

Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore

Decimoctava sesión Ginebra, 9 a 13 de mayo de 2011

PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES ELABORADO EN EL IWG 2

Documento preparado por la Secretaría

INTRODUCCIÓN

1. El segundo Grupo de Trabajo entre Sesiones (IWG 2) se reunió del 21 al 25 de febrero de 2011 para examinar los conocimientos tradicionales. En relación con el documento WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov. (“La protección de los conocimientos tradicionales: objetivos y principios revisados”), el IWG 2 analizó detenidamente cada uno de los proyectos de artículos incluidos en él.
2. Los resultados del IWG 2 se recogen en el “Informe resumido del segundo Grupo de Trabajo entre Sesiones” (WIPO/GRTKF/IWG/2/2), que se distribuyó durante la presente sesión del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (CIG) con la signatura WIPO/GRTKF/IC/18/6. En particular, tras un detenido debate en la sesión plenaria del IWG 2, se crearon seis grupos informales de redacción de composición abierta con el fin de proseguir los debates, sobre los puntos de vista expresados en la sesión plenaria, consolidarlos y proponer un texto simplificado que incluyera opciones, observaciones y diferentes hipótesis. Esos grupos de redacción se crearon con el objetivo de abordar una o más cuestiones. La labor de los grupos de redacción fue coordinada en una reunión mantenida en la noche del miércoles 23 de febrero de 2011 entre el Presidente del IWG 2 y los encargados y ponentes de los grupos de redacción, así como los Vicepresidentes del IWG 2. En la mañana del jueves 24 de febrero del 2011, tras la citada reunión, los grupos de redacción tuvieron otra oportunidad para revisar los artículos respectivos. Seguidamente, los artículos de cada grupo de redacción se presentaron a todos los

expertos y fueron analizados por ellos en la sesión plenaria del IWG 2 celebrada en la tarde del jueves 24 de febrero y el viernes 25 de febrero de 2011. El IWG 2 tomó nota del proyecto de artículos y las observaciones, incluidos los textos concretos propuestos por los expertos, que no se adoptaron como tales.

3. El IWG 2 solicitó a la Secretaría que para la presente sesión del CIG preparara un documento (WIPO/GRTKF/IWG/2/3) que incorporase el proyecto de artículos elaborado por los grupos de redacción informales, así como las observaciones y los textos propuestos por cada uno de los expertos en la sesión plenaria del IWG 2 los días 24 y 25 de febrero de 2011, mencionados en el párrafo 2, con indicación de su procedencia e incluyendo las observaciones formuladas por los expertos que representaban a observadores. El presente documento atiende esa petición.

Elaboración y estructura del presente documento

4. Los artículos elaborados en el IWG 2 figuran en el Anexo del presente documento. Respecto de cada artículo, también figura: i) la introducción realizada por el ponente del grupo de redacción de que se trate; ii) las observaciones sobre los artículos propuestos formuladas por los expertos en la sesión plenaria del IWG 2, durante la noche del jueves 24 y el viernes 25 de febrero de 2011; y iii) las nuevas variantes presentadas por los expertos el mismo día. Las variantes presentadas se relacionaron con los artículos 1 y 12.

Documentos conexos

5. El “Informe resumido del segundo Grupo de Trabajo entre Sesiones (IWG 2)”, que incluye la lista de participantes del IWG 2 (WIPO/GRTKF/IC/18/6), también se distribuyó en la presente sesión del CIG y se relaciona directamente con el presente documento.

6. *Se invita al Comité a que examine y formule observaciones sobre los artículos que figuran en el Anexo con miras a elaborar una versión revisada y actualizada.*

[Sigue el Anexo]

ANEXO

ARTÍCULO 1

MATERIA PROTEGIDA

Definición de conocimientos tradicionales

Opción 1

- 1.1 Se entenderá por conocimientos tradicionales los conocimientos relativos a la actividad intelectual en un contexto tradicional, en particular, los conocimientos especializados, capacidades, innovaciones, prácticas y enseñanzas que forman parte de los sistemas de conocimientos tradicionales de un [pueblo indígena o comunidad local¹].

Opción 2

- 1.1 a) Los conocimientos tradicionales son dinámicos y en constante evolución. Son el fruto de actividades intelectuales en diversos contextos tradicionales, en particular los conocimientos especializados, capacidades, innovaciones, prácticas y enseñanzas en el marco colectivo de los [pueblos indígenas o comunidades locales];
- b) Los conocimientos tradicionales forman parte del patrimonio colectivo, ancestral, territorial, espiritual, cultural, intelectual y material;
- c) Los conocimientos tradicionales se transmiten de generación en generación en diversas formas y son inalienables, indivisibles e imprescriptibles;
- d) Los conocimientos tradicionales están intrínsecamente vinculados a la diversidad biológica y son el fundamento de la diversidad cultural, social y humana encarnada en los estilos de vida tradicionales.

Criterios de admisibilidad

Opción 1

- 1.2 [Los conocimientos tradicionales protegidos son aquellos que:] / [La protección se aplica a los conocimientos tradicionales que:]
- a) son el producto singular de [un pueblo indígena o comunidades locales] o están vinculados [de forma distintiva] a [un pueblo indígena o comunidades locales]; y

Variante

- a) están vinculados de forma distintiva y son reconocidos consuetudinariamente como pertenecientes a una [comunidad local o tradicional];

¹ La expresión "pueblo indígena y comunidad local" se utiliza como término provisional. Esta expresión será examinada por el Grupo que estudia los beneficiarios de la protección.

b) se crean, se preservan y se transmiten [de generación en generación] O [en un contexto tradicional e intergeneracional].

Variante

b) se crean y se comparten, se preservan y se transmiten colectivamente [de generación en generación] O [en un contexto tradicional e intergeneracional];

c) sean parte integrante de la identidad cultural de un [pueblo indígena o comunidad local].

Variante

c) sean parte integrante de la identidad cultural de un [pueblo o comunidad local, indígena o tradicional] que es reconocido como el propietario porque sobre ellos ejerce su custodia o una posesión o responsabilidad cultural y colectiva. Esta relación puede estar establecida formal o informalmente mediante prácticas, leyes o protocolos consuetudinarios.

Opción 2

a) a c) *supra*, y;

d) no son difundidos ampliamente fuera de esa comunidad;

e) no son la aplicación de principios, normas o capacidades que son normalmente, y por lo general, notoriamente conocidos.

Opción 3

a) a c) *supra*, y;

d) [la propiedad de los [pueblos indígenas y comunidades locales]];

e) [no son difundidos ampliamente fuera de la comunidad con el consentimiento fundamentado previo de los [pueblos indígenas y comunidades locales] en condiciones mutuamente convenidas];

f) [los conocimientos tradicionales pueden tener diversas cualidades y se consideran de forma colectiva y se comparten en la comunidad. Son de carácter tradicional, a menudo sagrados o santos, y a menudo son secretos.];

g) [estos conocimientos tradicionales forman parte de la identidad de uno o más pueblos [indígenas y locales] dado que a veces se trata de conocimientos compartidos por más de un pueblo o comunidad];

h) [estos conocimientos tradicionales son reconocidos por los [pueblos indígenas y comunidades locales] de modo que puedan ejercer estos conocimientos y su custodia, y preservarlos. Existe una responsabilidad cultural que está reconocida en el derecho y la práctica consuetudinarios.]

Conocimientos tradicionales secretos

- 1.3 [Los conocimientos tradicionales secretos protegidos son los conocimientos que se mantienen en secreto por el grupo beneficiario y no se comparten, y no han sido compartidos por personas fuera del grupo beneficiario.]

[Sigue el comentario sobre el artículo 1]

COMENTARIO

INTRODUCCIÓN REALIZADA POR EL PONENTE

Kim Connolly-Stone presentó el trabajo del grupo de redacción sobre el artículo 1. El grupo había decidido estructurar el artículo 1 en dos partes: la primera sería una definición de los conocimientos tradicionales y la segunda trataría de los criterios de admisibilidad.

Existían dos opciones para la definición de los CC.TT. La primera era una definición general e inclusiva. La segunda era más descriptiva e incluía ejemplos de aspectos de los CC.TT., y expresaba aspiraciones de los pueblos indígenas y las comunidades locales. Las dos definiciones reflejaban los estilos de redacción diferentes de los miembros del grupo: mientras que algunos adoptaban para la definición un criterio más jurídico, otros consideraron que un criterio rigurosamente jurídico, en sentido estricto, no era apropiado para un asunto como el de los CC.TT. Heng Gee Lim preparó una segunda versión de la Opción 2 (véase más abajo). Sin embargo, el grupo no contó con tiempo suficiente para considerarla en su totalidad y adoptarla.

En realidad, existían tres categorías de opciones que trataban la admisibilidad a la protección.

Todas ellas trataban los conceptos fundamentales del carácter distintivo, la naturaleza colectiva de los CC.TT. y su transmisión de generación en generación, y la identidad cultural. Los expertos identificaron dos opciones para cada uno de estos criterios. Durante el análisis de los criterios referentes a que los CC.TT. fueran parte integrante de la identidad cultural, se propuso que esos criterios se extendieran al patrimonio cultural.

La primera opción simplemente contenía las diversas opciones respecto del carácter distintivo, la naturaleza colectiva de los CC.TT y la identidad cultural.

El segundo conjunto de opciones se refería a la Opción 1, pero añadía dos criterios para la admisibilidad que establecían que cuando los CC.TT. eran difundidos ampliamente fuera de la comunidad no debían ser admisibles a ningún tipo de protección. No hubo consenso general sobre la inclusión de estos criterios. Algunos expertos opinaban que los asuntos relacionados con el carácter ampliamente difundido de los CC.TT. y la facilidad de discernirlos correspondían más al artículo 3 sobre el ámbito de la protección.

La Opción 3 se refería también a la Opción 1, pero con varios criterios adicionales. Ciertos miembros del grupo consideraron que algunos de estos criterios adicionales repetían otros criterios de admisibilidad o se referían a la definición de los CC.TT y no a la admisibilidad a la protección. Sin embargo, el grupo no contó con suficiente tiempo para tratar estos asuntos.

Asimismo, el texto incluía una propuesta de añadir un tercer elemento en el artículo consistente en una definición de los conocimientos secretos protegidos, basándose en que otros artículos trataban de los CC.TT. secretos, por lo que podría ser definirlos. Lamentablemente, el grupo no contó con tiempo suficiente para debatir en detalle sobre esta definición.

Las referencias sobre los pueblos indígenas y las comunidades locales estaban entre corchetes. El grupo decidió utilizar esta expresión como término provisional, basándose en que, el grupo 2, sobre el artículo 2, se estaba ocupando de la cuestión de los beneficiarios. Tal como había ocurrido en reuniones anteriores de la OMPI, se habían planteado interrogantes sobre si era pertinente incluir naciones, y a poseedores individuales de CC.TT., y sobre el empleo del

singular o el plural. El grupo concluyó que no podía resolver estos asuntos durante la sesión de redacción.

Dadas las limitaciones de tiempo, el grupo no pudo concluir su debate sobre todos los puntos.

OBSERVACIONES FORMULADAS POR LOS EXPERTOS

Christopher Mapani dijo que el artículo 1 debía tratar básicamente dos asuntos: 1) qué habría de proteger este instrumento, en otras palabras, qué eran los CC.TT.; y 2) cuáles de los diversos CC.TT. existentes eran susceptibles de protección. Estimaba que las Opciones 1 y 2 podían fusionarse fácilmente. Sin embargo, algunas de las cuestiones planteadas en la Opción 2 no se referían en realidad a la determinación de la materia protegida sino que eran más bien descriptivas. Con respecto al artículo 1.2 a), el orador expresó reparos sobre la expresión “de forma distintiva”: 1) ¿Cuál era su significación? y 2) ¿en qué situación quedaban de este modo los CC.TT. que pertenecían a diversas agrupaciones? ¿Significaba esto que los CC.TT. podían identificarse con un grupo determinado como mínimo? Con respecto al artículo 1.2 c), veía dificultades respecto de la expresión “sean parte integrante”: 1) ¿Tenía por objeto esta expresión diferenciar lo que era fundamental para una comunidad de lo que no lo era?; y 2) ¿quién determinaba lo que era fundamental para una comunidad y lo que no lo era? También formuló observaciones sobre la expresión “difundidos ampliamente”, preguntando cómo podía tomarse en consideración algo que estaba ampliamente difundido. Los CC.TT. podían llegar a difundirse ampliamente por efecto de una apropiación indebida, por usurpación o por divulgación hecha por la comunidad. Sugirió que debería tratarse de CC.TT. divulgados por sus poseedores mismos y no solo por un individuo.

Musa Usman Ndamba preguntó por qué la expresión “los pueblos indígenas y las comunidades locales” figuraba entre corchetes. También planteó la interrogante de qué se entendía por “de forma distintiva”.

Lucia Fernanda Inácio Belfort manifestó reparos respecto de la expresión “en un contexto tradicional”, que podía conducir a interpretaciones jurídicas que excluyeran ciertos CC.TT. De manera que, para evitar cualquier interpretación jurídica errónea, la oradora propuso reemplazar “en un contexto tradicional” por “en un contexto cultural específico”. No quedarían excluidos los conocimientos que pudieran encontrarse en un contexto tradicional, como por ejemplo los CC.TT. vinculados a territorios. Con respecto al artículo 1.1., la oradora apoyó la propuesta presentada por Heng Gee Lim [nota de la Secretaría: véase más abajo]. La propuesta añadía también las palabras “sagrados” y “secretos”, que eran fundamentales para los pueblos indígenas, aunque no todos los CC.TT. fueran sagrados ni todos fueran secretos. Con respecto a la nota de pie de página, propuso utilizar la expresión “los pueblos indígenas y las comunidades locales” en todo el texto, pues había sido aprobada por el grupo 2, en el artículo 2. No aceptó la Opción 2 del artículo 1.2 referente a los conocimientos que no son difundidos ampliamente fuera de las comunidades. Dijo que podía constituir una excepción.

Amadou Tankoano hizo suya la propuesta presentada por Yonah Ngalaba Seleti [nota de la Secretaría: véase más abajo]. También aprobó la propuesta de Heng Gee Lim [nota de la Secretaría: véase más abajo].

Arjun Vinodrai subrayó la importancia que tenían para los abogados y los jueces la certeza y la claridad en la formulación de las definiciones. El tema se refería particularmente a una celebración de la diversidad cultural. Por este motivo, el orador señaló la clara conveniencia de la Opción 2 del artículo 1.2, que incluía e identificaba dos puntos que no quedarían comprendidos en los CC. TT.

Natacha Lenaerts expresó su preferencia por la Opción 1 del artículo 1.1 y la Opción 2 del artículo 1.2. Con respecto a la Opción 2 del artículo 1.2, manifestó su preferencia por los artículos 1.2 a), 1.2 b) y 1.2 c) en su versión básica.

Carla Michely Yamaguti Lemos dijo que prefería la Opción 2 del artículo 1.1 porque trataba de manera más completa el complejo problema de la determinación de los CC.TT. La oradora planteó dos situaciones más: 1) los CC.TT. disponibles fuera de un contexto cultural determinado, y 2) el caso en que más de un pueblo o comunidad ofrecen los mismos CC.TT. Estimó que era preciso incluir estas situaciones en la definición de los CC.TT. Con respecto a los criterios de admisibilidad, dijo que la mejor frase era “la protección se aplica a los conocimientos tradicionales que”. La oradora dijo que no podía aceptar la expresión “no son difundidos ampliamente”, que figuraba en las Opciones 2 y 3, porque implicaba establecer diferencias entre los derechos de las comunidades y los pueblos indígenas. No era necesario introducir los CC.TT. secretos en este artículo.

Nabiollah Azami Sardoue propuso que se reemplazara en todo el texto la expresión “los pueblos indígenas y las comunidades locales” por el término “beneficiarios”. Con respecto al artículo 1.2, prefería la frase “la protección se aplica a los conocimientos tradicionales que”, de la Opción 1. El orador propuso eliminar el término “colectivamente”, o colocarlo entre corchetes, porque los CC.TT. podían desarrollarse, preservarse y transmitirse a través de familias o individuos.

Yang Hongju declaró que sobre el artículo 1 existían múltiples opiniones divergentes y difíciles de resolver con relación a la sustancia, que tendría que dirimir el CIG. Con respecto a los CC.TT. secretos, la oradora señaló que el artículo 1.3 podía conducir a malentendidos. La expresión “los conocimientos tradicionales secretos protegidos” implicaba que algunos CC.TT. secretos estaban protegidos mientras que otros no lo estaban. La oradora no comprendía el propósito de ese párrafo. Si el carácter “secreto” se consideraba un requisito para la protección, debería incluirse en el artículo 1.2. Si “los conocimientos tradicionales secretos” se consideraran una clase de CC.TT. protegidos, deberían añadirse otras clases de CC.TT., como los “CC.TT. divulgados”, mencionados en el artículo 3.

Justin Hughes señaló que la variante del artículo 1.2 a), el artículo 1.2 b) y la variante del artículo 1.2 c) provenían en realidad de Yonah Ngalaba Seleti [nota de la Secretaría: véase más abajo]. Con respecto a la propuesta presentada por Heng Gee Lim [nota de la Secretaría: véase más abajo], el orador propuso hacer constar que algunos expertos la tenían en gran aprecio. Con relación a los CC.TT. secretos, consideraba que todos los CC.TT. que una comunidad indígena o comunidad local mantuviera genuinamente en secreto deberían considerarse materia protegida.

Bala Moussa Coulibaly apoyó la Opción 2 del artículo 1.1. Declaró que en su país existía una gran experiencia de tratamientos médicos que utilizaban plantas medicinales. También existía una farmacopea nacional y era necesario obtener una autorización para la venta de tales plantas en las farmacias. El artículo 1.1 no tomaba en consideración esta clase de utilización de las plantas medicinales y el orador estimó que se debería tratar ese tema con mucha claridad.

Lorena Bolaños dijo que el criterio general era lograr una definición que reflejara fielmente las aspiraciones de los pueblos indígenas y en la que no se sacrificara ningún elemento. La oradora dijo que le inspiraba preocupaciones que la definición no estableciera una distinción entre los CC.TT. y el conocimiento científico. De hecho, se debería considerar ambas clases de conocimientos en pie de igualdad. La oradora destacó el Objetivo Político i), que reconocía explícitamente el valor científico de los CC.TT. Con relación a los términos que debían utilizarse, propuso hacer referencia a las expresiones reconocidas por los instrumentos internacionales, como “pueblos indígenas”. No consideraba apropiado que se reemplazara dicha expresión por el término “beneficiarios”. Hizo suya la propuesta presentada por Lucía Fernanda Inácio Belfort de reemplazar la expresión “un contexto tradicional” por “un contexto cultural”. Esto evitaría al CIG tener que definir un “contexto tradicional”. Con relación al artículo 1.2, manifestó su

preocupación con respecto a que la Opción 2 hacía referencia al conocimiento que era difundido ampliamente fuera de la comunidad.

