ejemplo, que el chamán proporcione la fórmula o su composición, o la composición molecular de un componente químico determinado, sino simplemente una descripción del material utilizado, de manera que otra persona pueda reproducirlo. La importancia de una descripción bastante completa y razonable subraya el principio general de que el alcance de los derechos que pueden hacerse valer está vinculado directamente con la naturaleza de la información en que se sustenta el derecho -el concepto de divulgación suficiente, de fundamento justo, del derecho de patentes. En este sentido, una descripción razonablemente clara de los conocimientos tradicionales protegidos facilitaría la observancia de los derechos de los titulares de conocimientos tradicionales en relación con eventuales infractores. En otras palabras, una mejor comprensión de los "límites" de los conocimientos tradicionales ayudaría a aclarar si los presuntos infractores de hecho violaron esos límites ¹⁰³.

116. Por último, debe destacarse que la naturaleza holística de los conocimientos tradicionales no es un concepto jurídico en sí, sino que resulta de la naturaleza complementaria de ciertos elementos de esos conocimientos, algunos de los cuales son fundamentalmente de tipo espiritual o cultural, mientras que otros son esencialmente prácticos, como puede manifestar la fábula del *pajé*. Pero algunas comunidades han podido dividir sus conocimientos en diferentes tipos de usos económicos y culturales, especialmente en los ámbitos de las expresiones del folclore y la artesanía. Cabría entonces recomendar que se sigan vías jurídicas diferentes (y complementarias) que convengan más a las características de determinados elementos de los conocimientos que ya no están intrínsecamente asociados con la totalidad del sistema cultural de una comunidad, sino que se amoldan a los distintos compartimentos de ese sistema. La naturaleza holística de los conocimientos tradicionales no debería por lo tanto estar "tallada en la piedra" y sería preferible adoptar un enfoque flexible.

¹⁰² Véase la sección V.c)v) del presente documento.

¹⁰³ El Artículo 3 del Decreto Ley N.º 118/2002 de Portugal dice lo siguiente:

"[...]

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

a) Los conocimientos tradicionales deberán estar identificados, descritos y registrados en el Registro de Recursos Fitogénéticos;

b) La descripción mencionada en el apartado anterior se realizará de manera que permita a terceros reproducir o utilizar los conocimientos tradicionales y obtener resultados idénticos a los obtenidos por el titular de esos conocimientos."

Un sistema de protección sólo puede tener por finalidad responder a necesidades específicas de política antes que proteger todos los aspectos del conocimiento tradicionales. En ese sentido, los elementos señalados a continuación, que están basados en un mecanismo posible de protección de inventarios o de recopilaciones de conocimiento tradicionales, no deben tomarse como exclusivos. Por ejemplo, las expresiones culturales tradicionales (expresiones del folclore) que se han de vincular al medio físico donde habitan las comunidades y que, por lo tanto, han adquirido una posición independiente en el universo cultural de ciertas comunidades, pueden resguardarse mediante el tipo de protección jurídica que se examina en el documento WIPO/GRTKF/5/3. Asimismo, la protección de la artesanía podrá considerarse en el marco de un sistema de registro que reconozca el *estilo* único que materializa inequívocamente el alma y el espíritu de ciertas comunidades tradicionales y que podría relacionarse con la eliminación de la competencia de ley y con la doctrina jurídica correspondiente. De ahí que sea posible que el labor relativo a la protección del conocimiento tradicionales permita concebir un “menú” de mecanismos *sui generis* que represente los diferentes aspectos del conocimiento tradicionales y que, al igual que los mecanismos existentes, puedan utilizarse de manera complementaria a los creadores y los titulares de conocimiento tradicionales según sus necesidades.

c) Elementos de un sistema *sui generis*

117. Una cuestión es identificar las características generales de un sistema *sui generis* de protección del conocimiento tradicionales, y otra es identificar los elementos que ese sistema debe contener para poder ser eficaz. Para ello debe darse respuesta a la siguiente serie de preguntas fundamentales a las que todos los sistemas jurídicos eficaces para proteger los derechos de propiedad deben responder satisfactoriamente:

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

Como se examinó en los párrafos anteriores, es necesario distinguir la materia de base del conocimiento tradicionales (que puede definirse como se vio en la Sección IV del presente documento) de:

- la naturaleza de la protección jurídica;
- el alcance de los derechos conferidos por la protección; y
- los elementos o expresiones del conocimiento tradicionales que están protegidos expresamente por determinados derechos.

i) ¿Cuáles el objetivo de política?

118. La manera como se conformará y se definirá un sistema *sui generis* dependerá en gran parte de los objetivos de política que se desee alcanzar. ¿Será un sistema fundamentalmente preventivo en el sentido de que pretenderá prohibir la apropiación indebida o el uso ilícito culturalmente injurioso de los conocimientos tradicionales, o será semejante a las leyes de protección del patrimonio cultural? ¿Tendrá un objetivo de política amplio, como el del sistema creado en respuesta al Artículo 8.j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica, con los objetivos generales de conservación de la diversidad biológica, usos sostenibles de sus componentes y distribución justa y equitativa de los beneficios resultantes de los recursos genéticos? Ello podrá incidir en los elementos básicos del sistema de protección, por ejemplo a establecer los límites del alcance de los conocimientos tradicionales protegidos (véanse los ejemplos que figuran en la sección IV.b) del presente documento). ¿Estará centrado en promover la comercialización adecuada de los conocimientos tradicionales o en su preservación dentro de un contexto cultural específico?