Xilonen Luna Ruiz convino con Heng Gee Lim en que era preciso agregar los términos “sagrados” y “secretos”. Los CC.TT. podían tener cualidades diferentes, como la de ser compartidos en el seno de la comunidad, ser tradicionales, sagrados o secretos. Era necesario explicar en la definición las cualidades de los CC.TT., pero el carácter secreto no debía considerarse como un criterio de admisibilidad. A menudo los CC.TT. eran secretos porque los pueblos indígenas y las comunidades locales no querían que otras personas conocieran su existencia. Con respecto al artículo 1.2 a), estimó que el empleo de la expresión “producto singular” sería muy discutible.

Krisztina Kovács manifestó su preferencia por la Opción 1 del artículo 1.1 y la Opción 2 del artículo 1.2. Con respecto a la Opción 2 del artículo 1.2, dijo que prefería los artículos 1.2 a) y 1.2 c).

N.S. Gopalakrishnan declaró que se recurrió al método que consiste en definir los CC.TT. en términos amplios e introducir algunas condiciones que limitaran el alcance de los CC.TT. que el instrumento protegía. El orador estimaba que ese método era defectuosa porque pretendía clasificar los CC.TT. en dos categorías: 1) los susceptibles de obtener protección, y 2) los que no lo eran. A su juicio todos los CC.TT., una vez reconocidos como tales, deberían obtener la protección del instrumento. El enfoque aplicado consistía también en considerar los CC.TT. con los criterios de los regímenes de P.I. Así se manifestaba en expresiones como “singular”, “de forma distintiva” y “sean parte integrante”. El orador estimaba que la noción de dominio público, tal como se la entendía en el sistema formal de la P.I., impregnaba la idea de que la definición habría de determinar los criterios para la protección de los CC.TT. Esto ponía en tela de juicio de modo fundamental los derechos consuetudinarios de los poseedores de CC.TT. Los CC.TT. formaban parte de las comunidades y les pertenecían. Las condiciones de admisibilidad imponían a los poseedores de los CC.TT. la carga de probar que les pertenecían, lo que era contrario al concepto básico de que los CC.TT. pertenecían a la comunidad. El objetivo de política consistía en prevenir la apropiación indebida y el uso indebido de valiosos CC.TT. Este enfoque facilitaría la apropiación indebida e impondría a los poseedores de CC.TT. la carga de probar su propiedad en vez de darles medios para promover, preservar y proteger su cultura y tradición. El orador admitió que las diversas opciones incluían unos pocos elementos que podrían utilizarse con la perspectiva de impedir la apropiación indebida, aunque no eran suficientemente claros y adecuados para proteger y abarcar todas las formas valiosas de CC.TT.

Daphné De Beco expresó su preferencia por la Opción 1 del artículo 1.1 y la Opción 2 del artículo 1.2. Con respecto a la Opción 2 del artículo 1.2 dijo que prefería los artículos 1.2 a), 1.2 b) y 1.2 c).

Leila Garro Valverde apoyó lo dicho por Yonah Ngalaba Seleti. Asimismo, apoyó la propuesta presentada por Heng Gee Lim. La oradora inspiró preocupaciones respecto de la utilización de los términos “pueblo” y “pueblos”, y destacó la importancia de los diferentes matices en los significados de ambos términos.

Tim Roberts apoyó la intervención de Arjun Vinodrai. Consideraba importante elaborar un texto que pudieran utilizar los abogados. En realidad los grupos de redacción no estaban elaborando leyes sino “metaleyes” que correspondería a los juristas convertir en textos convenientes para sus países respectivos. La principal prioridad era ser claros. Sería excelente que pudiéramos también ser justos y sensibles. Con respecto al artículo 1.3, estimó importante dar a los CC.TT. secretos un régimen distinto del de los demás. El orador propuso otorgar a los primeros una mayor protección.

Horacio Gabriel Usquiano Vargas destacó que, en lo relativo a los CC.TT, el artículo 1 iba a generar los resultados de todo el resto de los artículos. En cuanto a la Opción 2 del artículo 1.1, la estructura principal era el resultado de la coordinación entre muchos expertos. Era muy importante que esto se aclarase en la sesión plenaria. El orador apoyó la Opción 2. En cuanto al artículo 1.2, dijo que no era recomendable referirse a los CC.TT. como un producto y que el empleo de ese término no era aceptable. Los CC.TT. tenían naturaleza colectiva.

Natalia Buzova manifestó su preferencia por la Opción 1 del artículo 1.1 y la Opción 2 del artículo 1.2.

Hemachandra Leelanath Obeysekera se manifestó de acuerdo con las observaciones formuladas por Bala Moussa Coulibaly. En Sri Lanka existía el mismo problema con las plantas medicinales. El orador propuso añadir la palabra “competencias” después de “capacidades” en la Opción 2 del artículo 1.1.

Ken-Ichiro Natsume estimó que las definiciones y criterios concretos y detallados facilitarían la comprensión de lo que quedaba protegido y lo que no, lo comprendido en el alcance de los CC.TT. y lo que no lo estaba. Si la definición era imprecisa, habría más litigios. Por lo tanto manifestó su preferencia por la Opción 2 del artículo 1.1 y estimó que la Opción 3 del artículo 1.2 sería un buen comienzo. Expresó su acuerdo con las observaciones formuladas por Arjun Vinodrai. El hecho de indicar lo que no entraba en el ámbito de aplicación o no obtenía protección daría claridad al alcance de ésta. El orador consideraba de utilidad ese procedimiento, como quedaba de manifiesto, por ejemplo, en las Opciones 2 d) o 3 e). Propuso incluir la opción 3 e) porque no consideraba que existiera ningún fundamento razonable para proteger los CC.TT. que eran difundidos ampliamente.

Debra Harry estuvo de acuerdo, en términos generales, con la Opción 2 del artículo 1.1. Sin embargo, apoyó las observaciones formuladas por Lucía Fernanda Inácio Belfort y Lorena Bolaños sobre la terminología. La oradora apoyó el uso de la expresión “un contexto cultural” en lugar de “un contexto tradicional”. Con respecto a la Opción 1 del artículo 1.2, manifestó su desacuerdo con el uso de palabras como “producto” y “de forma distintiva”, porque esas expresiones podían utilizarse para definir los CC.TT. en términos muy restrictivos y excluirían gran parte de ellos. Con respecto a las palabras “se crean”, utilizadas en la variante del artículo 1.2 b), dijo que los pueblos indígenas podían crear nuevos conocimientos. En lo relativo a la expresión “no son difundidos ampliamente”, utilizada en la Opción 2 del artículo 1.2, la oradora expresó su acuerdo con Carla Michely Yamaguti Lemos en cuanto a que esa expresión excluía los CC.TT. que podían considerarse, erróneamente, de dominio público. Con respecto a la Opción 2 e), manifestó su desacuerdo con la expresión “y por lo general, notoriamente conocidos” que aplicaba a los CC.TT. criterios propios de los derechos de P.I. La oradora apoyó el artículo 1.3 y propuso incluir “y sagrados” después de “secretos”. Consideraba importante no excluir los conocimientos que eran especialmente sagrados, desde un punto de vista cultural, para los pueblos indígenas y las comunidades locales. Sin embargo, no estuvo de acuerdo con la frase “y no han sido compartidos”, porque en muchos casos los conocimientos secretos y/o sagrados habían sido tomados, apropiados indebidamente o extraídos equivocadamente de comunidades indígenas y, por ende podían ser conocidos por otras personas. Esos conocimientos no deberían quedar excluidos de la protección. En lo que respecta a los beneficiarios, la oradora declaró que el grupo 2 estaba completamente de acuerdo con adoptar la terminología “los pueblos indígenas y las comunidades locales”.

Edwina Lewis apoyó las observaciones formuladas por Arjun Vinodrai y Tim Roberts sobre la necesidad de claridad jurídica. Planteó la importancia de la flexibilidad para contemplar una amplia gama de circunstancias internas diferentes y propuso que se elaborara una definición que

fuera amplia e inclusiva. La oradora estimó que la Opción 1 del artículo 1.1 ofrecía una definición muy amplia e inclusiva. La Opción 2 del artículo 1.1 buscaba definir los sistemas de CC.TT. y no los CC.TT. en sí mismos.

Vittorio Ragonesi dijo que existían algunas visiones antropológicas diferentes sobre el concepto de CC.TT. Desde un punto de vista más jurídico, expresó su preferencia por la Opción 2 del artículo 1.1. En materia de P.I. existían criterios de protección que había que cumplir. Para que algo pudiera ser una invención debían cumplirse los criterios específicos correspondientes. Lo mismo ocurría con los CC.TT. Con respecto al artículo 1.1 c) de la Opción 2, estimó que la imprescriptibilidad debía incluirse en el artículo 7, que trataba de la duración de la protección. En lo relativo al artículo 1.2 a), recordó que existía un texto diferente, que no podía encontrar, que decía “en que los conocimientos son singulares de un pueblo indígena o comunidades locales o están vinculados de forma distintiva con un pueblo indígena o comunidades locales”. El orador planteó la interrogante de si se había excluido desde un principio o se había modificado. Expresó su preferencia por la Opción 2 del artículo 1.2. Con respecto a la Opción 2 del artículo 1.2, dijo que prefería los artículos 1.2 a), 1.2 b) y 1.2 c).

Kijoong Song estimó que la definición de los CC.TT. debía ser concisa pero precisa. Expresó su preferencia por la Opción 1 del artículo 1.1, porque los párrafos b), c) y d) de la Opción 2 eran más bien criterios de admisibilidad. En el artículo 1.2 prefería la Opción 2 y a su respecto se inclinó por la variante del apartado a) y la versión original de los apartados b) y c).

Irène-Mélanie Gwenang dijo que prefería la Opción 1 del artículo 1.1. Propuso reemplazar la frase “un contexto tradicional” por la expresión “un contexto tradicional y cultural”, para que no fuera necesario escoger una de los dos. Con respecto al artículo 1.2, dijo que prefería la Opción 1. También hizo suyas las inquietudes expresadas por Bala Moussa Coulibaly y Hemachandra Leelanath Obeysekera con respecto a las plantas medicinales.

Ronald Barnes apoyó las observaciones formuladas por Lucia Fernanda Inácio Belfort, Debra Harry, Leila Garro Valverde y Lorena Bolaños. Destacó que la frase utilizada en el artículo 2 era “los pueblos indígenas” en plural y que era preciso normalizar su empleo. En lo que respecta a los criterios de admisibilidad, manifestó su preferencia por el artículo 1.2 en sus variantes de los apartados b) y c).

Weerawit Weeraworawit aprobó la propuesta presentada por Heng Gee Lim porque se refería al contenido de los conocimientos y la manera en que se conservan, se mantienen y se utilizan. Con respecto a los criterios de admisibilidad, estimaba que no todos los conocimientos debían considerarse dignos de protección. Lamentó que el grupo no hubiera logrado establecer un criterio concluyente sobre las consecuencias de que los CC.TT. estuvieran “difundidos ampliamente”.

Albert Deterville expresó su preferencia por la Opción 2 del artículo 1.1. Con respecto a los criterios, dijo que prefería las variantes de los artículos 1.2 a), 1.2 b) y 1.2 c). Apoyó las observaciones formuladas por Debra Harry sobre la inclusión de los CC.TT. sagrados y secretos. El orador propuso continuar utilizando la frase “los pueblos indígenas y las comunidades locales” como expresión normalizada.

Miranda Risane Ayu manifestó su preferencia por la Opción 2 del artículo 1.1, pero estimó que era necesario dar claridad a algunas expresiones nuevas, que deberían ser objeto de una explicación jurídica. Con respecto a los criterios de admisibilidad, dijo que prefería la Opción 1 y optó por la variante del artículo 1.2 a), el artículo 1.2 b) en su versión original y la variante del artículo 1.2 c). La oradora apoyó la propuesta de Yonah Ngalaba Seleti. También se mostró interesada por la Opción 3, pero consideró que existían muchos problemas en materia de

claridad y certidumbre jurídica en algunas expresiones como “secretos” y “conocimientos compartidos”.

NUEVAS VARIANTES PRESENTADAS POR LOS EXPERTOS

Heng Gee Lim propuso una variante para el artículo 1.1:

“Los conocimientos tradicionales son el resultado de actividades intelectuales en contextos tradicionales diversos, en particular, los conocimientos, las capacidades, innovaciones, prácticas y enseñanzas, en un marco colectivo de [pueblos indígenas y comunidades locales]. Los conocimientos son:

- a) Dinámicos y en constante evolución y forman parte del patrimonio colectivo, ancestral, territorial, espiritual, cultural, intelectual y material,
- b) se transmiten de generación en generación en diversas formas y son inalienables, indivisibles e imprescriptibles,
- c) están intrínsecamente vinculados a la diversidad biológica y son el fundamento de la diversidad cultural, social y humana encarnada en los estilos de vida tradicionales, y
- d) a menudo son sagrados y/o secretos”

Yonah Ngalaba Seleti propuso una variante para el artículo 1.2:

“La protección se aplicaría a los conocimientos tradicionales que:

- a) se crean y se comparten colectivamente, se preservan y transmiten de generación en generación,
- b) están vinculados de forma distintiva y son reconocidos consuetudinariamente como pertenecientes a una [comunidad local o tradicional],
- c) son parte integrante de la identidad cultural de un [pueblo o comunidad local, indígena o tradicional] que es reconocido como el propietario porque sobre ellos ejerce su custodia o una posesión o responsabilidad cultural y colectiva. Esta relación puede estar establecida formal o informalmente mediante prácticas, leyes o protocolos consuetudinarios”

ARTÍCULO 2

BENEFICIARIOS DE LA PROTECCION

Los beneficiarios de la protección son los poseedores de conocimientos tradicionales que creen, preserven y transmitan conocimientos en un contexto tradicional o intergeneracional [de conformidad con el artículo 1]. Entre los poseedores de conocimientos tradicionales figuran entre otros los pueblos indígenas, las comunidades [y naciones] locales

[Sigue el comentario sobre el artículo 2]

COMENTARIO

INTRODUCCIÓN REALIZADA POR EL PONENTE

Marisella Ouma presentó la labor del grupo de redacción sobre el artículo 2.

Los integrantes del grupo de redacción fueron Leonilla Kishebuka, Nabiollah Azami Sardoue, Musa Usman, Hongju Yang, Richard Aching, Corleta Babb-Schaefer, Jens Gaster, Kristina Kovács, Marc Perlman, Debra Harry, Giancarlo Leon, Miguel Valbuena, Rodrigo Valencia, Hayat Mehadji, Dioniso Madureira, Xilonen Luna Ruiz y Joseph Olesarioyo.

El Ponente declaró que el principal documento de trabajo era WIPO/GRTKF/IC/18/5/Prov. El grupo hizo referencia también a los documentos WIPO/GRTKF/IWG/2/INF/1/Prov. y WIPO/GRTKF/IWG/2/INF/2. La experiencia del documento sobre las ECT ponía de manifiesto la necesidad de llegar a una propuesta única.

Preocupaba a los expertos el uso de los términos “tradición” y “proteger”, que figuraban en el documento WIPO/GRTKF/IC/18/5/Prov. Se hacía hincapié en el aspecto dinámico de la tradición y en que la protección no debía ser un requisito para conceder los derechos.

Tras algunas deliberaciones se presentó la siguiente propuesta, que fue utilizada como documento de trabajo:

“La legislación o el derecho y las prácticas pertinentes de los Estados miembros establecerán la identificación de los beneficiarios como poseedores de CC.TT. para los pueblos indígenas, las comunidades locales y tradicionales que creen, constituyan, desarrollen, preserven y transmitan en un contexto tradicional o intergeneracional”

De la propuesta antes mencionada se desprendía la necesidad de tratar específicamente ciertos elementos, en particular con relación a la condición jurídica de los pueblos indígenas, reconocida en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. La propuesta final tenía por objeto asegurar la identificación de los poseedores de CC.TT. pero evitando a la vez cualquier formulación restrictiva.

La última oración se redactó para ofrecer una lista no exhaustiva que incluyera a los pueblos indígenas, las comunidades locales y las naciones. Sin embargo, los expertos estimaban que mientras no existiera una definición clara del término “nación”, éste debería dejarse entre corchetes. Existían varias definiciones de esa palabra que podían dar lugar a diferentes interpretaciones.

Se puso entre corchetes el término “naciones”. Se estimó que ese término tenía diversas connotaciones por lo que requería una definición precisa. Los expertos entendían que el texto debía abarcar la situación de ciertos Estados miembros que no tenían pueblos indígenas ni comunidades locales, pero gozaban de CC.TT., en su carácter de naciones.

Se planteó un debate sobre la cuestión de la palabra “proteger”. Los expertos recomendaron que se suprimiera ese término en cuanto supondría un requisito de que los CC.TT. ya estuvieran protegidos por los Estados. Los expertos acordaron eliminar las palabras “constituyan” y “desarrollen”.

Fue necesario hacer referencia al artículo 1 respecto del ámbito de la protección. Por este motivo se colocó entre corchetes la expresión “de conformidad con el artículo 1”. El grupo señaló que la frase “un contexto tradicional o intergeneracional” debería tratarse en el artículo 1, en el que se define la materia protegida. Además, existía el sentimiento de que la enumeración de los poseedores de CC.TT., en la segunda oración del artículo 2, era una lista no exhaustiva que solo indicaba ejemplos.

Algunos expertos propusieron suprimir toda la oración y, en lugar de hacer una enumeración de los poseedores de CC.TT. dejarla librada a la legislación nacional. Se suprimió la disposición que establecía la determinación de los beneficiarios por la legislación pertinente, y los expertos propusieron trasladarla a algún otro artículo del instrumento.

OBSERVACIONES FORMULADAS POR LOS EXPERTOS

Carla Michely Yamaguti Lemos declaró que no había otros beneficiarios aparte de los pueblos indígenas y las comunidades locales. Propuso reemplazar “o” por “e” en la segunda línea y sustituir la segunda oración por “los poseedores de conocimientos tradicionales son los pueblos indígenas y las comunidades locales”.

Carmen Adriana Fernández Aroztegui, tras observar el resultado logrado por el grupo, propuso suprimir los corchetes de la frase “los pueblos indígenas y las comunidades locales”. Pidió que se verificara el significado de los términos “local” y “comunidad” en otros idiomas. La oradora estimó que las naciones que no tenían pueblos indígenas o comunidades indígenas no deberían quedar excluidas de la protección de los CC.TT. Consideró que, en español, el concepto de nación estaba implícito en el término “comunidad”. Entendía que las comunidades podían considerarse como todo el conjunto de habitantes de una región o nación, o todo un conjunto de personas vinculadas por características o intereses comunes. Al utilizar la expresión “comunidades locales” se incluían los CC.TT. de las naciones.

Lucia Fernanda Inácio Belfort apoyó las observaciones formuladas por Carla Michely Yamaguti Lemos con respecto a que nadie podía ser propietario o titular de derechos respecto de los CC.TT. aparte de los pueblos indígenas y las comunidades locales. Propuso reemplazar la expresión “un contexto tradicional” por “un contexto cultural específico”. Asimismo, sugirió insertar “propietarios” antes de “poseedores”. El artículo 31 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas expresaba claramente la propiedad de los CC.TT.

Albert Deterville dijo que se desprendía claramente del artículo 1 quiénes eran los beneficiarios. Apoyó a Lucia Fernanda Inácio Belfort y a Carla Michely Yamaguti Lemos con respecto a la reformulación del artículo 2. El orador apoyó también la supresión de algunas de las palabras de la segunda oración, porque los beneficiarios eran las comunidades indígenas y locales.

Benny Müller planteó si no sería más claro decir “que creen, preserven y transmitan conocimientos tradicionales conforme a la definición que figura en el artículo 1”, de manera de evitar la referencia a un contexto tradicional e intergeneracional. El orador destacó que los pueblos indígenas y las comunidades locales debían ser los poseedores, los beneficiarios y los gestores de sus derechos. En otras palabras, la protección no debía corresponder a las naciones ni a los Estados. Por lo tanto, propuso eliminar la palabra “naciones”, que figuraba entre corchetes.

Miranda Risane Ayu declaró que en su país, algunas veces, el término “nación” podía diferenciarse del término “Estado”. Cuando el gobierno o el Estado hacía algo injustamente, la nación podía enmendarlo. Por lo tanto el concepto de nación era más amplio. El artículo 32 de la Constitución de la República de Indonesia estipulaba que el Gobierno debía promover la cultura nacional de Indonesia. La oradora dijo que no solamente se trataba de una explicación política, sino también de su carácter de nación. De modo que, si las “naciones” quedaban excluidas como beneficiarios, ello se consideraría una amenaza para la unidad de Indonesia. Insistió en que el término “naciones” se mantuviera en el texto.

Arjun Vinodrai planteó si el propósito en la última oración era incluir a los individuos entre los beneficiarios. Planteó si no convendría definir realmente, en algún momento, el significado del término “tradicional”. Algunas de las opciones propuestas para el artículo 1 establecían ciertas directrices, pero podría resultar útil avanzar en la elaboración del documento y establecer entonces algún texto dispositivo. Con respecto a la expresión “un contexto tradicional o intergeneracional”, planteó la interrogante de por qué se había utilizado la palabra “o” en vez de “y”. El orador señaló que, sobre todo en regiones con larga tradición como Europa, donde han existido universidades desde hace 500 años, una universidad podía considerarse como intergeneracional, si se tomaba en cuenta la transmisión de conocimientos de generación en generación.

Khamis Al-Shamakhi declaró que existían algunos pueblos homogéneos que no eran forzosamente locales o indígenas. Convino con Miranda Risane Ayu y otros expertos en apoyar la utilización de la palabra “naciones”.

Horacio Gabriel Usquiano Vargas propuso que se incluyera el término “naciones”. Declaró que una nación no era simplemente un solo y único Estado. Dijo que Bolivia era un Estado plurinacional y que en este artículo debería tomarse en cuenta el carácter plurinacional de las naciones. El orador invitó a todos los expertos a leer el artículo 1 de la Constitución de Bolivia en el que figuraba una explicación del concepto de plurinacionalidad.

Lilyclaire Elaine Bellamy propuso suprimir los corchetes de las palabras “y naciones”.

Justin Hughes discrepó de las observaciones formuladas por Debra Harry sobre el término “creen”, respecto del artículo 1. La palabra “creen” tenía por objeto incluir la creatividad. Señaló que si a los expertos les preocupaba ese término en el artículo 1, también debía preocuparles en el artículo 2. Convino con Benny Müller respecto de mantener una relación clara con las condiciones del artículo 1 y suprimir la referencia a “un contexto tradicional e intergeneracional”. Manifestó su preferencia por la frase entre corchetes “de conformidad con el artículo 1”. En lo personal apoyaba que no se incluyera la palabra “naciones”. Entendía que muchas naciones eran comunidades locales, y en especial lo eran muchas naciones del Caribe.

Musa Usman Ndamba propuso eliminar el término “naciones”. Declaró que él provenía de África, donde los conceptos de nación y de Estado eran a veces confusos. Estimó que, en realidad, la palabra “comunidad” comprendía el concepto de “nación”.

Hayet Mehadji dijo que la opción que había escogido el grupo de redacción era una solución flexible. Hizo hincapié en que era muy importante elaborar un instrumento que reflejara las realidades de todos los Estados miembros. La oradora expresó su apoyo a que se mantuviera la expresión “y naciones”.

Xilonen Luna Ruiz se mostró de acuerdo con la expresión “los pueblos indígenas y las comunidades locales”. Recomendó que cada Estado elaborara definiciones de aquellos pueblos y comunidades que fueran tanto indígenas como locales. Los términos, incluidos los de “pueblos indígenas y las comunidades locales”, podían tener definiciones diferentes en determinados países y regiones.

Lorena Bolaños apoyó la propuesta presentada por Benny Müller que consistía en reemplazar “un contexto tradicional o intergeneracional”, de manera de eliminar la ambigüedad que denotaban ambos términos. También apoyó la propuesta de Carla Michely Yamaguti Lemos de suprimir la expresión “figuran entre otros” que daba la falsa impresión de que el instrumento internacional procuraba proteger también a terceros.

Weerawit Weeraworawit declaró que el proyecto era razonable y flexible. Hizo suyas las observaciones formuladas por Miranda Risane Ayu sobre el mantenimiento de la palabra “naciones”, porque cada país tenía diferentes requisitos, condiciones y necesidades. Por ejemplo, los conocimientos sobre el masaje tradicional en Tailandia no podían atribuirse a ninguna comunidad local de ese país. Esos conocimientos se habían transmitido durante generaciones y se iban desarrollando y mejorando. Si la definición de “beneficiarios” se limitaba únicamente a los pueblos indígenas y las comunidades locales, quedarían excluidas una amplia gama de naciones y comunidades culturales que tenían derecho a beneficiarse de esos CC.TT. Por lo tanto, el orador prefería mantener la flexibilidad de la definición, que se agregara la frase “figuran entre otros” y que se mantuviera la palabra “naciones”.

Joseph Kolegwi-Nzakpe dijo que podría ser preciso tener en cuenta en el texto todas las realidades de África. En el país del orador, además de los pueblos indígenas y las comunidades locales también había en las comunidades tradicionales individuos que eran poseedores de CC.TT. Eran reconocidos como tales y lo habían sido durante años en sus respectivas sociedades. Propuso agregar a los individuos que eran poseedores de CC.TT.

Kijoong Song estimó que los poseedores de CC.TT. deberían limitarse a los pueblos indígenas y las comunidades locales, porque las “naciones” no figuraban en el artículo 1 en la definición de los CC.TT. Todos los artículos debían ser coherentes.

Yonah Ngalaba Seleti mencionó el ejemplo de Lesotho, que estaba constituido por un solo pueblo llamado Basotho. Lo mismo ocurría con el pueblo swazi que vivía en el Reino de Swazilandia. El orador estimó que la expresión “figuran entre otros” privilegiaba a los pueblos indígenas y las comunidades locales, pero no impedía que otros probaran que eran poseedores de conocimientos. Por lo tanto, la carga de la prueba se trasladaba de los poseedores de conocimientos a quienes reivindicaran su posesión.

N.S. Gopalakrishnan apoyó mantener la frase “figuran entre otros” y suprimir los corchetes de la expresión “y naciones”. Declaró que el texto flexible abarcaba las condiciones divergentes que existían en diferentes países. La palabra “naciones” sería especialmente apropiada para identificar como beneficiarios a organismos representativos de sus países, en aquellos casos en que los conocimientos se hubieran desplazado de determinadas comunidades a otros grupos diferentes de comunidades dentro del país.

Martha Evelyn Menjivar expresó su satisfacción con el contenido y la formulación del artículo 2. Apoyó las observaciones formuladas por Gabriel Usquiano Vargas sobre el uso del término “naciones”.

Robert Leslie Malezer declaró que el proyecto no tenía por objeto ser exclusivo. Cabía la posibilidad de que las naciones, en el sentido de gobiernos, en realidad crearan, preservaran y transmitieran conocimientos en un contexto tradicional e intergeneracional. Por ejemplo, había pueblos indígenas del Pacífico que constituían Estados naciones. Sin embargo, existían distinciones entre naciones, Estados o gobiernos y pueblos o poblaciones. El orador prefería la utilización de una terminología que se refiriese a pueblos, incluidos los pueblos indígenas y las comunidades locales. Estimó que, si se incluyera el término “naciones” en el texto definitivo, habría que examinar la primera frase respecto de la forma de gestión y mantenimiento de esos CC.TT. y su transmisión de generación en generación.

John Asein propuso reemplazar “o” por “y”. Dijo que partía del supuesto de que, en ese contexto, la palabra “tradicional” significaba “cultural”. También propuso suprimir la expresión “figuran entre otros”. El orador sugirió elaborar una enumeración indefinida y no exhaustiva de los beneficiarios. Estimó que era necesario lograr la certidumbre en la definición de los beneficiarios. Planteó la misma interrogante que Arjun Vinodrai sobre la admisión de los individuos. Habían existido preocupaciones respecto de los individuos y las familias que poseían CC.TT. y estimó que debían poder ser beneficiarios. Con relación al problema del término “naciones” estimó que, si se lo entendía en el sentido de países, el artículo tenía que considerar también el caso de los países que contaban con comunidades culturales diversas que aspirasen a quedar comprendidas.

Rodrigo Valencia Castañeda estimó que “comunidades locales” podía entenderse como un concepto que incluía el término “naciones”. Por lo tanto sugirió suprimir las palabras “y naciones”.

Natalia Buzova dijo que, dado que la frase “figuran entre otros” estaba en el texto, mantener o no el término “naciones” no implicaba ninguna diferencia. Como la enumeración no era exhaustiva podía incluir naciones, individuos y muchos otros que pudieran considerarse poseedores de CC.TT. La oradora estimó que era necesario aclarar la definición.

Debra Harry apoyó a Lucia Fernanda Inácio Belfort en la propuesta de incluir la expresión “un contexto cultural”. Convino con Carla Michely Yamaguti Lemos respecto de reemplazar el término “o” por “y”. La oradora propuso sustituir la palabra “creen” por “desarrollen”. Asimismo, apoyó la propuesta de suprimir la frase “figuran entre otros”. Discrepó del agregado de las palabras “y naciones”.

Nabiollah Azami Sardoue afirmó que los individuos y también las familias podían desarrollar, preservar y transmitir CC.TT. Por lo tanto propuso conservar la frase “figuran entre otros” sin modificaciones. También sugirió suprimir la expresión “y naciones” porque ese término tenía muchas definiciones que dificultaban el reconocimiento de los titulares de derechos de los CC.TT.

Ulpiano Prado estimó que los beneficiarios de la protección deberían ser no solamente los creadores de CC.TT. sino también quienes los preservaban y transmitían. En su país, muchos de esos conocimientos estaban en manos de personas de edad bastante avanzada. Por ello el Gobierno cumplía una función de salvaguardia. Sugirió que, además de los pueblos indígenas y las comunidades locales, podría incluirse también a grupos de personas, organizaciones o individuos que hubieren creado esos conocimientos.

Mohamed El Mhamdi propuso suprimir los corchetes y agregar las palabras “y naciones” también en el artículo 1, por razones de coherencia. Declaró que la palabra “naciones” era muy importante. La antigua ciudad de Fez, en Marruecos, era origen de riquísimos CC.TT. que

después se fueron diseminando por todas partes y podían encontrarse en la mayoría de las ciudades del país. Si se suprimiera el término “naciones” se beneficiarían únicamente las comunidades de la ciudad de Fez, que crearon y transmitieron esos conocimientos, y quedarían excluidas las demás comunidades, a pesar de que producían objetos.

Heng Gee Lim estimó que no era necesario introducir en el artículo 2 la expresión “creen, preserven y transmitan” porque los CC.TT. estaban definidos en artículo 1. Coincidió con Benny Müller en que los beneficiarios deberían ser realmente pueblos indígenas y comunidades locales. Coincidió con quienes habían propuesto eliminar los corchetes de las palabras “y naciones”.

Salma Bashir declaró que la formulación era bastante flexible y aseguraba un equilibrio entre los distintos beneficiarios. Propuso añadirla al artículo 1 o vincularla con él.

Joseph Olesarioyo apoyó la propuesta de conservar las palabras “tradicional” e “intergeneracional”. Por ejemplo, los CC.TT. se transmitían en prácticas o ceremonias culturales tradicionales en la comunidad maasai, de generación en generación. El orador estimó que ambas palabras, en la definición de los beneficiarios de la protección, tenían un significado integral.

ARTÍCULO 3

ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN

Opción 1

- 3.1 Los beneficiarios definidos en el artículo 2 tendrán/deberán tener derechos exclusivos para:
- a) controlar y explotar sus conocimientos tradicionales;
 - b) autorizar o negar el acceso a los conocimientos tradicionales y el uso de sus conocimientos tradicionales;
 - c) tener una participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de sus conocimientos tradicionales sobre la base de condiciones mutuamente convenidas;
 - d) impedir la apropiación indebida y el uso indebido; incluidos todo tipo de adquisiciones, apropiaciones, usos o explotación de sus conocimientos tradicionales, sin su consentimiento fundamentado previo y el establecimiento de condiciones mutuamente convenidas;
 - e) impedir la concesión de derechos de P.I. que suponga la utilización de sus conocimientos tradicionales sin la divulgación obligatoria de los poseedores de conocimientos tradicionales y de su país de origen, así como la presentación de pruebas del consentimiento fundamentado previo y la participación en los beneficios;
 - f) impedir el uso de los conocimientos tradicionales fuera de su contexto tradicional sin que se reconozca el origen de dichos conocimientos; el reconocimiento y la atribución de los poseedores de los conocimientos tradicionales cuando sea conocido; y el respeto de las normas y prácticas culturales de sus poseedores.
- 3.2 Las Partes Contratantes preverán/deberán prever medios/medidas legales pertinentes y eficaces para garantizar la aplicación de estos derechos teniendo en cuenta las leyes y prácticas consuetudinarias pertinentes.

Comentarios

A los fines del presente instrumento, el término “explotación” hará referencia a cualquiera de los actos siguientes en relación con los conocimientos tradicionales:

- i. Cuando los conocimientos tradicionales sean un producto:
 - a. fabricación, importación, oferta para la venta, venta, almacenamiento o utilización del producto al margen del contexto tradicional del producto; o
 - b. estar en posesión del producto a los fines de su oferta para la venta, su venta o su utilización al margen de su contexto tradicional;
- ii. Cuando los conocimientos tradicionales sean un proceso:
 - a. hacer uso del proceso al margen del contexto tradicional;
 - b. realizar los actos mencionados en el punto i) con respecto a un producto que sea el resultado directo de la aplicación del proceso.
- iii. Investigación y desarrollo que den lugar a oportunidades de lucro o con fines comerciales.

Opción 2

- 3.1 Los beneficiarios de los conocimientos tradicionales protegidos, preverán/deberán prever medios/medidas legales pertinentes y eficaces para ejercer el control y explotar sus conocimientos tradicionales, autorizar el acceso y utilización de sus conocimientos tradicionales, contar con una participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de sus conocimientos tradicionales e impedir cualquier divulgación, uso u otro tipo de explotación no autorizado, y en particular todo tipo de adquisiciones, apropiaciones, o usos que no hayan obtenido el consentimiento fundamentado previo de los poseedores de los conocimientos tradicionales o infrinjan las condiciones mutuamente convenidas.
- 3.2 Con respecto a los conocimientos tradicionales se adoptarán/deberán adoptarse medidas que exijan que aquellos que utilizan los conocimientos tradicionales fuera de su contexto tradicional:
- a) reconozcan la fuente de los conocimientos tradicionales atribuyan los conocimientos tradicionales a su poseedor cuando sea conocido, a menos que los poseedores de conocimientos tradicionales decidan de otro modo; y
 - b) utilicen los conocimientos tradicionales de manera que respeten las normas y prácticas de sus poseedores

Opción 3

- 3.1 Con respecto a los conocimientos tradicionales que no han sido divulgados por los poseedores de los conocimientos tradicionales fuera del contexto tradicional/cultural, los beneficiarios de los conocimientos tradicionales protegidos, preverán/deberán prever medios/medidas pertinentes adecuados y eficaces para impedir cualquier divulgación, uso u otra explotación no autorizada. Se deberán prever medidas para garantizar la obtención del consentimiento fundamentado previo para la utilización de los conocimientos tradicionales, y para que los beneficios derivados de su utilización sean compartidos de forma justa y equitativa con los poseedores de conocimientos tradicionales sobre la base de condiciones mutuamente convenidas.
- 3.2 Se preverán/deberán prever medidas para garantizar la obtención del consentimiento fundamentado previo para el uso comercial o industrial de los conocimientos tradicionales y para que los beneficios derivados de dicha utilización se compartan de forma justa y equitativa cuando no pueda esperarse razonablemente que un usuario sepa que los conocimientos tradicionales han sido divulgados anteriormente.
- 3.3 Con respecto a los conocimientos tradicionales protegidos, incluidos los que han sido divulgados fuera del contexto tradicional, se preverán/deberán prever medidas para exigir que aquellos que utilicen los conocimientos tradicionales fuera de su contexto tradicional:
- a) reconozcan la fuente de los conocimientos tradicionales y atribuyan los conocimientos tradicionales a su poseedor cuando sea conocido, a menos que los poseedores de conocimientos tradicionales decidan de otro modo; y
 - b) utilicen los conocimientos tradicionales de manera que respeten las normas y prácticas de sus poseedores.

[Sigue el comentario sobre el artículo 3]

COMENTARIO

INTRODUCCIÓN REALIZADA POR EL PONENTE

Christopher Mapani presentó el trabajo del grupo de redacción sobre el artículo 3. El grupo tenía como tarea establecer un conjunto de derechos que redundaran en beneficio de los poseedores de CC.TT. Un problema accesorio consistía en asegurar que los beneficiarios pudieran poner en práctica y hacer valer esos derechos.

La filosofía en que se había basado en el debate era, fundamentalmente, que los poseedores tenían un derecho de propiedad sobre sus CC.TT. Siguiendo esa línea filosófica, el grupo proponía tanto derechos positivos como negativos que dividió en dos categorías: 1) derechos patrimoniales, y 2) derechos morales.

La Opción 1 englobaba fundamentalmente la opinión predominante, que consistía en que mientras que los CC.TT. dieran derecho a protección conforme a los criterios de admisibilidad, debería ser consecuencia de ello que sus poseedores gozaran de derechos. No deberían existir otras clasificaciones de los CC.TT. en términos de su conocimiento público o de su disponibilidad pública.

En el artículo 3.1 el grupo procuró ser claro en cuanto al uso de la palabra “protegidos”. Por CC.TT. protegidos se entendía los que cumplieran los criterios de admisibilidad.

El artículo 3.2 procuraba imponer una obligación a los Estados, pero el grupo observó que el artículo 4 contenía disposiciones más o menos similares. El grupo mantuvo el artículo 3.2 porque no tenía certeza sobre la opción que se adoptaría en el artículo 4.