119. Con independencia de la respuesta que se dé a esta pregunta, cabe destacar que un denominador común vincula todos los derechos de propiedad intelectual: el derecho a impedir a terceros ciertos usos de la materia protegida (por ejemplo, la reproducción, fijación o utilización con fines comerciales). Por lo tanto, al margen del propósito último del sistema adoptado, sus características de base deberían ser similares –o, al menos, guardar coherencia– en el plano internacional. Esa coherencia permitiría articular sistemas nacionales de protección de los conocimientos tradicionales, para evitar la apropiación ilegítima en el plano internacional y facilitar la distribución de beneficios relacionados con los conocimientos tradicionales. Si en la protección de los conocimientos tradicionales no se deseará incluir estos mecanismos, es probable que esa protección no tenga el alcance amplio de un sistema de propiedad intelectual y podrá orientarse más hacia la preservación cultural o la protección de otros derechos, como los patrimoniales y sociales. Por lo tanto, una cuestión fundamental de política que cabe abordar es si realmente se pretende establecer o reconocer derechos de propiedad sobre los conocimientos (teniendo en cuenta que pueden tratarse de derechos colectivos), o si la protección prevista es de naturaleza totalmente distinta.

120. En consecuencia, debería aclararse el objetivo de política de una protección *sui generis* de los conocimientos tradicionales en lo relativo a si guarda coherencia con el esquema de base de los sistemas de propiedad intelectual, y en particular establecer si ese objetivo es:

- salvaguardar contra las reivindicaciones efectuadas por terceros sobre derechos de propiedad intelectual relativos a conocimientos tradicionales,
- proteger la materia de los conocimientos tradicionales de la divulgación o utilización no autorizadas,
- proteger los productos comerciales relacionados con los conocimientos tradicionales,
- impedir la utilización inadecuada o injuriosa desde el punto de vista cultural de material de conocimientos tradicionales,
- conceder licencias y controlar la utilización de expresiones culturales relacionadas con conocimientos tradicionales, y
- conceder licencias sobre aspectos de los conocimientos tradicionales para su uso en productos comerciales de terceros.

121. Además, es probable que ex amen nuevos sistemas *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales de basarse en un entorno jurídico y de política amplio, y adoptar conceptos jurídicos y jurisprudencia de distintas esferas conexas, relacionadas con la propiedad intelectual, por ejemplo:

- los conceptos de competencia de lealtad y enriquecimiento ilegítimo, apropiación indebida de reputación y buen nombre;
- el reconocimiento de intereses y expresiones de intereses colectivos equitativos, como los que se relacionan con los recursos naturales;
- el concepto de derechos morales, en particular los derechos de integridad y paternidad;
- los derechos humanos, y en particular los patrimoniales, culturales y sociales;
- el reconocimiento del derecho consuetudinario y los derechos tradicionales;
- las distintas concepciones de titularidad y de custodia relacionadas con las culturas tradicionales;
- la preservación de las culturas y el material cultural;
- la protección del medio ambiente, incluyendo la conservación de la biodiversidad;
- las concepciones de moralidad y orden público en los sistemas jurídicos; y
- los enfoques destinados a definir y reconocer los derechos de los agricultores.

ii) ¿Cuáles la materia?

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

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

124. La cuestión de la materia por proteger también depende de si al mismo tiempo está una disposición de otras formas de protección que está dirigida específicamente a los conocimientos tradicionales o su expresión, en particular, a la protección de las expresiones culturales tradicionales. Existe una clara diferencia entre un sistema *sui generis* para los

conocimientos tradicionales, orientado fundamentalmente hacia el contenido la esencia de los conocimientos prácticos tradicionales, las habilidades, las prácticas y el aprendizaje, y la materia en sentido más amplio, que incluye las expresiones culturales tradicionales y los signos y símbolos distintivos en cuanto a objetos de protección por derecho propio (véase el análisis que figura en el párrafo 44 del documento WIPO/GRTKF/IC/5/12).

iii) ¿Cuáles son los criterios adicionales para la protección?

125. Podría ser necesario aclarar que a pesar de que algunos conocimientos tradicionales responden a una definición amplia, tal vez necesiten satisfacer criterios específicos para ser protegidos en el marco de un sistema *suigeneris*. Esto puede suceder, por ejemplo, con los conocimientos tradicionales que ya forman parte del dominio público. Los titulares de conocimientos tradicionales deben ser conscientes de que los conocimientos tradicionales que entran en el dominio público no pueden recuperarse sin afectar las expectativas legítimas y los derechos adquiridos por terceros. Por lo tanto, es necesario definir el dominio público en relación con los conocimientos tradicionales. Si, en el marco de un enfoque amplio, la información que ha sido divulgada se considera automáticamente de dominio público, a los fines de la protección por propiedad intelectual se habrá perdido efectivamente toda una serie de conocimientos tradicionales y será muy difícil, o imposible, recuperarlos. Por otro lado, la elaboración de bases de datos o de inventarios destinados a catalogar los conocimientos tradicionales para impedir la apropiación indebida mediante solicitudes de patentes presentadas por terceros podría contribuir a agudizar el problema. Los miembros del Comité pueden, sin embargo, recurrir al concepto de novedad comercial y especificar que quedarán protegidos todos los elementos (dentro del alcance predeterminado de la materia) de los conocimientos tradicionales que no hayan sido comercializados antes de la fecha de compilación de la base de datos. El concepto de novedad comercial, en realidad, no es ajeno a los mecanismos de propiedad intelectual existentes, como la protección de obtenciones vegetales de la UPOV¹⁰⁴, la protección de los esquemas trazados (topografías) de circuitos integrados¹⁰⁵, y la protección provisional por patente¹⁰⁶.

126. A este respecto, pueden encontrarse dos soluciones distintas en la legislación de protección *suigeneris* de los conocimientos tradicionales del Perú y de Portugal¹⁰⁷. En el Artículo 13 de la Ley del Perú se establece que los conocimientos tradicionales se encuentran en el dominio público cuando hay sido accesibles a personas ajenas a los pueblos indígenas, a través de medios de comunicación masiva. En este sentido, la Ley peruana ha adoptado un criterio de novedad técnica. Sin embargo, la utilización de los conocimientos tradicionales que hayan entrado en el dominio público en los últimos 20 años estará sujeta al pago de una tasa (Artículo 13.2). Los conocimientos tradicionales puestos a disposición del público antes de ese plazo de 20 años no podrán protegerse retroactivamente. Por el contrario, la legislación de Portugal permite el registro (a los efectos de la protección jurídica) de los conocimientos tradicionales que “a la fecha de la presentación de la solicitud, no hayan sido objeto de utilización en actividades industriales o no hayan sido conocidos por el público fuera de la comunidad local en que se han obtenido” (Artículo 3.4). Por lo tanto, la

¹⁰⁴ UPOV, Acta de 1991, Artículo 6.

¹⁰⁵ Tratado sobre la Propiedad Intelectual respectado de los Circuitos Integrados, de 1989, Artículo 7, incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC, Artículo 35.

¹⁰⁶ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/2/9 de la OMPI.

¹⁰⁷ Por lo que respecta al Perú, véase la Ley N.º 27.811, de 10 de agosto de 2001, y en el caso de Portugal, el Decreto Ley N.º 118/2002, de 20 de abril de 2002.

legislación portuguesa combinalos criterios de novedad técnica y comercial de manera de ampliar el alcance de la protección. La legislación peruana combina el concepto de dominio público pagado (relacionado, por lo general, con la protección por derecho de autor y a expirada) con el de novedad técnica.

127. Doselementos adicionales, adoptados en la Ley N.º 20 de Panamá, podrían ayudar a delimitar el objeto susceptible de protección definiendo mejor su alcance: a) la expresión de la identidad cultural de una comunidad determinada; y b) la posibilidad de utilización comercial. En primer lugar, sólo los elementos del conocimiento tradicionales que siguen siendo “tradicionales”, en el sentido de que siguen unidos intrínsecamente a la comunidad en que se originaron, serán susceptibles de protección en el marco de un sistema *suigeneris*. En cambio, los elementos del conocimiento tradicionales que hayan perdido ese vínculo, a través de un proceso de industrialización, por ejemplo, no podrán ser protegidos en el marco de un sistema *suigeneris*¹⁰⁸. En segundo lugar, los legisladores pueden decidir que los conocimientos tradicionales que no son susceptibles de utilización comercial no estarán amparados por el sistema *suigeneris*. De hecho, es poco probable que un terceros ededique a uno ilícito o distorsión del conocimiento tradicional si éstos no tienen utilidad comercial o industrial. Al limitar el alcance de los conocimientos tradicionales, la legislación reducirá el costo que genera su inscripción en registros o inventarios. Sin embargo, cabe señalar que la clasificación de los conocimientos tradicionales en dos categorías (una que tenga utilidad comercial, potencial o efectiva, y otra que no la tenga) puede ser contraria a la naturaleza holística de los conocimientos tradicionales, según la cual, sus componentes espirituales y prácticos están entrelazados de tal manera que la mayoría de las veces es imposible distinguirlos.

128. Por último, la legislación puede establecer que el objeto de protección debe figurar en inventarios, colecciones, compilaciones, o implemente en bases de datos de conocimientos tradicionales. Las ramificaciones jurídicas de esta disposición se examinan más adelante. Lo importante en este momento es que los miembros del Comité que decidan la creación de un sistema *suigeneris* nacional podrían bien reconocer que los conocimientos tradicionales, para poder ser protegidos, deben estar catalogados y fijados. La catalogación es imprescindible para el proceso de conservación de los conocimientos tradicionales. Al mismo tiempo, la descripción de los conocimientos tradicionales tiene la ventaja de hacer pública la intención de la comunidad de apropiarse de los conocimientos en cuestión; por lo que la catalogación y la fijación actúan como señales de “prohibido el paso”, exactamente como las reivindicaciones de las invenciones en los documentos de patente. Por otra parte, cuando un titular de conocimiento tradicional cuenta con un derecho *suigeneris* en el marco de la legislación nacional de un país para proteger conocimiento tradicional catalogados, es posible que los mismos derechos no estén disponibles en otras jurisdicciones, y por ello el procedimiento de catalogación pueda ocasionar la pérdida de derechos eventuales (por ejemplo, derechos relativos al secreto comercial) en importantes jurisdicciones extranjeras (donde no existan derechos *suigeneris* correspondientes). El documento WIPO/GRTKF/IC/5/5 trata cuestiones relativas al manejo de las consecuencias de la catalogación de los conocimientos tradicionales, incluyendo los inventarios o registros.

¹⁰⁸ Pueden ser protegidos, sin embargo, por otras formas de propiedad intelectual. Algunos tipos de artesanía, por ejemplo, han sido objeto de gran industrialización y modernización, con lo que han perdido sus características tradicionales y han dejado de ser objeto de identificación cultural. Esa artesanía puede ser protegida en el marco del sistema de diseño industrial porque se ha transformado fundamentalmente en un producto de consumo.

iv) ¿Quiénes titular de los derechos?