El otro aspecto del artículo 3.2 era que el grupo intentaba proponer una definición sobre los elementos que constituían la “explotación”. Con respecto a la definición de la palabra “explotación”, el grupo se refirió a un “producto”, por considerar que la definición de los CC.TT. incluía también innovaciones que podrían ser productos, procedimientos y cosas por el estilo.

La Opción 2 era una versión abreviada de la Opción 1. Existían diferencias conceptuales menores entre ambas opciones. Fundamentalmente se trataba de una ligera diferencia en la formulación, pero la Opción 2 también ofrecía a los Estados una mayor flexibilidad que la Opción 1.

La Opción 3 representaba la opinión minoritaria. Intentaba clasificar los CC.TT. que daban derecho a la protección. Se utilizaron diferentes términos para clasificar estos CC.TT. Por ejemplo, los CC.TT. provenientes de un libro de texto no podían considerarse en un mismo pie de igualdad que los provenientes de una comunidad. Otro problema era que las empresas farmacéuticas comenzaban a mostrarse renuentes a invertir en la investigación.

Se propusieron diversas fórmulas terminológicas para clasificar estos CC.TT. Una de ellas era “CC.TT. de dominio público”. Sin embargo, otros expertos advirtieron sobre que el dominio público no equivalía a la disponibilidad pública. Lo esencial era que se trataba de una forma de protección *sui generis*. Otra terminología propuesta era clasificarlos como CC.TT. secretos, pero se estimó que esta clasificación impondría a los poseedores la obligación de mantener el carácter secreto de los CC.TT. El otro aspecto era que muchos CC.TT. pertenecían a

comunidades y no a individuos. Era muy difícil mantenerlos en secreto. Las interrogantes que se plantearon con respecto a los CC.TT. secretos eran: 1) Qué se consideraba “secreto”; y 2) qué parámetros se utilizarían para determinarlos. Asimismo, el grupo debatió sobre la expresión “difundidos ampliamente”. Las preguntas eran: 1) Cómo determinar qué era amplio; y 2) Quién determinaba qué era amplio; y 3) Debía la comunidad seguir gozando de algunos derechos si los CC.TT. se consideraban difundidos ampliamente? Por último, el grupo trató la expresión “CC.TT. divulgados”. El grupo se planteó la interrogante de los parámetros que sería pertinente utilizar para determinar si algo estaba divulgado. También sería necesario tener en cuenta quién había divulgado los CC.TT. Se señaló que los poseedores de CC.TT. disponibles públicamente deberían gozar de derechos, con excepción del consentimiento fundamentado previo.

OBSERVACIONES FORMULADAS POR LOS EXPERTOS

Edwina Lewis dijo que un problema preliminar era el de determinar qué protección no se aplicaría o no debería aplicarse a los CC.TT. difundidos ampliamente. Una opción presentada por el grupo 1 era que esa clase de CC.TT. no cumplía los criterios de admisibilidad. La oradora declaró que la Opción 3 procuraba identificar qué derechos, por ejemplo derechos morales o patrimoniales, podían aplicarse en sentido práctico a los CC.TT. que cumplían los criterios generales de admisibilidad estipulados en el artículo 1. El artículo 3.1 de la Opción 3 era similar al párrafo equivalente del texto de las ECT, que daba una amplia protección patrimonial a las ECT secretas. El artículo 3.3 de la Opción 3 procuraba expresar la idea de que correspondía reconocer la asociación entre los conocimientos propiamente dichos y los creadores de esos conocimientos, estuvieran o no difundidos ampliamente. El artículo 3.2 de la Opción 3 era, tal vez, menos claro. Pero se intentaba captar situaciones en las que cabía concebir que, aunque los CC.TT. fueran conocidos por un número limitado de personas fuera del contexto tradicional, en ciertos casos seguiría siendo justo, razonable y práctico compartir los beneficios comerciales obtenidos de su utilización.

Mara Rozenblate manifestó su preferencia por la Opción 2 porque era mucho más completa y flexible.

Heinjoerg Herrmann propuso reemplazar la expresión “las Partes Contratantes” por “los Estados miembros” en todo el documento.

Ken-Ichiro Natsume dijo que, habida cuenta de la historia de las migraciones humanas en el mundo, desde los albores de la humanidad y la diseminación intergeneracional e interregional de cultura y tradiciones a que dio lugar, una vez que se estableciera un sistema de CC.TT. sobre la base de derechos exclusivos se plantearía, en teoría, una ambigüedad sobre la titularidad y el alcance de los derechos, entre regiones y comunidades relacionadas entre sí. Por consiguiente, se temía que pudieran existir conflictos entre derechos exclusivos que ya tenían mucha fuerza, que podrían entorpecer la adecuada protección de los CC.TT. Por lo tanto, era preferible escoger las Opciones 2 o 3 ante la Opción 1, que adoptaba un sistema basado en derechos exclusivos. El orador señaló que entre las Opciones 2 y 3 se inclinaba por la Opción 3, porque esta última admitía la importancia del carácter secreto o de la divulgación de los CC.TT. para establecer una relación con el nivel de su protección, sobre la base del consentimiento fundamentado previo o en términos acordados mutuamente, y la estructura de esa Opción tenía gran afinidad con el concepto de competencia desleal, a cuyo respecto los Estados miembros habían desarrollado un grado suficiente de entendimiento común. Con relación al artículo 3.1 e) de la Opción 1, dado que por lo general los CC.TT. no eran entidades tangibles sino conocimientos, no sería posible rastrear su origen mediante prácticas basadas en pruebas. Después, cuando se introdujeran requisitos de manifestación del origen, será difícil corroborar de manera apropiada el cumplimiento de tal requisito en cada caso concreto de concesión de

derechos de P.I., por los dos motivos siguientes. En primer lugar, dado que desde un principio sería extremadamente difícil determinar en cada caso si los conocimientos están comprendidos o no en la definición de los CC.TT., durante el procedimiento de concesión de derechos de P.I., sería casi imposible determinar si esos conocimientos están sujetos o no al requisito obligatorio. Incluso si existiera una materia protegida para conceder P.I. que pareciera comprendida dentro del ámbito de los CC.TT., podría haber sido inventada, creada o descubierta de manera totalmente independiente, sin ninguna relación con los CC.TT. ni con un poseedor de CC.TT. Por tanto, no se estaría en condiciones de determinar si la materia protegida se origina en CC.TT. En segundo lugar, puesto que sería casi imposible rastrear el origen de los conocimientos, en cuanto tales, éstos nunca ayudarían a determinar su origen en la práctica de la concesión de derechos de P.I. Por ende, no cabría esperar que el requisito de divulgación previsto en el artículo 3.1 e) de la Opción 1 disuadiera de la apropiación indebida o el uso indebido de los CC.TT., ni tampoco que fuese una medida eficaz ni realista.

Leonila Kalebo Kishebuka manifestó su preferencia por la Opción 1. Lo que se indicaba en la Opción 2 no era responsabilidad de los poseedores de CC.TT. sino de las partes contratantes.

Andrew Jenner expresó su preferencia por la Opción 3 porque ofrecía un grado mayor de certidumbre jurídica. El artículo 3.1 e), por ejemplo, resultaba extremadamente difícil desde el punto de vista práctico por el nivel de capacitación que habrían de tener los examinadores y el acceso a las pruebas de cumplimiento de tales obligaciones. El orador estimó que esa disposición generaba incertidumbre jurídica. Teniendo en cuenta que el objetivo general era que se restituyeran los beneficios a los poseedores de CC.TT., era importante comprender la importancia de crear el entorno adecuado para incentivar la investigación y el desarrollo en esta materia. Si no se lograba un nivel adecuado de certidumbre jurídica habría pocos productos comerciales y se reduciría el monto de los beneficios para compartir.

Justin Hughes dijo que el nivel de protección debería variar en función de la naturaleza de los CC.TT. El orador estimaba, fundamentalmente, que los CC.TT. deberían ser objeto de un grado superior de protección cuando un pueblo indígena o una comunidad local los hubiera mantenido en secreto. Esta razón daba especial importancia a la distinción establecida en la Opción 3. Manifestó su acuerdo con las observaciones sobre la certidumbre jurídica. Destacó que las normas deberían respetar las invenciones o descubrimientos independientes.

Yonah Ngalaba Seleti presentó el caso de la patente del Pelargonium como un ejemplo de la posibilidad que tienen los pueblos indígenas de impedir la concesión de patentes sobre sus conocimientos. Dijo que los pueblos indígenas podían utilizar el conocimiento fundamentado previo como mecanismo de rastreo. Estimó que la Opción 1 ofrecía una certidumbre que podía ser útil para el CIG.

Hemachandra Leelanath Obeysekera indicó con respecto al artículo 3.1 de la Opción 1 que la mayoría de los países utilizaban hierbas en medicina y que el conocimiento médico tradicional, generado por miles de años sin prácticas clínicas, podía utilizarse ahora para los fines de la medicina indígena. Se habían concedido derechos de patente para algunas prácticas nuevas, pero la mayoría de las patentes no tenían relación con los pueblos indígenas. El orador consideraba razonable que se restituyeran esos beneficios a los poseedores de los CC.TT.

Heng Gee Lim estimó que la Opción 3, que definía los CC.TT. secretos, sería apropiada. Sugirió agregar un nuevo párrafo g), en la Opción 1, que estableciera un derecho aparte para tratar el problema de los CC.TT. secretos y/o sagrados: “g) impedir la divulgación o la utilización no autorizadas de los conocimientos tradicionales secretos y/o sagrados”. Declaró que el derecho

específico de impedir la divulgación no autorizada era muy importante porque no se había estipulado en los párrafos a) a f).

Amadou Tankoano expresó su preferencia por la Opción 1. Propuso incluir la definición del término “explotación” en una nota de pie de página, ya que esto aclararía e interpretaría todo el artículo.

Bala Moussa Coulibaly dijo que prefería la Opción 2, pero propuso añadir en el artículo 3.1 la frase “ventajas derivadas de la utilización de los CC.TT. con fines científicos, comerciales y otros” en el artículo 3.1. Estimó que la Opción 2 motivaría a los Estados a ratificar todos los instrumentos que promovieran el adecuado desarrollo de la P.I. Los activos de P.I. constituían una parte importante de la economía y se necesitaban instrumentos que pudieran apoyar y defender los derechos para poder obtener resultados satisfactorios.

Lucia Fernanda Inácio Belfort declaró que el término “explotar”, del artículo 3.1 a), podía no lograr la certidumbre jurídica. Propuso reemplazar “explotar” por “desarrollar”, como se había utilizado en el artículo 31 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. También propuso añadir los términos “mantener, proteger” después de “controlar”. Basándose en el artículo 16 del Protocolo de Nagoya, propuso agregar al final del artículo 3.1 c) la frase “sobre la base del consentimiento fundamentado previo y libre de los pueblos indígenas y las comunidades locales”. Con respecto al artículo 3.1 f), la oradora propuso añadir el término “cultural” después de “tradicional”. En el artículo 3.2 de la Opción 1, propuso agregar al principio la frase “conjuntamente con los pueblos indígenas y las comunidades locales”, que se encontraba en el artículo 12 del Protocolo de Nagoya y en el artículo 31.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. La misma formulación podría utilizarse para el artículo 3.1 de la Opción 2. La oradora subrayó que los Estados tenían la obligación de proteger, pero debían ejercerla conjuntamente con las comunidades indígenas y locales.

Robert Nereo Samson declaró que la Opción 1 de este artículo se había formulado para garantizar la concesión de derechos positivos a los poseedores de CC.TT. y que era muy importante para asegurar el reconocimiento de sus derechos. Se utilizó el término “exclusivos” para ofrecer certidumbre respecto de los derechos que se enumeraban en el artículo. El artículo 3.1 e) de la Opción 1 hacía referencia a los poseedores de los CC.TT. y sus países de origen. Era necesario tener en cuenta esa distinción al momento de tratar ese tipo de innovaciones.

N.S. Gopalakrishnan dijo que la noción de derechos exclusivos estaba presente en las tres opciones. La diferencia más importante entre ellas era la naturaleza del derecho. Estimó que cuando los CC.TT. cumplían los requisitos, las condiciones de admisibilidad no deberían establecer ninguna otra discriminación respecto de la naturaleza de la protección, sobre la base de la clasificación de los CC.TT., porque ello podría no ser justo para la comunidad. Con respecto a los conocimientos que se hubieran mantenido secretos, era un hecho admitido que tales conocimientos recibirían una mayor protección, conforme a los principios básicos de los secretos comerciales. El orador hizo hincapié en que debería quedar claro que se trataba de un régimen jurídico *sui generis*, diferente de un instrumento de P.I.

Marisella Ouma estimó que, con respecto a la Opción 3, todo el problema consistía en la distinción entre los CC.TT. secretos y los notoriamente conocidos o públicamente conocidos. Puso en duda la pertinencia de esa clasificación diferente. Propuso establecer la protección para el conjunto de los CC.TT.

Lilyclaire Elaine Bellamy declaró que en el artículo 3.1 de la Opción 1 se utilizaba la expresión “los beneficiarios definidos en el artículo 2” mientras que en las Opciones 2 y 3 se decía “los

beneficiarios de los conocimientos tradicionales protegidos”. Solicitó que se aclararan esas expresiones.

Carla Michely Yamaguti Lemos consideraba que la Opción 1 expresaba el verdadero propósito del instrumento. Con respecto a la efectividad de la aplicación del Artículo 3.1 e), la oradora planteó la experiencia del Brasil en materia de requisitos de divulgación para los CC.TT. que tenían relación con los RG. En términos generales, para obtener una patente en el Brasil el solicitante debía pedir información sobre el origen de los CC.TT. conexos que condujeron a la invención o la innovación. Debía divulgar la información y sin ella no se le concedería el derecho. La oficina de patentes publicaba la información en Internet, a los efectos de verificar su veracidad, y la comunidad o pueblo que supiera que esa información era falsa podía reivindicar el derecho. Añadió que en un contexto internacional se podía recurrir a un mecanismo de facilitación. Con respecto a los CC.TT. no divulgados y los de disponibilidad pública, la oradora reiteró que era muy importante considerar la diferencia de significado entre esas expresiones y “conocimientos tradicionales de dominio público”. En el Brasil, la mayoría de los CC.TT. de las comunidades indígenas y las comunidades locales se publicaban en trabajos de investigación científica. En algunos casos los investigadores preguntaban a las comunidades sobre sus conocimientos. Las comunidades no se negaban a hablar. Estaba en el carácter propio de los pueblos indígenas y las comunidades locales mostrar sus conocimientos y hablar de sus CC.TT. Además, los CC.TT. eran de naturaleza dinámica y transgeneracional, lo que significa no mantenerlos secretos. Dar un tratamiento diferencial a los CC.TT. difundidos ampliamente o los públicamente disponibles con respecto a los CC.TT. secretos era contrario a la naturaleza de los poseedores de conocimientos, que son las comunidades indígenas y comunidades locales. La oradora estimaba que hacía falta un instrumento que permitiese poner fin a la apropiación indebida y la consiguiente utilización de los conocimientos, sin la correspondiente participación en los beneficios, ya fuese pecuniaria o no.

Kijoong Song dijo que en un seminario sobre RG y CC.TT., una de las cuestiones abordadas había sido la del requisito de divulgación y que los examinadores de patentes declararon, en forma casi unánime, que era prácticamente imposible poner en práctica ese requisito en el procedimiento de concesión de patentes, porque no existían medios que permitieran validar o invalidar las afirmaciones que figuraban en los formularios de solicitud completados por los interesados. El requisito de divulgación impondría una enorme carga a las oficinas de patentes, desde los puntos de vista administrativo y financiero. Además, dada la falta de certidumbre jurídica, los candidatos serían reacios a solicitar patentes.

John Asein coincidió con Justin Hughes respecto de la necesidad de certidumbre. También convino en que algunos CC.TT., como los CC.TT. sagrados o secretos, deberían ser objeto de una atención especial. Se mostró de acuerdo con N.S. Gopalakrishnan en que las tres opciones procuraban obtener protección efectiva a través de la concesión de derechos exclusivos a los poseedores de CC.TT. Estimaba que la Opción 1 era la que mejor lograba la certeza. Le resultaba difícil aceptar que se pudiera reemplazar la palabra “explotar” por “desarrollar”. En cuanto a la clasificación en CC.TT. notoriamente conocidos y CC.TT. secretos consideraba que podría crear más dificultades para comprender el verdadero alcance de la protección que el instrumento procuraba dar.

Albert Deterville dijo que la Opción 1 explicaba exactamente lo que era precios alcanzar.

Ronald Barnes manifestó su preferencia por la Opción 1, señalando que en ella se incluía la expresión “condiciones mutuamente convenidas”. Los Estados tenían la obligación de poner en práctica sus obligaciones internacionales. El orador propuso añadir al final del Artículo 3.1 d) la expresión “de conformidad con una norma internacional para la protección de los intereses de

los pueblos indígenas y las comunidades locales”. También convino en reemplazar “explotar” por “desarrollar”.

Martha Evelyn Menjivar expresó su preferencia por la Opción 1. Agradeció a Carla Michely Yamaguti Lemos por brindar una idea clara sobre cómo se trataba el asunto de la divulgación del origen en la oficina de patentes de su país. Dijo que en El Salvador quedaba aún mucho camino por recorrer para alcanzar el mismo nivel.

Xilonen Luna Ruiz dijo que prefería la Opción 1. Sugirió incluir la frase “sobre la base de un reconocimiento del sistema consuetudinario” en el artículo 3.1 d) de la Opción 1. Formuló observaciones respecto de la definición de “explotación”. Dijo que el artículo 1 hacía referencia a los CC.TT. como un producto singular. Esta definición ofrecía un poco más de claridad, por lo que la oradora la apoyaba. También declaró que la expresión “CC.TT. protegidos” no era aceptable.

Debra Harry afirmó que la Opción 1 contenía gran parte de los elementos clave que eran importantes para los pueblos indígenas. Sin embargo, algunos elementos que figuraban en las otras opciones podían resultar también valiosos y útiles. Compartía la misma inquietud planteada por Lucia Fernanda Inácio Belfort sobre el término “explotar” y apoyó el uso de la palabra “desarrollar”. Propuso utilizar en todo el texto la expresión “el consentimiento libre, previo e informado”, por ser la expresión utilizada en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Con respecto al artículo 3.2 de la Opción 3, planteó sus inquietudes sobre el uso no comercial y estimó que debería incluirse ese concepto porque a menudo se trataba del primer paso hacia un mayor desarrollo o el uso comercial. Propuso reemplazar, en la versión en inglés, “*acknowledge*” por “*recognize*” (reconocer). Con respecto a la expresión “difundidos ampliamente”, se planteaba las siguientes interrogantes: ¿difundidos ampliamente por quién, cuándo y dónde? Podía ocurrir que algunos conocimientos estuvieran difundidos ampliamente pero siguieran perteneciendo a las comunidades indígenas y locales y no debían quedar excluidos de la protección. Para que este proceso pudiera resolver el problema del uso indebido y la apropiación indebida, la oradora estimaba que hacía falta un requisito de repatriación o devolución de los CC.TT. tomados sin derecho.