129. Los derechos de propiedad intelectual pertenecen originalmente a sus creadores (autores, inventores, diseñadores, creadores, etc.), quienes pueden transferirlos mediante acuerdos contractuales. Pero se considera, por lo general, que los conocimientos tradicionales son el resultado de la creación e innovación de un creador colectivo: la comunidad¹⁰⁹. Esa misma lógica indicaría que los derechos sobre los conocimientos tradicionales deberían concederse a las comunidades, antes que a los individuos¹¹⁰. Obviamente, podrá luego ser necesario establecer un sistema de definición geográfica y administrativa de las comunidades¹¹¹. La entidad colectiva que reviste la titularidad se hace cargo de los conocimientos tradicionales protegidos y debería gozar del derecho a interponer una acción judicial, es decir, debería contar con “personalidad jurídica” a los efectos de los procedimientos judiciales: es una cuestión que también tiene dimensiones internacionales, cuando la protección *suigeneris* de los conocimientos tradicionales también está a disposición de los titulares extranjeros de conocimientos tradicionales. Puede encontrarse una analogía en el Convenio de París (Artículo 7bis), que prevé la protección de las “marcas colectivas pertenecientes a colectividades cuya existencia no sea contraria a la ley del país de origen, incluso si estas colectividades no poseen un establecimiento industrial o comercial.”

130. Si bien suele percibirse como una cuestión de derechos colectivos, la protección de los conocimientos tradicionales puede otorgarse a los individuos. La solución para ello debe buscarse en el derecho consuetudinario. De hecho, la importancia del derecho consuetudinario es fundamental para la atribución de los derechos y beneficios dentro de la comunidad. En cualquier solución jurídica relativa a la protección de los conocimientos tradicionales, adoptada tanto en el plan nacional como internacional, debe reconocerse la importancia de las costumbres y tradiciones de una comunidad en cuestiones como la autorización para utilizar elementos de los conocimientos tradicionales, dentro o fuera de esa comunidad, o cuestiones relativas a la propiedad, el derecho a beneficios, etcétera. Estas costumbres y tradiciones deben describirse y registrarse junto con los elementos de los conocimientos tradicionales, para crearse seguridad jurídica no solamente en lo que respecta a los elementos pertinentes de los conocimientos tradicionales propiamente dichos, sino también en relación con la manera de compartirlos en las comunidades. Un ejemplo de cómo el derecho consuetudinario puede integrarse a un sistema *suigeneris* de protección de los conocimientos tradicionales figura en la Ley N.º 20 de Panamá, que en su Artículo 15 establece lo siguiente:

¹⁰⁹ Durante la tercera sesión del Comité, la Delegación de Ucrania señaló la necesidad de seguir estudiando la cuestión de la titularidad colectiva: véase el documento WIPO/GRTKF/IC/3/17, párrafo 279.

¹¹⁰ La Ley de Panamá (Artículo 1) y la del Perú (Artículo 1) tratan sólo de los derechos colectivos. La norma portuguesa confiere derechos tanto a los individuos como a las entidades colectivas (Artículo 9). La norma tailandesa adopta un enfoque similar, pero el sistema de registro depende de la naturaleza individual o colectiva de los conocimientos (Artículo 16).

¹¹¹ Panamá ha aprobado una serie de leyes que definen el territorio de las comunidades indígenas y establecen sus propios órganos administrativos, de acuerdo a sus propias costumbres y tradiciones. Véase Aresio Valiente López (Compilador) *Derechos de los Pueblos Indígenas de Panamá, Serie Normativa y Jurisprudencia Indígena*, OIT y CEALP, Costa Rica, 2002.

“Los derechos de uso y comercialización del arte, artesanías y otras expresiones culturales basadas en la tradición de los pueblos indígenas deben registrarse por el reglamento de uso de cada pueblo indígena, aprobado y registrado en la DIGERPI en la Dirección Nacional de Derecho de Autor del Ministerio de Educación, según el caso”¹¹².

131. Los conocimientos tradicionales pueden pertenecer a una comunidad que se extiende más allá de fronteras nacionales. En ese caso, debido a que la propiedad intelectual territorial, la comunidad debe obtener el reconocimiento de sus derechos en los diferentes países en los que suele vivir: esto plantea la pregunta, que excede el alcance del presente estudio, de si la comunidad tendría la misma identidad jurídica en las dos jurisdicciones. Los conocimientos tradicionales también pueden pertenecer a dos o más comunidades vecinas que comparten el mismo medio ambiente, los mismos recursos genéticos y las mismas tradiciones. En este caso, los legisladores tienen las siguientes opciones: establecer la cotitularidad de los derechos, o dejar que las comunidades soliciten y obtengan por separado derechos sobre la propiedad conjunta de los conocimientos tradicionales. La existencia de conflictos entre derechos que se superponen dependerá de la naturaleza de los derechos: si, de manera similar al derecho de autor o la protección del secreto comercial, el derecho sobre los conocimientos tradicionales abarca el uso de los conocimientos tradicionales sobre la base del acceso a la fuente original (análogamente a copiar una obra protegida por derecho de autor o incumplir el deber de confidencialidad respecto de información no divulgada), entonces el derecho sólo podría ser ejercido por una comunidad para limitar a un tercero que haya obtenido los conocimientos tradicionales de esa comunidad. Pueden plantearse maneras más complejas de resolver las superposiciones si la protección se asemeja al de un derecho de patente, si las derivaciones sucesivas e independientes de los mismos conocimientos tradicionales fueran objeto de derechos sobre esos conocimientos. Una analogía aproximada podría trazarse con el problema de las indicaciones geográficas homónimas para los vinos, respecto de las que el Acuerdo sobre los ADPIC dispone que cada Miembro de la OMC “establecerá las condiciones prácticas en que se diferenciarán entre sí las indicaciones homónimas de que se trate, teniendo en cuenta la necesidad de asegurarse de que los productos interesados reciban un trato equitativo y que los consumidores no sean inducidos a error.”

132. Cuando dos comunidades son titulares de derechos que se superponen sobre los conocimientos tradicionales, y no se ha establecido una solución específica (como las “condiciones prácticas” de diferenciación indicadas más arriba), se plantea la cuestión de cooperación o competencia entre las dos comunidades. La necesidad de examinar cuestiones de competencia y de monopolio a este respecto se examinó en detalle en el documento WIPO/GRTKF/IC/4/8 (párrafo 63) y en la cuarta sesión del Comité (documento WIPO/GRTKF/IC/4/15, párrafo 141). Desde el punto de vista práctico, se plantea la cuestión de si sería necesario anticipar cualquier problema de esta índole al aclarar o cuál sería el derecho aplicable, creando excepciones a esas leyes, de ser el caso, o permitiendo la competencia entre comunidades.