Nabiollah Azami Sardoue expresó su preferencia por la Opción 1 y convino con las observaciones formuladas por Yonah Ngalaba Seleti y Hemachandra Leelanath Obeysekera sobre el artículo 3.1 e) de esa opción. En el país de la oradora, los poseedores de CC.TT. sufrían los mismos problemas, en particular cuando se trataba de hierbas medicinales.

Mohamed El Mhamdi dijo que prefería la Opción 1. Propuso reemplazar en el artículo 3.1 la frase “definidos en el artículo 2” por “que cumplan los criterios establecidos en el artículo 1”. Propuso añadir “y la protección” después de “aplicación”.

Miranda Risane Ayu estimaba que la Opción 1 era la más clara. Comprendía la preocupación planteada por Kijoong Song. Sugirió dar al artículo 3.1 e) una formulación menos rigurosa, pero ello dependía de la política de cada país.

Antonia Aurora Ortega Pillman expresó su preferencia por la Opción 1. Con respecto al artículo 3.1 e), expuso la experiencia de su país, en el que la divulgación era un requisito para los conocimientos que no eran de dominio público. Ello facilitaba el trabajo y reducía la carga de la oficina de P.I. Cuando la comunidad poseía aún los CC.TT. y le pertenecían, era necesario cumplir los requisitos del consentimiento fundamentado previo y la participación en los beneficios.

Benny Müller afirmó que Suiza ya había introducido en su legislación sobre patentes requisitos de divulgación obligatoria para los CC.TT. y RG. A su juicio, la manera en que Suiza formulaba y ponía en práctica estos requisitos favorecía la transparencia en el comercio de CC.TT. Sin embargo, el requisito de divulgación de la fuente no sería suficiente por sí mismo para resolver todas las cuestiones que surgieran en materia de acceso y participación en los beneficios. Era preciso tomar otras medidas fuera del sistema de patentes. En lo relativo al requisito suizo de divulgación, no había comprobación empírica de que este requisito significara una carga excesiva para los solicitantes de patentes.

Heng Gee Lim dijo que la formulación de la definición de “explotación” era básicamente similar a la que figuraba en la Ley de Patentes del Reino Unido y en el Acuerdo sobre los ADPIC. Expresó reparos sobre la definición respecto de explotar el producto del que se hubiera utilizado un procedimiento hecho uso del proceso porque, con los términos actuales de la definición la protección era muy limitada. Puso en duda que los poseedores de CC.TT. la desearan. Con respecto a la legislación sobre patentes, un tribunal del Reino Unido resolvió que un producto era resultado directo del uso de un procedimiento, lo que significaba que no debía existir ningún elemento intermedio entre el procedimiento protegido y el producto final. El orador estimaba que, a los efectos de conceder un derecho más justo a los poseedores de CC.TT., esta disposición podía modificarse del siguiente modo: “realizar los actos mencionados en el punto i) con respecto a productos de los que no se haya hecho un uso significativo del procedimiento protegido”.

Natalia Buzova afirmó que sería difícil poner en práctica el artículo 3.1 e) como señaló Ken-Ichiro Natsume. Muchas oficinas de patentes no resolvían problemas sustantivos respecto de los derechos sino que examinaban si se habían infringido prácticas o procedimientos. Dijo que el artículo 3.1 e) era polémico y debía modificarse porque hacía referencia a los derechos después del otorgamiento de una patente.

Weerawit Weeraworawit expresó su preferencia por la Opción 1 que establecía claramente los derechos exclusivos de los beneficiarios. No cabía considerar la Opción 3 porque prejuzgaba sobre los temas no resueltos por el grupo 1 en materia de admisibilidad de la protección. Los requisitos de divulgación no eran nada nuevo y quienes ponían en práctica medidas para proteger a los beneficiarios debían estar acostumbrados a ellos.

Musa Usman Ndamba manifestó su preferencia por la Opción 1. Apoyó a Lucia Fernanda Inácio Belfort, Debra Harry y Albert Deterville. Convino con el uso de la expresión “controlar, mantener y desarrollar”. Con respecto al artículo 3.1 c) propuso reemplazar “condiciones mutuamente convenidas” por “consentimiento fundamentado previo y libre”. Sugirió igualmente añadir un párrafo sobre los “CC.TT. tomados ilícitamente”.

ARTÍCULO 4

SANCIONES, RECURSOS Y EJERCICIO DE DERECHOS

- 4.1 Las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, según corresponda y de conformidad con los respectivos sistemas jurídicos, las medidas necesarias para asegurar la aplicación del presente instrumento.

Opción uno

- 4.2 Las Partes Contratantes [se asegurarán/deberán asegurarse] de que en su legislación se establezcan procedimientos adecuados de observancia contra cualquier lesión [deliberada o por negligencia] de [los intereses morales o económicos] de los beneficiarios que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas lesiones.

Opción dos

- 4.2 En los casos de incumplimiento de la protección concedida a los conocimientos tradicionales, deberán establecerse mecanismos de observancia y de solución de controversias, así como medidas en frontera, sanciones y recursos accesibles, apropiados y adecuados que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acto de apropiación indebida o uso indebido de los conocimientos tradicionales, con inclusión de recursos ágiles que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevos usos indebidos o apropiaciones indebidas.
- 4.3 Estos procedimientos deberán ser accesibles, justos, equitativos y adecuados, y no suponer una carga para los poseedores de conocimientos tradicionales. En ellos también deberán contemplarse salvaguardias para los intereses legítimos de terceros y los intereses del público en general.
- 4.4 Si surge una controversia entre beneficiarios o entre beneficiarios y usuarios de conocimientos tradicionales, una y otra parte tendrán derecho a someter la controversia a examen de una entidad [independiente] de solución extrajudicial de controversias reconocida en la legislación internacional, regional o nacional

[Sigue el comentario sobre el artículo 4]

COMENTARIO

INTRODUCCIÓN REALIZADA POR EL PONENTE

Margreet Groenenboom presentó el trabajo del grupo de redacción sobre el artículo 4. Declaró que durante las deliberaciones el grupo no pudo llegar a un acuerdo sobre algunos elementos que, por tanto, aparecían entre corchetes.

El grupo basó sus debates en el artículo sobre sanciones incluidos en el documento de ECT. En la reunión del grupo de Encargados surgió que varios artículos del texto abordaban la cuestión de las sanciones y la observancia. El grupo convino en retomar el artículo sobre la observancia de los derechos formulado por el Grupo 5.

El segundo día el grupo comenzó puliendo la estructura del artículo 4 y decidió analizar separadamente los conceptos generales mencionados en sus diversos párrafos. Esos conceptos figuraban actualmente en el párrafo 1, relativo a la necesidad de tomar medidas, en el párrafo 3, relativo a la necesidad de que las medidas fueran accesibles, justas y equitativas y por fin en el párrafo 4, relativo a la solución de controversias.

El párrafo 2 trataba sobre las medidas que debían adoptarse. El grupo decidió incluir dos opciones, la primera más general y la segunda más específica. En la primera opción algunos expertos manifestaron su deseo de eliminar la expresión “deliberada o por negligencia”; otros no lo hicieron. Con respecto a los corchetes de “intereses morales o económicos”, se discutió que podían existir también otros intereses como los relativos al medio ambiente y los intereses culturales. La segunda opción era una combinación del texto sobre CC.TT. que figuraba en el documento WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov. y la opción presentada por el Grupo 5. El grupo decidió eliminar la referencia que se hacía al tipo de sanción, puesto que ya estaba contemplada en la noción más amplia de “recursos”.

Las dos opciones estaban relacionadas con el artículo 3 sobre el ámbito de la protección.

El párrafo 4 incluía una disposición sobre una entidad de solución extrajudicial de controversias basada en el texto del documento WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov. Algunos expertos expresaron que no estaba claro a qué foro se refería. Algunos dijeron que el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI podía ser un ejemplo mencionado en forma de una nota al pie de página en el texto de las ECT. Se afirmó que podían existir también mecanismos regionales, y por tanto el grupo incluyó el término “regional”. Se dijo que el reconocimiento del mecanismo correspondería a los Estados miembros. Preocupaba a algunos expertos el significado de la palabra “independiente” y solicitaron que se colocara entre corchetes.

OBSERVACIONES FORMULADAS POR LOS EXPERTOS

Arjun Vinodrai destacó el problema de política que planteaba la Opción 2 del artículo 4.2, en la que se hacía referencia a “medidas en frontera”. Asimismo, destacó que ya existía un artículo sobre los problemas transfronterizos. Hizo hincapié en que mientras no hubiera un entendimiento cabal sobre la forma de tratar el problema de los CC.TT. de comunidades cuyo territorio atravesara fronteras nacionales y los CC.TT. situados en uno o más lugares, sería muy difícil determinar si era conveniente incluir medidas en frontera.

Lorena Bolaños formuló observaciones sobre el artículo 4.4 que trataba de entidades de solución extrajudicial de controversias. Consideraba que sería bueno otorgar a los beneficiarios la facultad de recurrir a esa clase de mecanismos, siempre y cuando fueran eficaces y ofrecieran soluciones más ágiles y dinámicas que las que brindaban las vías judiciales normales. Sin embargo, los pueblos indígenas no siempre estaban familiarizados con el uso de tales mecanismos sustitutivos. La oradora estimaba que ese era uno de los lugares idóneos para abordar la asistencia técnica y el fortalecimiento de las capacidades. Carla Michely Yamaguti ya había hecho referencia a esas ideas. El fortalecimiento de las capacidades debería concentrarse en especial en lograr el Objetivo Político v), encaminado a ayudar a los poseedores de CC.TT. a ejercer realmente sus facultades respecto de sus derechos. La oradora confiaba en que pudiera convertirse en medidas incluso antes de la entrada en vigor del instrumento. Estimaba que el papel de la OMPI para ello sería fundamental.

Martha Evelyn Menjivar manifestó su preferencia por la Opción 2 porque su formulación era muy clara. Consideró que el artículo 4.4 no era suficientemente aplicable. Sería necesario aclarar la cuestión de la solución de controversias.

Amadou Tankoano dijo que el grupo había actuado con acierto al organizar lo que sería eficaz, en materia de sanciones y mecanismos para asegurar la observancia. Manifestó su preferencia por la Opción 2 y subrayó que la formulación provenía fundamentalmente del texto del Acuerdo sobre los ADPIC.

John Asein sugirió suprimir la frase “según corresponda y” del artículo 4.1. Expresó su preferencia por la Opción 2 y destacó que estaba más en conformidad con el objetivo general de prevenir el uso injusto de los CC.TT.

Robert Nereo Samson sugirió agregar la frase “y poner a disposición de los poseedores de conocimientos tradicionales” después de “se comprometen a adoptar”, en el artículo 4.1. Propuso añadir en la Opción 2 del artículo 4.2 la expresión “y violación de los derechos de los poseedores de conocimientos tradicionales previsto en el presente instrumento” después de “uso indebido de los conocimientos tradicionales”, porque estimaba que ese artículo no solamente debía contemplar los casos de apropiación indebida o uso indebido de los CC.TT. sino también toda clase de violaciones de los derechos establecidos en el artículo 3.

Edna Maria Da Costa E. Silva propuso añadir “culturales” después de “morales”, en la Opción 1 del artículo 4.2. Dijo que era muy importante proteger el patrimonio cultural de los beneficiarios y garantizar esos derechos.

Ronald Barnes apoyó la propuesta de John Asein respecto de la supresión de la frase “según corresponda y”, en el artículo 4.1. Propuso revisar el artículo 4.1 del siguiente modo “Las Partes Contratantes se comprometen a garantizar, de conformidad con una norma convenida internacionalmente, que los sistemas jurídicos de protección tomen las medidas necesarias para la aplicación del presente instrumento. Con relación al artículo 4.2 manifestó su preferencia por la Opción 2. Sugirió que en el artículo 4.3 se colocara entre corchetes la frase “en ellos también deberán contemplarse salvaguardias para los intereses legítimos de terceros y los intereses del público en general”. Asimismo, propuso eliminar los corchetes de la palabra “independiente”, en el artículo 4.4

Debra Harry expresó su preferencia por la Opción 2 del artículo 4.2 porque contenía múltiples elementos importantes para las sanciones, los recursos, la protección y el ejercicio de los

derechos. Consideraba que el artículo 4.3, que incluía salvaguardias para los intereses de terceros y del público, ampliaba el alcance del instrumento. Apoyó que no se colocara entre corchetes la palabra “independiente” en el artículo 4.4. Estimaba que dado que las ECT, los CC.TT. y los RG estaban vinculados a los derechos culturales y el patrimonio cultural de los pueblos indígenas, éstos necesitarían contar con mecanismos de acceso, supervisión y protección de los organismos de derechos humanos y los expertos.

Danny Edwards dijo que la Opción 1 del artículo 4.2 era completa y estaba bien formulada. Estimaba que las palabras “deliberada o por negligencia” podían asegurar que el texto tuviera un grado adecuado de claridad y certeza para los usuarios y poseedores de los CC.TT. Eliminar los corchetes de “deliberada o por negligencia” ayudaría también a paliar su preocupación referente a que los procedimientos de observancia pudieran afectar a una persona que hubiera descubierto CC.TT. de manera independiente, o que por otras razones desconociera o no tuviera conciencia de que se estaban lesionando derechos. Con respecto al artículo 4.4, enfatizó que los mecanismos de solución de controversias deberían ser independientes, por lo que sugirió suprimir los corchetes del término “independiente”.

Mara Rozenblate expresó su preferencia por la Opción 1 del artículo 4.2. Propuso suprimir los corchetes de “deliberada o por negligencia” para mejorar la previsibilidad y la certeza.

Lucia Fernanda Inácio Belfort apoyó la propuesta de John Asein de suprimir las palabras “según corresponda y”, del artículo 4.1. Asimismo, sugirió añadir al final del artículo 4.1 la frase “y tomar en consideración los derechos consuetudinarios y los protocolos y procedimientos comunitarios de los pueblos indígenas y las comunidades locales”, que estaba en consonancia con la formulación del artículo 12 del Protocolo de Nagoya. Hizo suya la propuesta de Edna Maria Da Costa E. Silva de agregar “culturales” después de “morales”, en la Opción 1 del artículo 4.2. También convino con Ronald Barnes en que habría que colocar entre corchetes el segundo párrafo del artículo 4.3 o suprimirlo. Declaró que los intereses de terceros y los del público en general ya estaban ampliamente garantizados en otros instrumentos jurídicos y que el propósito del presente instrumento era proteger los CC.TT. Expresó su acuerdo con Lorena Bolaños y Martha Evelyn Menjivar respecto de que el artículo 4.4 no era suficientemente claro, y que tal vez no se aplicara a ciertas situaciones de múltiples pueblos indígenas o comunidades locales, en muchos países del mundo. Estimaba que en el artículo 4 debería existir un párrafo destinado a facilitar o mejorar el acceso a la justicia, dado que la mayoría de los pueblos indígenas y comunidades locales se basaban en una tradición oral y no tenían el mismo acceso a la justicia que otras comunidades con tradición escrita. A los pueblos indígenas y comunidades locales les resultaba muy difícil probar que se habían violado sus derechos.

Salma Bashir consideraba que la Opción 2 del artículo 4.2 era más específica y propuso añadir al término “acto” la expresión “de copia”, en la misma Opción, porque los avances tecnológicos hacían que los CC.TT. fueran fáciles de copiar.

Edwina Lewis afirmó que las observaciones formuladas por Danny Edwards, sobre la expresión “deliberada o por negligencia”, planteaban cuestiones de política importantes. También sugirió que sería mejor actuar con flexibilidad en cuanto a la aplicación de las políticas, haciendo referencia a los sistemas jurídicos y/o administrativos, por ejemplo, para tomar en consideración las diferentes circunstancias de cada país.

Carla Michely Yamaguti Lemos manifestó su preferencia por la Opción 2 del artículo 4.2, pero propuso, en la versión en inglés, la expresión “*shall/should be available*” en lugar de “*should be available*” (deberán establecerse) y agregar “y los derechos de las comunidades indígenas y las comunidades locales” después de “incumplimiento de la protección concedida a los conocimientos tradicionales”. También sugirió reemplazar la frase “uso indebido de los

conocimientos tradicionales” por “sin el establecimiento del consentimiento fundamentado previo y las condiciones mutuamente convenidas”. Con respecto al artículo 4.3, la oradora propuso, en la versión en inglés, la expresión “*shall/should be accessible*” en lugar de “*should be accessible*” (“deberán ser accesibles”). Con relación al artículo 4.4, apoyó las observaciones formuladas por Lorena Bolaños y reiteró la importancia crucial del fortalecimiento de las capacidades.

Horacio Gabriel Usquiano Vargas declaró que las sanciones, los recursos y el ejercicio de los derechos constituían el aspecto clave del instrumento internacional. Convino con la propuesta de suprimir la frase “según corresponda y” porque era demasiado ambigua. Con respecto al artículo 4.2, manifestó su preferencia por la Opción 2. En cuanto al artículo 4.4, recordó a los expertos que cuando se presentaban problemas transfronterizos, a menudo podían finalizar en litigios. El orador estimaba que ese artículo debía ser coherente con el artículo 3, en el que manifestó su preferencia por la Opción 1.

Benny Müller dijo que la Opción 2 del artículo 4.2 no le resultaba clara. Apoyó a Carla Michely Yamaguti Lemos respecto de que podían considerarse medidas de fortalecimiento de las capacidades para respaldar la puesta en práctica de ese artículo. Planteó la posibilidad de que se formulara un texto que reconociera la compleja relación existente entre el sistema jurídico nacional y el derecho consuetudinario de las comunidades indígenas y las comunidades locales.

Nabiollah Azami Sardoue manifestó su preferencia por la Opción 2 del artículo 4.2, cuya formulación provenía del Acuerdo sobre los ADPIC. Con relación al artículo 4.3, pidió que se le aclarara el significado de la expresión “intereses de terceros”. Propuso suprimir la segunda oración del artículo 4.3. Con respecto a la solución de controversias, del artículo 4.4, el orador sugirió que se asignara únicamente al derecho nacional el mecanismo de solución de controversias entre los beneficiarios y los usuarios cuando las dos partes fueran de un mismo país. No manifestó reparos respecto de la formulación del artículo si se trataba de controversias entre nacionales de dos o más países.

Leila Garro Valverde dijo que prefería la Opción 2 del artículo 4.2 porque estaba más en consonancia con la protección de derechos de los pueblos indígenas y las comunidades locales. Compartía la preocupación respecto del artículo 4.3 y propuso colocar entre corchetes la segunda oración. También sugirió suprimir los corchetes de la palabra “independiente”, en el artículo 4.4, porque consideraba que debería existir un mecanismo independiente que garantizara la correcta solución de las controversias y las diferencias existentes entre los pueblos indígenas. Estimaba que deberían reconocerse las prácticas y costumbres de éstos.