133. Una alternativa a la concesión de derechos a las comunidades es nombrar al Estado como custodio de los intereses y derechos de los titulares de los conocimientos tradicionales, que se ejercerían en su nombre y velando por su interés. En el derecho internacional puede

¹¹² El Artículo 85 de la Ley de Biodiversidad de Costa Rica, Ley N.º 7.788 de 1988, contiene disposiciones similares.

encontrarse un antecedente aproximado de este enfoque en el Artículo 15.4a) del Convenio de Berna que dispone, en el caso de las “obras no publicadas de las que resulte desconocida la identidad del autor”, que la legislación nacional podrá “designar la autoridad competente para representar a ese autor y hacer valer los derechos del mismo en los países de la Unión.”

v) ¿Cuáles son los derechos?

134. Los diferentes elementos que componen los conocimientos tradicionales están entrelazados y pertenecen a los ámbitos artístico/cultural y técnico/comercial/industrial. Por lo tanto, los derechos que han de adquirirse sobre esos componentes deben tender a proteger los legítimos intereses de los titulares de conocimientos tradicionales. Si se hiciera un uso ilícito o lesivo de los elementos de los conocimientos tradicionales de naturaleza artística o literaria, los titulares de los derechos deberían estar facultados a impedir que otros reproduzcan y/ofijen y reproduzcan el producto fijado. Pero si se hiciera un uso autorizado de los componentes técnicos de los conocimientos tradicionales, los titulares de los derechos deberían poder impedir su uso (por uso se entienden los actos de realizar, utilizar, ofrecer a la venta, vender o importar para estos fines el producto tradicional protegido, o cuando la materia de protección sea un procedimiento, la acción de utilizarlo, así como la acción de utilizar, ofrecer a la venta, vender o importar a estos efectos como mínimo el producto directamente obtenido mediante el procedimiento tradicional). De ahí que un sistema *àui generis* de protección por propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales deba combinar las características del derecho de autor y los derechos conexos con las características de la propiedad industrial. La disponibilidad de medidas diferenciadas de observancia debería ser independiente de la naturaleza holística de los conocimientos protegidos, permitiendo así a los titulares de derechos hacerlos valer en relación con determinados elementos de conocimientos tradicionales contra los cuales se hayan cometido infracciones¹¹³.

135. De manera análoga al derecho de autor, los conocimientos tradicionales también deben abarcar derechos materiales y morales. Unos derechos morales sólidos sobre los conocimientos tradicionales pueden ser, en efecto, el componente vital de un futuro sistema *àui generis*, debido a su función específica en la protección y la conservación de la identidad cultural de las comunidades tradicionales, incluidos aquellos elementos de los conocimientos tradicionales que no deben ser utilizados comercialmente.

136. Entre los derechos relativos a los conocimientos tradicionales también podrían figurar los derechos de acceder, transferir y conceder licencias sobre el contenido de bases de datos de conocimientos tradicionales de tipo comercial/industrial. Si la posibilidad de transferir los derechos de concederlos bajo licencia no estuviese incluida en la legislación, cualquier

¹¹³ El Artículo 3.4 de la Ley de Portugal establece lo siguiente:
 “El registro de conocimientos tradicionales que hasta la fecha de presentación de la solicitud no hubieran sido objeto de utilización en actividades industriales son o fueron conocidos por el público fuera de la población o comunidad local en que se hubieran obtenido, otorgará a los respectivos titulares el derecho a:
 i) impedir a terceros no autorizados la reproducción, imitación y/o utilización, directa o indirecta con fines comerciales;
 ii) acceder, transferir o conceder licencias sobre los derechos respectos de los conocimientos tradicionales, incluyendo su transmisión por vía sucesoria;
 [...]”

intentodeabordarlacuestióndeladistribucióndebeneficiosenelmarcodelConveniosobre laDiversidadBiológica fracasaríanecesariamente.

137. Elhechodequelosderechosrelativosalosconocimientostradicionalessean fundamentalmentedetipocolectivonoafectaasunaturalezaprivada,amenosqueenla legislaciónseopteporellegalEstadocomocuestodiodelosderechosdelacomunidad.Los derechosprivadosdeberánpuesestarrelacionadosconelinteréspúblicodetodalasociedad. Comotodoslosdemásderechosdepropiedadintelectual(asícomotodoslosdemásderechos depropiedad),losderechos sobrelosconocimientostradicionalesnopuedenejercerse de maneraqueperjudiquenlosintereseslegítimosdelasociedad.Porlotanto,losderechos conferidosobreconocimientostradicionalesdeberánestarsujetosaeexcepciones,talescomo lautilizaciónportercerosconfinesacadémicosoestrictamenteprivados,olicencias obligatoriasfundadasenrazonesdeinteréspúblico,asícomocircunstanciasdeurgencia relativasalasaludpública¹¹⁴.