Innocent Mawire afirmó que las palabras “deliberada o por negligencia”, de la Opción 1 del artículo 4.2, limitaban el alcance de los derechos de los poseedores de CC.TT. La referencia explícita a los derechos económicos y morales también planteaba múltiples inconvenientes puesto que automáticamente excluiría de la protección otros derechos, como los culturales y sociales. Por tanto dijo que prefería la Opción 2 del artículo 4.2.

Bala Moussa Coulibaly declaró que el concepto de “los intereses legítimos de terceros y el interés del público en general” no era nuevo, sino que figuraba en la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública. Esa es la razón por la cual el grupo decidió incluir la frase en el texto.

Xilonen Luna Ruiz expresó su preferencia por la Opción 2 del artículo 4.2. Ante a las observaciones formuladas por Lorena Bolaños y Horacio Gabriel Usquiano Vargas, la oradora propuso incluir las ideas de promover medidas pertinentes para el fortalecimiento de las capacidades y medidas que permitieran el arbitraje cultural, integrando el derecho nacional con

las leyes y protocolos consuetudinarios. Con relación al mecanismo de solución de controversias, propuso incluir una disposición sobre el suministro de servicios de intérpretes y traductores de las lenguas indígenas y que aceptaran dictámenes o asesoramientos especializados de esas comunidades indígenas y con el respaldo de antropólogos para lograr que consideraran una solución adecuada y eficaz de esta clase de controversias. Convino con Horacio Gabriel Usquiano Vargas en que muchas de esas comunidades se manejaban en forma oral y todo se hacía a través de la palabra. Dijo que existían más de 340 lenguas o dialectos en México. Cuando se presentaban problemas que involucraban a pueblos indígenas o a comunidades indígenas, los tribunales de justicia nacionales aceptaban los aportes de expertos culturales y recurrían a intérpretes y traductores de lenguas indígenas para garantizar el logro de la justicia.

ARTÍCULO 5

ADMINISTRACIÓN DE LOS DERECHOS

- 5.1 Un parte contratante podrá establecer, en consulta con los poseedores de los conocimientos tradicionales, una autoridad o autoridades nacionales o regionales competentes. Entre las funciones que podrá desempeñar esa autoridad figuran las siguientes:
- a) difundir información acerca de los conocimientos tradicionales y su protección,
 - b) determinar si se ha obtenido el consentimiento fundamentado previo,
 - c) supervisar la participación justa y equitativa en los beneficios; y
 - d) prestar asistencia, cuando sea posible y en la manera adecuada, a los poseedores de conocimientos tradicionales a fin de que adquieran, ejerciten y hagan valer sus derechos sobre esos conocimientos, incluida la prestación de asistencia en el mantenimiento de las bases de datos relativas a conocimientos tradicionales,
- 5.2 Cuando los conocimientos tradicionales satisfagan los criterios estipulados en el artículo 1, y no puedan atribuirse específicamente ni limitarse a una comunidad, la autoridad podrá administrar, en consulta con los poseedores de los conocimientos tradicionales, los derechos sobre esos conocimientos.
- 5.3 La identidad de la autoridad o autoridades nacionales o regionales competentes [se comunicará/deberá] comunicarse a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
- 5.4 El establecimiento de una autoridad o autoridades nacionales o regionales conforme a lo dispuesto en el presente artículo se entiende sin perjuicio del derecho de los poseedores de conocimientos tradicionales a administrar sus derechos de conformidad con sus protocolos, acuerdos, leyes y prácticas consuetudinarios.

[Sigue el comentario sobre el artículo 5]

COMENTARIO

INTRODUCCIÓN REALIZADA POR EL REALTOR

Danny Edwards presentó el trabajo del grupo de redacción sobre el artículo 5.

Los participantes del grupo de redacción fueron John Asein, Albert Deterville, Danny Edwards, Ewa Lisowska, Boryana Argirova, Lilyclaire Bellamy, Silke von Lewinski, S. P. Ashok, Miranda Risang Ayu Palar y Kijoong Song.

El Ponente dijo que el grupo convino en que las funciones de la autoridad competente prevista en este artículo deberían ser netamente administrativas, eliminándose los elementos judiciales que figuraban en la lista. Por consiguiente, el grupo acordó suprimir del texto original del artículo 5 el párrafo 1 ii), iii), v) y el párrafo 2.

El grupo acordó que cuando un organismo (como la OMPI) ya cumplía determinada función no era necesario reiterarla en este texto. Por consiguiente, suprimió la referencia a que la OMPI facilitaría ampliamente información sobre las autoridades competentes, ya que era de presumir que así ocurriría.

Por consiguiente, el grupo tituló el artículo “Administración de los derechos”.

El grupo elaboró también un nuevo artículo, *5bis*, para determinar la creación de procedimientos de observancia adecuados, de conformidad con la legislación nacional de las partes contratantes. Una parte de este texto provenía del Acuerdo sobre los ADPIC y tenía como objetivo tratar algunos de los elementos eliminados del artículo 5. Durante la reunión de los Encargados se acordó que el contenido de este artículo coincidía con las opciones propuestas en el artículo 4, examinado por el Grupo 4. Por consiguiente, el grupo entregó el texto al grupo 4.

El segundo día, tras la reunión de los Encargados, se planteó la inquietud de si, en caso de que los CC.TT. no fueran atribuibles a una comunidad ni se limitaran a ella, la protección prevista en este instrumento habría de beneficiar a una autoridad nacional apropiada.

Los miembros del grupo deliberaron sobre este asunto y algunos consideraron que podría involucrar cuestiones relativas a los CC.TT. de dominio público o públicamente disponibles. Otros consideraban que esa clase de derechos no deberían atribuirse a una autoridad. Preocupaba a algunos miembros del grupo que los CC.TT. no atribuibles a una comunidad específica, pero que cumplieran los criterios para la protección, debían ser administrados en alguna forma. También se estimó que si esos derechos habían de administrarse por una autoridad, era preciso que se efectuara una consulta si tal cosa era posible. Por consiguiente, el grupo añadió el párrafo 2.

Se planteó otra preocupación a continuación de la reunión de los Encargados, con relación a la garantía de que los beneficiarios pudieran gozar del derecho de gestionar sus propios derechos conforme a este instrumento. El grupo debatió sobre esta cuestión y estimó que estaba comprendida en el párrafo 3.

Se efectuó una última modificación en el artículo 5 para establecer que las partes contratantes podían designar una autoridad competente; pero se plantearían situaciones en las que una parte contratante no aplicara esa disposición como: por ejemplo, cuando los pueblos indígenas y las comunidades locales administrasen adecuadamente sus derechos.

OBSERVACIONES FORMULADAS POR LOS EXPERTOS

Martha Evelyn Menjivar preguntó si los Estados miembros habían tenido experiencias respecto de la administración de derechos.

Leonila Kalebo Kishebuka consideró que el artículo 5.1 era facultativo porque incluía las palabras “podrá establecer”. Sin embargo, el artículo 5.3 estipulaba la obligatoriedad de informar a la OMPI. Propuso reemplazar “podrá establecer” por “establecerá”, por razones de uniformidad.

Weerawit Weeraworawit sugirió añadir otro punto en el artículo 5.1 con el siguiente texto “prestar asistencia a los poseedores de conocimientos tradicionales en cuanto a la protección de su entorno”. Afirmó que el sustento de los pueblos indígenas y las comunidades locales se veía amenazado por el desarrollo económico.

Yonah Ngalaba Seleti declaró que la administración de los derechos se había ajustado al ámbito de la protección. Este artículo no partía del supuesto de que existiera un solo grupo de beneficiarios, sino que establecía opciones y disposiciones para todos ellos en su complejo conjunto. Otra cuestión compleja eran los CC.TT. “huérfanos”. El artículo 5.4 no menoscababa los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades locales de establecer su propia autoridad competente.

Benny Müller reiteró que los pueblos indígenas y las comunidades locales deberían ser los poseedores, los beneficiarios y los administradores de sus propios derechos. Habida cuenta de ello y del resultado obtenido por el IWG 1, el orador estimaba que la expresión “en consulta” no parecía suficientemente clara y firme. Si la gestión de los derechos pertenecía a los beneficiarios y a las comunidades indígenas y comunidades locales, una autoridad nacional no debería estar facultada para asumir la tarea de administrar sus derechos sino con su consentimiento fundamentado previo.

Carla Michely Yamaguti Lemos convino con las observaciones de Benny Müller. Propuso añadir otros dos puntos al artículo 5.1: 1) “apoyar las necesidades y prioridades de los pueblos indígenas, las comunidades locales y otras partes interesadas”; y 2) “supervisar la utilización de los conocimientos tradicionales”. Sugirió suprimir la frase “incluida la prestación de asistencia en el mantenimiento de las bases de datos relativas a conocimientos tradicionales”, del artículo 5.1 d). También propuso eliminar el artículo 5.2 por considerar que únicamente las comunidades indígenas y las comunidades locales podían administrar los derechos de sus CC.TT.

Musa Usman Ndamba sugirió agregar la frase “comunidades indígenas y comunidades locales” después de “el mantenimiento de las bases de datos relativas a conocimientos tradicionales”, del artículo 5.1. También propuso que se incluyera en el artículo 5.1 d) la necesidad de fortalecer las capacidades de las comunidades indígenas y comunidades locales.

Lucia Fernanda Inácio Belfort convino con las observaciones formuladas por Carla Michely Yamaguti Lemos y Benny Müller. Con respecto al artículo 5.1 d) sobre el mantenimiento de las bases de datos relativas a conocimientos tradicionales, dijo que no se podía aceptar su creación antes de haber garantizado los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades locales. La oradora tenía conocimiento de Estados pretendían tener derechos sobre los CC.TT. y ser sus beneficiarios. Sin embargo, los beneficiarios deberían ser quienes crearon, desarrollaron y protegieron los CC.TT.

Albert Deterville expresó su acuerdo con Benny Müller respecto de que los pueblos indígenas y las comunidades locales deberían ser los titulares y administradores de sus propios derechos. El artículo 5.4 indicaba que, incluso si el Estado o la parte contratante designaba una o varias autoridades, esta situación no invalidaría ni impediría que los titulares ejercieran sus derechos. En lo relativo a las bases de datos declaró que era indispensable la documentación, desde el punto de vista de un investigador antropólogo. Si alguien no quería a participar y no deseaba que se registrase la información a su respecto, no había inconvenientes. Pero había pueblos indígenas que mantenían sus bases de datos y colaboraban con otras organizaciones y Estados en la labor de registrar su información. En su calidad de experto indígena no se oponía a la creación de bases de datos, pero como consultor del Gobierno de Santa Lucía para el proyecto de fomento de la diversidad biológica nacional afirmó que era necesario transitar por un proceso de registro de la información.

N.S. Gopalakrishnan sugirió que este artículo comenzara con el párrafo 4, siguiera con los párrafos 2 y 1 y terminara con el párrafo 3, porque estimaba que el primer derecho que debía administrarse se encontraba expuesto en el párrafo 4.

Ronald Barnes sugirió reemplazar en el artículo 5.1 la frase “en consulta con” por “con el consentimiento fundamentado previo de”. Propuso igualmente sustituir la expresión “una autoridad o autoridades nacionales o regionales competentes” por “una autoridad internacional competente que desarrolle los criterios y supervise a las autoridades regionales y nacionales”. Con respecto al artículo 5.2, propuso colocar entre corchetes la frase “los criterios estipulados en el artículo 1”. También sugirió reemplazar “en consulta con” por “con el consentimiento fundamentado previo de”, en el artículo 5.2, y suprimir en la versión en inglés del mismo artículo la expresión “*where possible*”. En lo relativo al artículo 5.4, propuso sustituir “una autoridad o autoridades nacionales o regionales” por “una autoridad internacional”.

Miguel Valbuena Guariyu sugirió reemplazar el término “consulta” por “participación” en el artículo 5.1, porque se consultaba a los pueblos indígenas pero no siempre se les permitía participar en el proceso de toma de decisiones. También propuso reforzar el artículo 5.1 a) mediante el establecimiento de grupos de trabajo con poseedores de CC.TT. para la defensa de sus derechos. Sugirió añadir, en el artículo 5.4, “reglas o normas internacionales y” antes de “sus protocolos, acuerdos...”, en el artículo 5.4.

Justin Hughes señaló que la expresión “parte contratante” no debería figurar en el texto. Discrepó de lo dicho por Carla Michely Yamaguti Lemos y Benny Müller, y agregó que no le inspiraba preocupaciones la palabra “consulta” del artículo 5.1, porque la primera parte de ese artículo permitía a un país establecer una autoridad nacional y podía hacerlo sin el consentimiento fundamentado previo de cada uno de los pueblos indígenas existentes dentro de sus fronteras. El consentimiento fundamentado previo entraba en juego únicamente en el artículo 5.1 d). Con respecto al artículo 5.2, el orador no creía que pudiera haber nunca un caso de CC.TT. que cumpliera los criterios del artículo 1 y no pudieran atribuirse específicamente a un grupo indígena o comunidad local. Estimaba que el artículo 5.2 preveía una hipótesis inexistente.

Xilonen Luna Ruiz consideraba que el artículo 5.1 d) estaba directamente relacionado con el artículo 5.4. Sugirió añadir otro apartado que diría “brindar información especializada sobre los beneficiarios y CC.TT., de conformidad con los artículos 1 y 2”. Afirmó que existían instituciones especializadas que estaban en condiciones de brindar toda esa información; algunas se especializaban en P.I. mientras que otras desarrollaban políticas públicas sobre los pueblos indígenas. Convino con Albert Deterville en que las comunidades indígenas habían hecho grandes adelantos en materia de registro de sus propios CC.TT. Apoyó el agregado de la expresión “en coordinación” o “con la participación”, en el artículo 5.1 d). Con respecto al

artículo 5.2, en su opinión el arbitraje cultural era importante y determinaría o lograría acuerdos entre los poseedores de los conocimientos y las autoridades.

Miranda Risane Ayu dijo que los debates sobre las bases de datos correspondían, en realidad, al artículo 8 sobre “Formalidades”. Sin embargo, dada la importancia de las bases de datos, se convino en mantener ese asunto en el artículo 5. Aclaró que el establecimiento de una base de datos en el artículo 5 promovería un mecanismo de protección preventiva, más que revelar información alguna. Algunos CC.TT. podían incluirse en una base de datos de forma reservada.

Robert Leslie Malezer estimaba que el artículo 5.4 debería formar parte del artículo 5.1 puesto que no autorizaba a los pueblos indígenas a tener una autoridad nacional, sino que simplemente reconocía un derecho. Propuso reestructurar el artículo 5.1 como artículo 5.1 A) y el artículo 5.4 como artículo 5.1 B). Planteó la interrogante de si el artículo 5.1, cuando hacía referencia al establecimiento de autoridades competentes a nivel regional o nacional, no debería reconocer a la vez también autoridades competentes que pertenecieran a los pueblos indígenas, u otras. Con relación al artículo 5.2, expresó su acuerdo con las observaciones formuladas por Justin Hughes.

Debra Harry señaló que con respecto a anteproyectos anteriores había algunos conceptos que se habían omitido, como determinar si se habían tenido lugar actos de apropiación indebida. Le preocupaba en el artículo 5.1 c) el empleo de la frase “supervisar la participación justa y equitativa en los beneficios”. No era competencia de una autoridad nacional fiscalizar la supervisión de los acuerdos sobre acceso y participación en los beneficios, en especial desde la perspectiva de los pueblos indígenas. La oradora propuso suprimir del artículo 5 d) la expresión “cuando sea posible y en la manera adecuada”. Los Estados tenían la obligación de apoyar a los pueblos indígenas y las comunidades locales en lo relativo a la protección de sus derechos, en particular asegurarse de la correcta ejecución del consentimiento fundamentado previo y libre. Los pueblos indígenas y las comunidades locales no necesitaban una autoridad nacional competente que les prestara asistencia para la utilización de sus CC.TT. La oradora apoyó la propuesta de Lucia Fernanda Inácio Belfort de colocar entre corchetes las referencias a bases de datos sobre CC.TT., porque solo se trataba de uno de los mecanismos para la protección de los CC.TT. Convino con Robert Leslie Malezer en que el papel de la autoridad nacional competente consistía en reconocer la facultad de los poseedores de CC.TT. de ejercer sus derechos y no solamente administrar los relacionados con la protección de sus CC.TT.

ARTÍCULO 6

EXCEPCIONES Y LIMITACIONES

Opción uno

- 6.1 Las medidas de protección de los conocimientos tradicionales deben/deberán:
- a) Evitar que se limite la generación, la creación, el uso consuetudinario, la transmisión, el intercambio y el desarrollo de conocimientos tradicionales en las comunidades y entre ellas, en el contexto tradicional y consuetudinario, por los beneficiarios [determinados por las leyes y las prácticas consuetudinarias] de conformidad con la legislación local de los Estados miembros; y
 - b) aplicarse exclusivamente al uso de los conocimientos tradicionales que tenga lugar [al margen de los miembros de la comunidad beneficiaria o] fuera del contexto tradicional o consuetudinario.

Opción dos

- 6.1 La protección permanente de los conocimientos tradicionales no debe [ir en detrimento de] perjudicar la disponibilidad permanente de esos conocimientos para la práctica, el intercambio, el uso y la transmisión consuetudinarios por parte de sus poseedores.

Opción uno

- 6.2 Las partes podrán adoptar limitaciones y excepciones adecuadas, a condición de que el uso de los conocimientos tradicionales sea compatible con el uso leal, se identifique a la comunidad indígena y local cuando sea posible y no sea ofensivo hacia la comunidad indígena o local.

Opción dos

- 6.2 Las partes podrán adoptar limitaciones y excepciones adecuadas, a condición de que dichas excepciones se limiten y no sean incompatibles con el uso normal del conocimiento tradicional por parte de los beneficiarios y no perjudique de forma injustificada los intereses legítimos de los beneficiarios, teniendo en cuenta a los intereses legítimos de terceros.
- 6.3 Los conocimientos tradicionales secretos y sagrados podrán/deberán quedar exentos de excepciones y limitaciones.

[Sigue el comentario sobre el artículo 6]

COMENTARIO

INTRODUCCIÓN REALIZADA POR EL PONENTE

Margreet Groenenboom presentó el trabajo del grupo de redacción sobre el artículo 6.

Durante las deliberaciones el grupo no logró ponerse de acuerdo sobre algunos elementos que, como consecuencia de ello, figuraban entre corchetes.

En lo relativo al párrafo 1, el grupo basó sus debates en el artículo sobre excepciones y limitaciones incluido en el texto de las ECT. El grupo convino en que deberían existir dos opciones. En primer lugar estaba la opción basada en el texto de las ECT, que hacía la distinción entre la utilización dentro de la comunidad y fuera del contexto tradicional. En segundo lugar se encontraba la opción citada en el documento WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov., punto i). Esta última presentaba una formulación más general.