138. Comoseseñalamásarriba,loselementosantesmencionadosse refierenalaprotección porpropiedadintelectualdelcontenidodelosinventariosdedatosobreconocimientos tradicionales.EsoselementosdifierendelasdisposicionesdelArtículo2.5)delConveniende Berna¹¹⁵,delArtículo10.2)delAcuerdosobrelosADPIC¹¹⁶ydelArtículo5delTratadode laOMPIsobreDerechodeAutor,de1996¹¹⁷,enelsentidodequenoseprotegesolamentela seleccióncreativauoriginaloladisposicióndelcontenido,sinotambiénelcontenidomismo. Porotraparte,tambiéndifierendelasdisposicionesdelCapítuloIIIde laDirectiva 96/9/CE delParlamentoEuropeoydelConsejo,del11demarzode1996,sobrelaprotecciónjurídica delasbasesdedatos,puestoquesesugierequelosderechosseconfieranalostitularesdelos conocimientostradicionalesynoalofabricantesdebasesdedatos;deberáotorgarse proteccióncontralareproducción/uelusodelcontenidodelasbasesdedatosyno simplementecontrasuextraccióny“reutilización”,enelsentidodeponerlosadisposicióndel

¹¹⁴ LaLeyN.º20dePanamácontienedosexcepcionesalosederechosconcedidos:“lospequeños artesanosnoindígenas”quesededicanalaelaboración,producciónyventadereproducciones deartesaníasindígenasngobesybuglés,queresidanenciertosdistritos,quedan excluidosdelas disposicionesdelaLey(Artículo23);porotraparte,seaplicaunaespeciedeexcepcióndel “usuarioanterior”alos“pequeñosartesanosnoindígenas”quehayansidoregistradosenla DirecciónGeneraldeArtesaníaNacionalenlafechadeentradaenvigordelaLey (Artículo24).

¹¹⁵ ElArtículo2.5)delConveniendeBernaparalaProtecciónde lasObrasLiterarias yArtísticas (1991)establece:“Lascoleccionesdeobrasliterariasoartísticastalescomolasesciclopediasy antologíasquese,porlaselecciónodisposicióndelasmaterias,constituyancreaciones intelectualesestaránprotegidascomotales,sinperjuiciodelosederechosdelosautoressobre cadaunadelasobrasqueformanpartedeestascolecciones”.

¹¹⁶ ElArtículo10.2delAcuerdosobrelosADPICestablece: “Lascompilacionesdedatosodeotrosmateriales,enformalegiblepormáquinaoentratra forma,queporrazonesdelaselecciónodisposicióndesuscontenidosconstituyancreaciones decarácterintelectual,seránprotegidascomotales.Esaprotecciónquenoabarcarálosdatosomaterialesensímismos,seentenderásinperjuiciodecualquierderechodeautorquesubsista respectodelosdatosomaterialesensímismos”.

¹¹⁷ ElArtículo5delTratadodelaOMPIsobreDerechodeAutor(1996)establece: “Lascompilacionesdedatosodeotrosmateriales,encualquierforma,queporrazonesdela selecciónodisposicióndesuscontenidosconstituyancreacionesdecarácterintelectual,están protegidascomotales.Esaprotecciónnoabarcalosdatosomaterialesensímismosyse entiendesinperjuiciodecualquierderechodeautorquesubsista respectodelosdatosomaterialescontenidosenlacompilación”.

público; y finalmente, los derechos deberían poder hacerse valer contra cualquier tipo de reproducción/oultización no autorizadas del contenido de la base de datos y no sólo contra los datos cuya obtención, verificación o presentación haya exigido una “inversión sustancial desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo”¹¹⁸. Naturalmente, hay una diferencia fundamental entre las bases de datos sobre conocimientos tradicionales y las bases de datos fácticas (que son objeto de la Directiva CE): las bases de datos sobre conocimientos tradicionales contienen material original, aunque no necesariamente pueden ser protegidos por los regímenes tradicionales de propiedad intelectual. Las bases de datos fácticas contienen hechos, que son considerados como creaciones intelectuales y, al margen de la confidencialidad, no merecen otro tipo de protección por propiedad intelectual.

139. Como se ha indicado anteriormente, también puede desarrollarse un sistema *sui generis* de tal manera que incluya características de elementos específicos de los conocimientos tradicionales, como la artesanía. La artesanía de una comunidad determinada sigue las normas técnicas y artísticas que se han desarrollado a través de generaciones, como la elección de materias primas determinadas, métodos de fabricación, colores, motivos decorativos, etcétera. Esos elementos habituales podrían ser objeto de un registro general (o descripción en una base de datos), por lo que se concederían derechos exclusivos sobre el estilo de una determinada línea de productos realizados artesanalmente por la comunidad, de acuerdo con los estándares descritos. Cada una de las piezas derivadas de ese estilo podrían registrarse, si la comunidad lo desea, para facilitar la protección. Un sistema de este tipo garantizaría a la comunidad la concesión de derechos sobre sus artesanías, evitando así la reproducción distorsionada por parte de terceros no autorizados. La protección jurídica de las expresiones de la cultura tradicional, aplicada a la artesanía, se examina en mayor detalle en el documento WIPO/GRTKF/IC/5/3.

vi) ¿Cómo se adquieren los derechos?

140. Una opción podría ser la ausencia total de formalidades jurídicas, es decir, que la protección exista a partir de la fecha de creación del elemento de los conocimientos tradicionales en cuestión, independientemente de cualquier formalidad¹¹⁹. Sin embargo, esta opción puede dar lugar a problemas en cuanto a su aplicación práctica, como la necesidad de probar la existencia misma del elemento en cuestión, problema que se resuelve mediante la obligación de fijación, y la necesidad de probar, eventualmente, el plagio o la infracción, obstáculos que se superan mediante la catalogación/descripción y la presunción de disponibilidad pública de esa información, como en el caso de las patentes y las marcas.