El grupo acordó incluir una excepción general normativa que parecía más flexible en la práctica. Como consecuencia de ello, el grupo decidió no enumerar ninguna de las excepciones específicas que se mencionan en el documento WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov. Con respecto al párrafo 3 del citado documento, algunos señalaron que la relación entre la protección establecida en él y en otras disposiciones existentes, mencionadas en ese párrafo, debería abarcar el ámbito de la protección o la materia protegida.

Las dos excepciones generales del párrafo 2 figuraban ya en el documento WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov. La Opción 1 sería un modelo *sui generis* y la Opción 2 estaría basada en la prueba del criterio triple, mencionada en el Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC.

Durante la reunión de los Encargados, los participantes convinieron en que los CC.TT. secretos y sagrados pueden no estar sujetos, o no deben estarlo, a excepciones ni limitaciones, y que ello debería constar en el artículo sobre las excepciones, en un párrafo aparte. El grupo debatió si debían incluirse o no los conocimientos secretos y sagrados, y algunos expertos estaban a favor de incluir unos y otros. Otros consideraban que deberían incluirse únicamente los CC.TT. secretos porque no quedaba muy claro qué podía considerarse sagrado, mientras que los CC.TT. secretos tenían relación con los secretos comerciales y los esfuerzos que se hacían para mantener algo en secreto.

En un principio, el grupo había incluido el párrafo mencionado en el documento WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov. sobre la relación entre CC.TT. que ya están disponibles y el consentimiento fundamentado previo. Como resultado de la reunión del grupo de Encargados se eliminó este párrafo, ya que ese tema estaba tratado en los artículos referentes a materia protegida o del ámbito de protección.

Por último, el grupo discutió si debería incluirse en este artículo la expresión “en consulta con los poseedores”. Algunos se mostraron a favor de la inclusión mientras que otros expresaron que sería más conveniente abordar este asunto en el artículo sobre la administración de los derechos. El grupo decidió finalmente no incluir la sugerencia.

OBSERVACIONES FORMULADAS POR LOS EXPERTOS

Justin Hughes manifestó su decepción respecto de que no se hiciera ninguna referencia a una excepción obligatoria para invenciones independientes o descubrimientos independientes de conocimientos que en otros lugares poseyeran comunidades indígenas o grupos locales, que garantizara contra posibles litigios. En su opinión, no sería posible contar con un marco jurídico viable en esta materia sin tal excepción obligatoria.

Salma Bashir formuló observaciones sobre la Opción 2 del artículo 6.2. Afirmó que el Acuerdo sobre los ADPIC establecía un criterio triple que determinaba condiciones obligatorias. Propuso reemplazar las expresiones “podrán adoptar” por “adoptarán” y “se limiten” por “en cierto caso especial”.

Christopher Mapani dijo que a su entender las limitaciones tenían por objeto legalizar lo que sería ilícito en determinada ley. Los CC.TT. pertenecían a las comunidades tradicionales y éstas en realidad no necesitaban una excepción para hacer uso de lo que era suyo y que tenían el derecho de utilizar. Con respecto a la aplicación de la ley, planteó la interrogante de la medida en que se cumplía. Estimaba que el artículo 6.1 a) daba un fundamento mejor. La otra opción, al colocar el término “consuetudinario” después de “la práctica, el intercambio, el uso y la transmisión”, parecía limitar la excepción. Daba la impresión de que los pueblos indígenas no podían utilizarla para otra práctica, intercambio o uso consuetudinarios. Propuso adoptar el artículo 6.1 a) con algunos elementos de la Opción 2, en particular la referencia a que la protección permanente de los CC.TT. no debe perjudicar la disponibilidad permanente. Propuso incluir al final la expresión “que perjudique en cualquier otro sentido el goce de sus derechos”. El orador manifestó su preferencia por la Opción 2 del artículo 6.2. La frase “a condición de que el uso” se había utilizado en la Opción 1, mientras que en la Opción 2 se había formulado “a condición de que dichas excepciones”. Estimaba que en el segundo caso se utilizaba la terminología apropiada y podía usarse la siguiente variante: “deberían destinarse en la medida de lo posible a garantizar que se concedan todas las excepciones justificadas. También propuso añadir la expresión “por razones imperiosas” después de “podrán adoptar”, en la Opción 2. El orador estimaba que debería agregarse otro complemento a la Opción 2 del artículo 6 que fuera coherente con este tratado. Se podrían tomar algunos elementos de la Opción 1, como “con el uso leal, se identifique a la comunidad indígena y local”. Con respecto al artículo 6.3, dijo que no compartía el criterio de crear categorías de CC.TT. y estimaba que no deberían existir excepciones respecto de esa disposición.

Kim Connolly-Stone dijo que la Opción 1 del artículo 6.2 incluía el concepto de “ofensivo”. Señaló que en el artículo 3 la formulación empleada para la protección del estilo en relación con los derechos morales giraba en torno del respeto por las normas culturales. Con el objetivo de lograr un texto coherente entre los artículos, la oradora sugirió reemplazar la frase “y no sea ofensivo” por “y no sea injustificadamente incompatible con las normas y prácticas culturales de los poseedores de conocimientos tradicionales”. Manifestó no tener preferencia por ninguna de las opciones.

Marisella Ouma declaró que el artículo 6 estaba intrínsecamente vinculado con el artículo 3, por lo que resultaba difícil formular el artículo 6 sin tener una decisión final sobre el artículo 3. Dijo que era difícil considerar aceptable cualquiera de las excepciones y limitaciones.

Weerawit Weeraworawit dijo que el grupo había identificado principios generales, sin especificar ninguna excepción concreta. Una parte de las excepciones y limitaciones podían derivar de los criterios de admisibilidad y del ámbito de la protección.

Carla Michely Yamaguti Lemos manifestó su preferencia por la Opción 2 del artículo 6.2. Propuso incluir el siguiente párrafo nuevo: “la protección a los conocimientos tradicionales no estará sujeta a excepciones ni limitaciones”. Con respecto a la Opción 2 del artículo 6.1, sugirió la siguiente formulación: “la protección permanente de los conocimientos tradicionales no perjudicará/no deberá perjudicar el intercambio o el uso de los conocimientos tradicionales que poseen las comunidades indígenas y las comunidades locales entre sí y para su propio beneficio”.

Ewa Lisowska expresó su preferencia por la Opción 2 del artículo 6.1 porque era más general y clara, y estimaba que captaba mejor la idea medular del presente artículo.

Natalia Buzova dijo que el artículo debería hacer una enumeración de las excepciones.

Ronald Barnes propuso eliminar la frase “de conformidad con la legislación local de los Estados miembros”, en el artículo 6.1, o reemplazarla por “de conformidad con las normas y principios de derecho internacional que se ajusten a la legislación nacional de los Estados miembros”. Sugirió suprimir la expresión “y no perjudique de forma injustificada los intereses legítimos de los beneficiarios, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros”, de la Opción 2 del artículo 2. El orador afirmó que no se podía aceptar esa expresión hasta que los pueblos indígenas pudieran determinar con exactitud qué ocurría con los terceros que los Estados quisieran proteger. Con relación al artículo 6.3, propuso eliminar la palabra “podrán”.

ARTÍCULO 7

DURACIÓN DE LA PROTECCIÓN

Opción uno

- 7.1 La protección de los conocimientos tradicionales permanecerá en vigor en tanto en cuanto dichos conocimientos satisfagan los criterios de admisibilidad a la protección establecidos en el artículo 1.

Opción dos

- 7.2 La duración de la protección de los conocimientos tradicionales varía en función de las características de los conocimientos tradicionales.

[Sigue el comentario sobre el artículo 7]

COMENTARIO

INTRODUCCIÓN REALIZADA POR EL PONENTE

Danny Edwards presentó el trabajo del grupo de redacción sobre el artículo 7.

Los integrantes del grupo de redacción fueron John Asein, Albert Deterville, Danny Edwards, Ewa Lisowska, Boryana Argirova, Lilyclaire Bellamy, Silke von Lewinski, S. P. Ashok, Miranda Risang Ayu Palar y Kijoong Song.

El primer día, el grupo convino en primer lugar en modificar el título de este artículo y propuso llamarlo “duración de la protección”, en consonancia con el documento sobre las ECT. A continuación se redactó la Opción 1. El grupo acordó mantener el párrafo 1 pero estimó que, obviamente, dependería del contenido del artículo 1.

El grupo convino en eliminar las palabras “apropiación indebida y uso indebido”, a fin de simplificar la oración.

El grupo acordó suprimir el párrafo 2 por no aportar ninguna mejora al artículo.

Uno de los expertos manifestó que la protección de los CC.TT. debería ser perpetua.

En la reunión de los Encargados se acordó no hacer referencia al artículo 1.3 y solamente mencionar el artículo 1, porque el contenido del primero no estaba establecido aún.

La reunión de los Encargados no remitió al grupo, para su consideración, ningún tema concreto referente al artículo 7.

El segundo día se agregó la Opción 2.

Uno de los miembros del grupo manifestó preocupación respecto de la posibilidad de una protección indefinida de los CC.TT., y su deseo de introducir una segunda opción. A su juicio, el plazo de la protección habría de variar según las características de los CC.TT. En algunos casos debería establecerse un plazo específico para la protección. A su juicio, la duración de ese plazo tendría que ser objeto de un análisis más profundo.

OBSERVACIONES FORMULADAS POR LOS EXPERTOS

Tim Roberts afirmó que nadie tenía derecho a monopolizar conocimientos públicos a perpetuidad. Al margen de este principio moral, había también razones prácticas. Una vez que la información se había difundido ampliamente, en general no se podía retirarla del dominio público sin invertir la marcha del tiempo. Por grande que fuera el daño causado a los pueblos indígenas, no era posible enmendarlo simplemente. Podía haber una responsabilidad civil o penal de los responsables, pero la difusión seguía siendo una realidad. No sería fácil para los titulares de los derechos hacerlos valer. Existía una continuidad en los CC.TT. que podían ser materia protegida, desde lo que no podía o no debería protegerse hasta lo que indiscutiblemente tenía derecho a protección. En esta última categoría podrían ubicarse los conocimientos secretos de los indígenas del Amazonas sobre propiedades medicinales de una planta de esa región. En la primera categoría, se reconoció en las deliberaciones del grupo 1 que la rueda (y

probablemente las redes de pesca) estaban disponibles para toda la humanidad. Pero había margen para ilimitadas discusiones respecto de los casos intermedios. No correspondería a los poseedores decir “según nuestras leyes, ustedes nos han despojado”. Tendrían que probar esto de manera de satisfacer a un juez independiente. “*Nemo iudex in sua causa*” (nadie puede ser juez y parte en la misma causa) era un principio jurídico innegociable.

Yonah Ngalaba Seleti dijo que la Opción 2 introducía el concepto de “características de los conocimientos tradicionales”, que no había sido objeto de debate en el artículo 1 ni en el 3, por lo que no podía aceptar esa opción.

Robert Leslie Malezer propuso añadir “y el ámbito” después de “los criterios de admisibilidad a la protección”, en la Opción 1. El orador tenía en cuenta que también el artículo 3 tenía cierto aspecto relativo a la protección.

Debra Harry afirmó que los derechos eran inalienables y perpetuos, y que la protección debería ser coherente con estos principios.

Lucia Fernanda Inácio Belfort declaró que la Opción 2 podía conducir a la incertidumbre jurídica, porque hacía referencia a características de los CC.TT. que nunca expirarían y nunca dejarían de ser indígenas o tradicionales.

Ronald Barnes propuso un texto nuevo: “la protección de los conocimientos indígenas permanecerá en vigor a perpetuidad”. Manifestó que la Opción 2 no tenía razón de ser.

Arjun Vinodrai dijo que la cuestión de la duración de la protección tenía dos caras: 1) sin lugar a dudas una duración de la protección prolongada protegía los intereses del beneficiario; y 2) la duración de la protección limitaba la creatividad y la innovación, y se trataba de aspectos valiosos en términos de crecimiento económico y social de las comunidades, los individuos, etc. Por tanto, el orador consideraba que era importante lograr un equilibrio entre ambos aspectos.

Emil Žatkuliak expresó su preferencia por la Opción 1, desde el punto de vista de la claridad y la autenticidad.

Horacio Gabriel Usquiano Vargas declaró que si se estaba deliberando sobre asuntos directamente relacionados con la P.I. o mecanismos administrados por la P.I., la duración de la protección debería debatirse en profundidad. Sin embargo, la característica de los CC.TT. era su naturaleza colectiva. Por consiguiente, la duración debería ser perpetua, en especial porque los CC.TT. pertenecían a los pueblos indígenas. Una de las características enumeradas en el artículo 1 era la ausencia de expiración. Sería necesario tomar esto en consideración al examinar este artículo.

Carla Michely Yamaguti Lemos dijo que prefería la Opción 1, pero con algunas modificaciones. Propuso la siguiente formulación: “la protección de los conocimientos tradicionales permanecerá en vigor mientras que dichos conocimientos satisfagan los criterios de admisibilidad a la protección establecidos en el artículo 1, pero sin limitarse a ese tiempo”.

Clara Inés Vargas Silva manifestó su preferencia por la Opción 1.

Leila Garro Valverde dijo que prefería la Opción 1.

Martha Evelyn Menjivar expresó su preferencia por la Opción 2 porque cumplía los objetivos de la protección.

ARTÍCULO 8
FORMALIDADES

Opción uno

- 8.1 La protección de los conocimientos tradicionales no estará sujeta a formalidad alguna.

Opción dos

- 8.1 La protección de los conocimientos tradicionales está sujeta a algunas formalidades.
- 8.2 En aras de la transparencia, la certidumbre y la conservación de los conocimientos tradicionales, las autoridades nacionales pertinentes [deben/deberán] mantener registros u otras formas de inscripción de los conocimientos tradicionales.

[Sigue el comentario sobre el artículo 8]

COMENTARIO

INTRODUCCIÓN REALIZADA POR EL PONENTE

Danny Edwards presentó el trabajo del grupo de redacción sobre el artículo 8.

Los integrantes del grupo de redacción fueron John Asein, Albert Deterville, Danny Edwards, Ewa Lisowska, Boryana Argirova, Lilyclaire Bellamy, Silke von Lewinski, S. P. Ashok, Miranda Risang Ayu Palar y Kijoong Song.

El primer día se redactó la Opción 1.

El grupo acordó utilizar el lenguaje empleado en el documento sobre las ECT, simplificar el párrafo 1 y suprimir el párrafo 2. Convino en que era importante utilizar bases de datos, pero no debería ser un requisito para la protección. Trasladó la referencia a las bases de datos al artículo 5.

La reunión de Encargados no hizo sugerencias sobre el artículo 8.

El segundo día se añadió la Opción 2.

Uno de los miembros del grupo expresó preocupación ante la idea de no exigir formalidades y estimó que la protección de los CC.TT. requería algunas, como por ejemplo las bases de datos. Esto se expresaba en la Opción 2.

OBSERVACIONES FORMULADAS POR LOS EXPERTOS

Lorena Bolaños consideraba que la protección de los CC.TT. no podía estar sujeta a ninguna formalidad por su propia naturaleza y porque se trataba de derechos intrínsecos de los pueblos indígenas. Por consiguiente, dijo que prefería la Opción 1. Con respecto al artículo 8.2, estimaba que era útil hacer referencia a la conservación de los CC.TT., pero podría ser mejor incluirla en otro artículo. También consideraba que la creación de cualquier registro o base de datos debería llevarse a cabo en consulta con las comunidades respectivas y con su cooperación.

Agustin Saguier Abente apoyó las observaciones formuladas por Lorena Bolaños. Expresó que podía estar de acuerdo con la creación de un registro, siempre y cuando fuera simplemente descriptivo y no perjudicara la preservación de los CC.TT.

Hemachandra Leelanath Obeysekera manifestó su preferencia por la Opción 2, en particular por el artículo 8.2. La mayoría de los países poseían sistemas de riego y germoplasma, y gran abundancia de recursos. Las autoridades nacionales competentes tenían una real necesidad de llevar registros.

Lucia Fernanda Inácio Belfort hizo suya la declaración de Lorena Bolaños. Con relación al artículo 8.2, propuso agregar la frase “conjuntamente con las comunidades indígenas y comunidades locales poseedoras de esos derechos, sobre la base del consentimiento fundamentado previo” después de “autoridades nacionales”. Asimismo, sugirió agregar un nuevo artículo: “8.3 Mantener los registros no constituiría un requisito para la protección de los conocimientos tradicionales”. Se garantizaría debidamente que la protección no estuviera sujeta

a ninguna formalidad, y que el registro tuviera carácter puramente declarativo y no generara derechos.

Ronald Barnes manifestó su preferencia por la Opción 2 del artículo 8.1. Apoyó la propuesta de Lucía Fernanda Inácio Belfort sobre el artículo 8.3

Miranda Risane Ayu dijo que prefería la Opción 1.

Amadou Tankoano afirmó que la Opción 1 se ajustaba a los objetivos y principios, y al hecho de que la protección tenía que ser accesible a la mayoría de las comunidades tradicionales, muchas de las cuales eran iletradas. Consideraba que la ausencia de formalidades era muy positiva. Con relación al artículo 8.2, propuso reformularlo de manera que dejara de ser una obligación. Propuso reemplazar “deben/deberán” por “podrían/pueden” y añadir al final del artículo la frase “con la autorización de los poseedores”.

Nabiollah Azami Sardoue expresó su preferencia por la Opción 1.

Clara Inés Vargas Silva dijo que prefería la Opción 1. Con relación al artículo 8.2, convino con las observaciones formuladas por Lorena Bolaños.

Albert Deterville apoyó la Opción 1.

Carla Michely Yamaguti Lemos hizo suyas las observaciones formuladas por Lorena Bolaños y Lucía Fernanda Inácio Belfort y expresó su preferencia por la Opción 1.

Timothy Leatile Moalusi dijo que prefería la Opción 1. Con respecto al artículo 8.2, propuso reemplazar “deben/deberán” por “podrán”.

Oswaldo Reques Oliveros sugirió incluir en un preámbulo, como principio general, la frase “la protección de los conocimientos tradicionales no está sujeta a formalidad alguna”.

Mohamed El Mhamdi propuso mantener las dos opciones: “La protección de los conocimientos tradicionales no estará sujeta a formalidad alguna. No obstante, las partes contratantes tienen la opción de mantener registros u otras formalidades para inscribir los conocimientos tradicionales, a los efectos de alcanzar su transparencia y su conservación”.

Martha Evelyn Menjivar manifestó su preferencia por la Opción 1 y dijo que cabría la posibilidad de combinarla con el artículo 8.2.

ARTÍCULO 9

MEDIDAS TRANSITORIAS

- 9.1 Las presentes disposiciones se aplican a todos los conocimientos tradicionales que, en el momento de entrada en vigor de las mismas, cumplan los criterios estipulados en el artículo 1.

Opción uno

- 9.2 El Estado velará por que se tomen las medidas necesarias para garantizar los derechos que se contemplen en la legislación nacional o local y que ya hayan sido adquiridos por terceros.