141. Otra segunda opción sería establecer el derecho una vez que se ha registrado la compilación de datos sobre conocimientos tradicionales ante un organismo gubernamental. Los elementos de los conocimientos tradicionales pueden registrarse automáticamente tras el examen formal de la documentación y la representación jurídica, etc., o pueden estar sujetos a un examen sustantivo. Un examen puramente formal parece ser la solución adoptada por Portugal (Decreto Ley N.º 118, Artículo 3) y el Perú (Ley N.º 27.811, Artículo 21). En ambos casos, el registro se invalida si no se satisfacen las condiciones de fondo (como la novedad). En cambio, en la Ley N.º 20 de Panamá se ha adoptado el sistema de un examen técnico, creando el puesto de examinador de los derechos indígenas, dentro de la Oficina de Propiedad Industrial (DIGERPI), que trabaja como examinador y auditor para todos los asuntos

¹¹⁸ Véase la Directiva 96/9/CE, Artículo 7, Diario Oficial L077, 27/03/1996.

¹¹⁹ Véase la Ley de Biodiversidad de Costa Rica N.º 7788, de 1998, Artículo 82.

relacionados con los derechos de propiedad intelectual y los intereses de los pueblos indígenas (en particular, aunque no exclusivamente, la presentación por parte de terceros de solicitudes basadas en conocimientos indígenas en el ámbito de las patentes¹²⁰). El registro de conocimientos tradicionales medicinales en virtud de la legislación tailandesa, que también adoptó el sistema de examen técnico, se ha inspirado en el sistema de patentes – contiene, entre otras, disposiciones sobre el principio del primer solicitante (Artículo 26), sobre procedimientos de interferencia (Artículos 25 y 26) y oposición (Artículo 29).

142. La protección formal supone el control preventivo de la posibilidad de registro de los conocimientos tradicionales, para evitar una reivindicación infundada de la materia. Por otra parte, los sistemas de protección tanto formales como informales exigen el establecimiento de mecanismos posteriores de control de la legitimidad de la reivindicación. Por ejemplo, si la legislación adopta el requisito de novedad comercial como condición para la protección, los elementos que hayansido comercializados con anterioridad y que, por lo tanto, se de dominio público se expondrían bien a ser previamente rechazados, bien a ser posteriormente invalidados. Además, podrían ponerse al alcance de terceros perjudicados por reivindicaciones injustificadas recursos de oposición o de apelación.

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

144. Un sistema de registro formal podrá limitarse a producir un efecto meramente declarativo, antes que crear una fuerte presunción de validez del derecho reivindicado. Por lo tanto, sería necesario probar el registro únicamente a los fines de entablar una demanda de titularidad – es decir, que el registro no crearía derechos. La diferencia entre un registro declarativo y uno constitutivo es que, en determinadas circunstancias, las comunidades tradicionales podrían recurrir a un registro declarativo para respaldar sus reivindicaciones.

¹²⁰ Ley N.º 20, Artículo 9. Este punto se refiere a los costos de realizar y registrar bases de datos o inventarios de conocimientos tradicionales. La sociedad debe decidir si los costos correrán a cargo de las comunidades que obtendrán los derechos de propiedad sobre el contenido de los inventarios (bajo la forma de tasas) o de la sociedad. Panamá ha decidido que la sociedad debe encargarse de la adquisición y mantenimiento de los derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos de las comunidades. (Ley N.º 20, Artículo 7: “[...] su tramitación ante la DIGERPI no requerirá los servicios de un abogado y se exceptúa de cualquier pago [...]”). Esa decisión está relacionada en última instancia con el concepto de distribución de riqueza y la necesidad de dar asistencia para la potenciación de las personas indígenas y de las comunidades tradicionales. Por otro lado, la adopción de un sistema transparente y eficaz de protección de los conocimientos tradicionales reducirá el costo de las transacciones y ya que eliminará la incertidumbre que rodea actualmente a todas las cuestiones de acceso a los recursos genéticos, biopiratería y usos de virtud de otras expresiones de cultura tradicionales. Es más, una vez que la protección de los conocimientos tradicionales por propiedad intelectual esté incluida en los acuerdos internacionales de comercio, se reducirán las distorsiones e impedimentos al comercio de bienes y servicios que incluyan conocimientos tradicionales, para beneficio de los exportadores de artesanías legítimas y productos agrícolas tradicionales. Y puesto que se prevén subsidios para inventores y pequeñas empresas en las leyes de patentes de países de varios miembros del Comité, el subvencionar a comunidades tradicionales no sería entonces contrario al concepto mismo de derechos formales de propiedad intelectual.

contra actos de infracción que pudieran haberse producido antes de la obtención del título formal (y teniendo en cuenta las normas aplicables sobre prescripción).

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

145. Los derechos de propiedad intelectual son inoperantes si no pueden hacerse valer. La protección de los conocimientos tradicionales no surtiría efectos si no se garantiza la disponibilidad de medidas eficaces y expeditivas contra su reproducción o uso no autorizados (combinando así, por un lado, las características del derecho de autor y los derechos conexos, y por el otro, las de la propiedad industrial, para aquellos elementos de los conocimientos tradicionales contenidos en inventarios sin distinguirlos en función de su naturaleza espiritual o técnica), como lo son los mandamientos judiciales o la indemnización adecuada. Las disposiciones relativas a la observancia de los derechos de propiedad intelectual podrían aplicarse de forma subsidiaria y *mutatis mutandis*¹²¹. Además, en la práctica, los titulares de conocimientos tradicionales pueden encontrar dificultades para hacer valer sus derechos, lo cual plantea la posibilidad de administrar los derechos mediante un mecanismo aparte, eventualmete un sistema de administración recíproco o colectivo, o confiando a los organismos gubernamentales la función específica de controlar y demandar a quienes violen los derechos¹²².

viii) ¿Cómo se pierden o caducan los derechos _____?

146. Hay dos enfoques posibles para este último tema. Un enfoque, generalmente preferido por las legislaciones nacionales que hasta ahora han contemplado la protección de los conocimientos tradicionales, es establecer la protección por un plazo indefinido¹²³. Este enfoque se relaciona con la naturaleza intergeneracional y acumulativa de los conocimientos tradicionales y reconoce que su aplicación comercial, una vez garantizada la protección, puede demorar mucho tiempo¹²⁴. Pero si la protección de los conocimientos tradicionales se establece desde después del acto inicial de su explotación comercial (por ejemplo, por un período de 50 años contados a partir del primer acto comercial respectivo del elemento protegido, que podría ser renovable por varios períodos sucesivos), entonces tendrías sentido fijar con anterioridad una fecha de vencimiento, con la condición que se aplique exclusivamente a aquellos elementos de los conocimientos tradicionales que tengan aplicación comercial/industrial y que puedan ser aislados de la totalidad del contenido de la base de datos

¹²¹ Véase la Ley N.º 20 de Panamá, Artículo 21.

¹²² Véase la Ley N.º 27.811 del Perú, Artículos 47 y siguientes. La norma peruana establece que las acciones por infracción de derechos respectivo de conocimientos tradicionales se ventilarán ante una autoridad administrativa (el INDECOPI, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual).

¹²³ Véanse las leyes de Panamá, Artículo 7 y del Perú, Artículo 12.

¹²⁴ La protección de los conocimientos tradicionales cumpliría de esa manera una función de prospección, como pretende Edmund Kitchen en relación con las patentes (véase Edmund Kitch, *The Nature and Function of the Patent System*, 20 *Journal of Law and Economics* (1977)). Solamente unas pocas patentes cumplen una función de este tipo porque la mayoría de las invenciones se realizan en respuesta a las necesidades del mercado. Pero los conocimientos tradicionales no se crean con una finalidad comercial. De ahí que su aplicación comercial, a diferencia de la mayoría de las invenciones patentadas, requiera un estudio de mercado.

sin perjuicio de su integridad ¹²⁵. La realidad es que a lo largo del tiempo, algunos de los conocimientos tradicionales pasan a ser obsoletos.

CONCLUSIÓN

147. El propósito del presente documento es aprovechar la vasta experiencia adquirida en lo relativo a la protección de los conocimientos tradicionales que se ha expuesto ante el Comité, para registrar y aclarar las distintas cuestiones de política y los objetivos que podrían tenerse en cuenta a la hora de examinar opciones para la protección de los conocimientos tradicionales. Para los encargados de la adopción de políticas que se ocupan de la protección de los conocimientos tradicionales, las preguntas siguientes podrán resultar útiles para ilustrar las distintas opciones posibles:

- la pregunta de base acerca de si la protección necesaria será una forma de protección por propiedad intelectual;
- si se aspira fundamentalmente a proteger los conocimientos tradicionales por propiedad intelectual de manera positiva, preventiva o aplicando una combinación de ambas;
- qué opciones ofrecen los sistemas convencionales o generales de propiedad intelectual y si para proteger la materia de los conocimientos tradicionales es posible adaptar o ampliar los elementos de los derechos de propiedad intelectual o crear un sistema *suigeneris* ;
- si otros derechos de propiedad intelectual se aplican a las expresiones, signos distintivos y símbolos u otros aspectos (como la eliminación de la competencia desleal) para proteger los intereses de los titulares de conocimientos tradicionales;
- si es posible combinar la materia de los conocimientos tradicionales no protegida, los objetivos de política pública y las necesidades y expectativas de la comunidad que tiende a privilegiar un sistema *suigeneris* para su protección;
- qué definición de los conocimientos tradicionales debería aplicarse específicamente a los efectos de la protección del contenido o la sustancia de los conocimientos tradicionales;
- qué mecanismos existen en los sistemas nacionales, y qué puede aprenderse de la experiencia práctica en esa esfera;
- qué marco de políticas y qué opciones concretas en la materia deberían aplicarse a la protección *suigeneris* de los conocimientos tradicionales e si los gobiernos nacionales escojen aplicar esos mecanismos; y
- cómo interactúan los distintos sistemas nacionales en los marcos jurídicos bilaterales, regionales o internacionales.

148. Para avanzar en los debates, mejorar la utilidad de los documentos de política preparados para el Comité y ampliar la capacidad de acción de los encargados de la adopción de políticas y los representantes de las comunidades, se sugiere que la Secretaría someta al examen del Comité una lista anotada de opciones relativas a la protección de la materia de los conocimientos tradicionales, incluyendo las adaptaciones y ampliaciones de los derechos de

¹²⁵ Véase la Ley de Portugal, que dispone un plazo de protección de 50 años, renovable por un período idéntico (Artículo 3.6). En virtud de la Ley de Tailandia, el plazo de protección de los conocimientos medicinales tradicionales corresponde a la vida del titular, más 50 años contados a partir de su muerte (Artículo 33).

propiedad intelectual vigentes, y las opciones de política para cada aspecto de la protección *su generis* de los conocimientos tradicionales, con un análisis de las eventuales ventajas y desventajas de cada opción y un examen de las posibilidades de interacción de los sistemas nacionales de protección. Todo ello valiéndose de la gran cantidad de material puesto a disposición del Comité en lo relativo a la protección de los conocimientos tradicionales, encuadrado en un contexto práctico para los encargados de la adopción de políticas y los representantes de las comunidades. Además, se crearía así una plataforma básica para la cooperación internacional en cuestiones de política. Al elaborar una lista anotada de opciones en materia de política se expondrán claramente las distintas opciones disponibles para examinar un tipo nuevo o ampliado de protección por propiedad intelectual para los conocimientos tradicionales.

149. Se invita al Comité Intergubernamental a examinar el contenido del presente documento y decidir la orientación futura de la labor relativa a la protección por propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales, incluyendo la posibilidad de elaborar una lista anotada de opciones en materia de política en la que se presente información sobre la protección de conocimientos tradicionales en un contexto práctico de elaboración de políticas.

[Fin del documento]