Opción dos

- 9.2 Todo acto que aún perdure respecto de los conocimientos tradicionales, que haya comenzado antes de la entrada en vigor de las presentes disposiciones y que no estaría permitido o estaría reglamentado de otra forma por las presentes disposiciones, deberá ser puesto en conformidad con ellas en un plazo razonable tras su entrada en vigor, y con sujeción a que se respeten los derechos adquiridos anteriormente por terceros de buena fe.

[Sigue el comentario sobre el artículo 9]

COMENTARIO

INTRODUCCIÓN REALIZADA POR EL PONENTE

Violet Ford presentó el trabajo del grupo de redacción sobre el artículo 9.

Como observación general, el grupo consideró que lo esencial de este artículo estaba supeditado al debate fundamental que el CIG mantenía respecto de la cuestión del “dominio público”.

Con relación a las deliberaciones sobre el artículo 9.1, el grupo consideró que la formulación del artículo abordaba de manera adecuada la aplicación temporal de las normas y disposiciones de este instrumento.

Con respecto a los debates sobre el artículo 9.2, el grupo estableció dos opciones que reflejaban sus dos puntos de vista opuestos con relación a la aplicación de disposiciones de CC.TT. para actos anteriores a su entrada en vigor.

La Opción 1 procuraba atender las preocupaciones de algunos expertos sobre la aplicación de normas a hechos que tuvieron lugar o comenzaron a producir efectos jurídicos antes de que la norma fuese aprobada (el efecto retroactivo). Por consiguiente, la formulación de esta Opción apuntaba a garantizar la certidumbre jurídica respecto de los derechos de terceros (usuarios anteriores). Algunos expertos subrayaron la importancia de cerciorarse de que esos derechos se hubiesen adquirido mediante una utilización previa de buena fe. A este respecto, los expertos reconocieron que la expresión “buena fe” carecía de consenso general y, por consiguiente, era importante establecer claridad y precisión en cuanto al alcance de ese criterio. Para ello, los expertos recomendaron ponderar la protección de las expectativas legítimas de los propietarios de CC.TT. y la doctrina del abuso de derechos.

Asimismo, en la versión en inglés de esta Opción, se colocó entre corchetes la conjunción “or” (“o”) entre los términos “*national*” (“nacional”) y “*domestic*” (“local”), a fin de abarcar los casos de empleo de uno u otro de esos términos. El grupo señaló que, debido a los diferentes regímenes jurídicos de los Estados miembros de la OMPI, el alcance y las consecuencias prácticas del empleo de uno u otro término variaban. Además, uno de los expertos dijo que la aplicación de las normas de derecho internacional (como este tratado) se interpretaba de manera diferente, según el criterio de cada país sobre la aplicación de esas normas. Por lo tanto, el grupo consideró que el uso de los términos “*nacional*” y “*domestic*” debería ser flexible.

La Opción 2 consignaba las opiniones de los expertos que afirmaban que, habida cuenta de la naturaleza particular de los CC.TT. y su larga historia de apropiaciones indebidas, deberían reconocerse en estas disposiciones algunos efectos retrospectivos (como la regularización de utilidades recientes dentro de un plazo razonable). Además, algunos expertos consideraron que se debería conceder la misma protección contra “el uso anterior y no autorizado” de los CC.TT. que hubieran estado registrados (enumerados, catalogados) en el momento de su uso no autorizado y que a los no registrados entonces. En tal sentido, algunos expertos sugirieron que el CIG podría considerar la posibilidad de crear un mecanismo de recursos y para el reconocimiento de los derechos morales.

El grupo consideró también que la expresión “un plazo razonable” era incierta y, por consiguiente, sugirió que el CIG aclarara el plazo que se contemplaba y lo hiciera tomando en consideración las capacidades y los recursos de los pueblos indígenas.

OBSERVACIONES FORMULADAS POR LOS EXPERTOS

Lucia Fernanda Inácio Belfort afirmó que los Estados deberían proteger los derechos anteriores a la entrada en vigor de este instrumento, no solamente de terceros, sino también de los pueblos indígenas cuando hubieran sido violados, ya fuera mediante reparación o repatriación. La Opción 1 del artículo 9.2 debería incluir la idea de que el Estado se asegurara de la adopción de las medidas necesarias para garantizar los derechos de los poseedores de CC.TT. que hubieran sido violados antes de la entrada en vigor del instrumento. Con respecto a la Opción 2, la oradora sugirió determinar el número de años o meses que constituiría el período razonable para dar certidumbre jurídica. Desde el punto de vista jurídico de los pueblos indígenas, la oradora estimaba que la expresión “buena fe” significaba que se hubiera cumplido el requisito del consentimiento fundamentado previo y que los beneficios se hubieran compartido con los titulares de esos derechos.

Niels Holm Svendsen apoyó la formulación del artículo 9.1 porque ofrecía certidumbre jurídica y establecía claramente que este instrumento no tendría efectos retroactivos. Con respecto a los terceros, prefirió la Opción 1 del artículo 9.2. Consideraba que la Opción 2 no presentaba claridad jurídica.

Ronald Barnes declaró que no podía aceptar las Opciones 1 y 2 del artículo 9.2. Propuso una formulación para una nueva Opción 3: “Los pueblos indígenas y las comunidades locales y los Estados desarrollarán directrices internacionales acordes con las normas internacionales de derechos humanos para tratar la adquisición de conocimientos tradicionales por terceros y determinar criterios que resuelvan la aplicación de derechos por los pueblos indígenas, las comunidades locales y terceros”.

Carla Michely Yamaguti Lemos propuso añadir en el artículo 9.1 la expresión “,aunque no exclusivamente,” antes de “a todos los conocimientos tradicionales”, y suprimir la frase “en el momento de entrada en vigor de las mismas”. Entre las dos opciones, dijo que prefería la Opción 1 con algunas modificaciones. Sugirió sustituir “velarán” por “velarán/deberán velar”, y suprimir la última frase “que ya hayan sido adquiridos por terceros”. Con respecto a la Opción 2, consideraba que hacía referencia al uso continuado de los CC.TT. y que debería estar reglamentada por el Derecho interno.

Leila Garro Valverde expresó su preferencia por la Opción 1 del artículo 9.2. Destacó la sugerencia de Lucia Fernanda Inácio Belfort de incluir la reparación en los casos violación de los derechos de los pueblos indígenas.

Yonah Ngalaba Seleti manifestó su preferencia por la Opción 2 del artículo 9.2, aunque estimaba que era necesario pulir la formulación. Subrayó las observaciones del Ponente sobre la conjunción “or” (“o”), en la versión en inglés. También puso en tela de juicio la interpretación de la palabra “respeten”, en la última oración de la Opción 2 del artículo 9.2.

Oswaldo Reques Oliveros declaró que a su juicio Lucia Fernanda Inácio Belfort había hecho referencia a las reparaciones para los pueblos y no a la retroactividad. Explicó que mientras siguieran existiendo efectos actuales de las violaciones, no habría aplicación retroactiva de derechos.

Preston Hardison dijo que la cuestión de la retroactividad solo se aplicaba a los usos actuales o continuados de los CC.TT. En su opinión, el texto que se empleara debería afectar a los problemas de la repatriación de CC.TT. y RG conexos que no tuvieran utilización actual o continuada.

ARTÍCULO 10

COHERENCIA CON EL MARCO JURÍDICO GENERAL

Opción uno

- 10.1 La protección prevista en el presente instrumento deberá tener en cuenta otros instrumentos y procesos internacionales y regionales y aplicarse en concordancia con ellos.

Opción dos

- 10.1 La protección prevista en el presente instrumento dejará intacta y no afectará de ninguna forma a la protección concedida en los instrumentos jurídicos internacionales.
- 10.2 Ningún elemento del presente instrumento podrá interpretarse en el sentido de menoscabar o extinguir los derechos de que gozan actualmente los pueblos indígenas o que puedan adquirir en el futuro.

[Sigue el comentario sobre el artículo 10]

COMENTARIO

INTRODUCCIÓN REALIZADA POR EL PONENTE

Lorena Bolaños informó sobre el desarrollo de los debates y las conclusiones a que llegó el grupo con relación al artículo 10.

El principal objetivo del grupo consistió en garantizar la coherencia entre el presente instrumento jurídico y los instrumentos jurídicos internacionales en vigor, sin ánimo de socavar la independencia propia de cada uno de ellos.

No obstante, el grupo señaló que con la formulación actual de este artículo, se refería exclusivamente a los instrumentos vinculados con la diversidad biológica.

En tal sentido, el grupo consideró importante incluir una oración que abarcara de manera más amplia la relación que habría de mantenerse entre todos los instrumentos internacionales, y evitar la mención específica de temas concretos como la propiedad intelectual, los derechos humanos, etc.

El grupo reconoció que, en la sesión plenaria, varios expertos sugirieron hacer una enumeración de diferentes instrumentos internacionales. Sin embargo, el grupo consideraba que tal cosa sería contraproducente. El hecho de destacar o mencionar ciertos instrumentos en particular podía redundar en detrimento de otros instrumentos que no estuvieran incluidos explícitamente.

El ponente explicó, además, la forma en que el grupo había redactado el artículo.

Como podía observarse, el párrafo 10.1 consideraba dos opciones.

La Opción 1 se había extraído del Objetivo Político ix) de este instrumento, titulado “respeto de los acuerdos e instrumentos regionales e internacionales y de la concordancia con los mismos.” Dada la importancia del tema, el grupo consideró que el texto podría desplazarse o estaría más convenientemente situado en el cuerpo del artículo.

La Opción 2 se extrajo del artículo 10 del documento sobre las ECT (WIPO/GRTKF/IC/18/4) y llevó a que muchos expertos consideraran que el empleo de la frase “dejará intacta” proporcionaba una mayor certeza al texto.

El texto del artículo 10.2 se extrajo del artículo 45 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. El propósito era garantizar que el contenido de este instrumento no fuera interpretado de forma que perjudicara u obstaculizara los derechos que los pueblos indígenas poseían en la actualidad o que pudieran adquirir en el futuro. El grupo opinaba que el artículo 45 tenía carácter general y debería figurar en todo instrumento internacional en que se abordara la cuestión de los derechos de los pueblos indígenas.

OBSERVACIONES FORMULADAS POR LOS EXPERTOS

Amadou Tankoano declaró que la frase de la Opción 2 del artículo 10 “la protección prevista en el presente instrumento dejará intacta” era demasiado fuerte. Suiza había decidido modificar su legislación de modo que si alguien solicitaba una patente que aplicara CC.TT. debería indicar el origen y la fuente. Esto no equivale a dejar intacta la protección.

Martha Evelyn Menjivar consideraba que las dos opciones se complementaban mutuamente. Consideraba la posibilidad de fusionar las tres disposiciones o, por lo menos, dos de las opciones.

Debra Harry convino con Martha Evelyn Menjivar en que se podrían combinar elementos de la Opción 1 y de la Opción 2. Manifestó su preferencia por la Opción 2, pero propuso simplificar el artículo 10.1, según la siguiente formulación: “El presente instrumento deberá considerarse coherente con los demás instrumentos jurídicos internacionales”. Respaldó la formulación del artículo 10.2 porque era una medida de seguridad para los pueblos indígenas, necesaria para ellos.

Krisztina Kovács expresó su preferencia por la formulación “dejará intacta”, de la Opción 2 del artículo 10.1, porque parecía más conveniente desde el punto de vista de la certidumbre jurídica. Afirmó que las expresiones “instrumentos ...internacionales y regionales” e “instrumentos internacionales”, que figuraban en las dos opciones, podrían interpretarse como derechos que los pueblos indígenas poseyeran actualmente o pudieran adquirir en un futuro, conforme a la referencia del artículo 10.2

Lucia Fernanda Inácio Belfort convino con las observaciones formuladas por Amadou Tankoano respecto de la Opción 2 del artículo 10.1. Propuso colocar entre corchetes la frase mencionada en las observaciones, para que fuese sometida a consideración del CIG. La oradora hizo suya la sugerencia de Martha Evelyn Menjivar respecto de fusionar las Opciones 1 y 2 del artículo 10.1. El artículo 10.2 era coherente con el artículo 45 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Bala Moussa Coulibaly dijo que este artículo era muy importante para su país, dado que las autoridades realizaban grandes esfuerzos para establecer un sistema de protección de la P.I. y llevarlo a un nivel bastante generalizado. Esos esfuerzos también apuntaban a mejorar y armonizar la legislación de su país con lo que se estaba haciendo en la OMPI en esta materia. El país de la oradora se proponía determinar su posición en conformidad con este artículo.

Miranda Risane Ayu convino con Amadou Tankoano en que la Opción 2 del artículo 10.1 era demasiado fuerte. Estimaba que el artículo 10.2 era correcto porque permitía controlar que autoridad competente mantuviera su función de administradora de derechos, respetando en todo momento a los pueblos indígenas. En su opinión, esa función no correspondía únicamente a los pueblos indígenas, sino también a las comunidades locales y las comunidades tradicionales poseedoras de CC.TT.

Salma Bashir dijo que la Opción 2 estaba en conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en particular sus artículos 6 y 59.

Albert Deterville sugirió fusionar las dos Opciones del artículo 10.1 y apoyó la formulación del artículo 10.2 sin modificaciones.

Ruth Deyanira Camacho Toral estimaba que la Opción 1 del artículo 10.1 y el artículo 10.2 eran los párrafos que convenía conservar.

Mohamed El Mhamdi recordó que, por principio general, las partes contratantes debían respetar los tratados y que la existencia de otros tratados únicamente podía comprometer a las partes contratantes de ellos. Basándose en ese principio, sugirió combinar las dos Opciones del artículo 10.1, con algunas modificaciones, del siguiente modo: “La protección prevista en el presente instrumento no puede afectar de ninguna forma la protección concedida por otros instrumentos jurídicos internacionales”.

ARTÍCULO 11

TRATO NACIONAL Y OTROS MEDIOS DE RECONOCER DERECHOS DE INTERESES EXTRANJEROS

Comentarios

Una cuestión fundamental es determinar si los derechos nacionales sobre los conocimientos tradicionales deberían otorgarse a los titulares de derechos o beneficiarios de otros países. Es necesario seguir examinando las actuales opciones para reconocer los derechos de los titulares o beneficiarios de otros países, y ello incluye la reciprocidad y el reconocimiento mutuo (véase el documento WIPO/GRTKF/IC/8/6 para mantener un debate más completo).

En segundo lugar, es fundamental establecer si los actuales acuerdos nacionales destinados a proteger los conocimientos tradicionales, así como los consiguientes derechos, se aplicarán a los titulares de derechos o beneficiarios de otros países. Naturalmente, los poseedores o beneficiarios de conocimientos tradicionales de otros países cuyos derechos han sido objeto de abuso deben tener derecho a recibir protección, como se establece en el presente instrumento. La cuestión que debe examinarse es en qué medida podrían beneficiarse de los derechos que se reconocen en los regímenes nacionales. Por ejemplo, en un país X, la situación peculiar de los habitantes de zonas boscosas se reconoce mediante la protección de los conocimientos tradicionales específica de ese país. ¿Debería aplicarse esa concesión única a los titulares de derechos de otros países en la medida en que no forman parte del grupo particular para el que se configuraron tales protecciones?

El Grupo alienta también a que se mantengan debates sobre conflictos de derecho según se expresa en el artículo 8.3 del texto de las ECT (WIPO/GRTKF/IC/18/4).

[Sigue el comentario sobre el artículo 11]

COMENTARIO

INTRODUCCIÓN REALIZADA POR EL PONENTE

Kathy Hodgson-Smith presentó el trabajo del grupo de redacción sobre el artículo 11.

El grupo abordó la cuestión de la forma en que las legislaciones nacionales habrían de reconocer los derechos e intereses de los titulares extranjeros de derechos respecto de CC.TT. Para ello, los expertos reconocían que el principio de trato nacional era una piedra angular de los tratados internacionales sobre P.I. Asimismo, los expertos reconocieron la necesidad de un reconocimiento sistemático de los titulares extranjeros de derechos en las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros, y el consiguiente deseo de prevenir la discriminación contra los derechos e intereses de extranjeros.

No obstante, al considerar la puesta en práctica del principio de trato nacional en los regímenes nacionales, el grupo de expertos constató la existencia de dificultades prácticas para ofrecer un trato efectivamente igualitario a los extranjeros. En otras palabras, se plantearon en el grupo cuestiones relativas a la viabilidad de conceder a los extranjeros un acceso automático e incondicional a los sistemas jurídicos nacionales. Estos problemas prácticos se referían sobre todo a lo siguiente: i) las características intrínsecamente locales de los CC.TT.; ii) la relación integral que los pueblos indígenas tenían con sus CC.TT. y sus recursos genéticos; y iii) el hecho de que algunas leyes nacionales estaban adaptadas especialmente al contexto cultural e histórico de los poseedores de CC.TT. de cada país (es el caso de los programas nacionales sobre la gestión del medio ambiente y el régimen legal de la tierra).

Por consiguiente, aunque el principio de trato nacional podía ser pertinente para tratar esta cuestión, los expertos decidieron recomendar al CIG que continuara explorando otras posibilidades para el reconocimiento de los derechos e intereses de los titulares extranjeros de derechos. Esas posibilidades incluían la reciprocidad y el trato de la nación más favorecida.

OBSERVACIONES FORMULADAS POR LOS EXPERTOS

Preston Hardison planteó si ese sería el lugar apropiado para presentar la cuestión del control de los derechos. Se habían llevado a cabo algunos debates sobre qué hacer con los casos de comunidades en diáspora, alejadas de su ámbito original en que se desarrollaban y utilizaban los CC.TT. Se planteaba la cuestión de los indígenas extranjeros instalados en comunidades locales que ahora podían estar separados de sus comunidades de origen.

Ronald Barnes propuso que el texto consignara la necesidad de crear un sistema internacional de vigilancia o arbitraje para ejercer una supervisión en beneficio de los pueblos indígenas y las comunidades locales.

ARTÍCULO 12

COOPERACIÓN TRANSFRONTERIZA

- 12.1 En los casos en que los conocimientos tradicionales se encuentren en los territorios de distintas Partes Contratantes, esas Partes Contratantes cooperarán mediante la adopción de medidas que respalden los *objetivos del presente instrumento* y no sean contrarias al mismo. Esa cooperación se realizará con la participación (y el consentimiento) de los poseedores de los conocimientos tradicionales.

[Sigue el comentario sobre el artículo 12]

COMENTARIO

INTRODUCCIÓN REALIZADA POR EL PONENTE

Krisztina Kovács presentó el trabajo del grupo de redacción del artículo 12.

Los participantes del grupo de redacción fueron Leonilla Kishebuka, Nabiollah Azami Sardoue, Musa Usman, Hongju Yang, Richard Aching, Corleta Babb-Schaefer, Jens Gaster, Kristina Kovács, Marc Perlman, Debra Harry, Giancarlo Leon, Miguel Valbuena, Rodrigo Valencia, Hayat Mehadji, Dioniso Madureira, Xilonen Luna Ruiz y Joseph Olesarioyo.

El grupo observó que no existía en el proyecto de tratado ningún documento o artículo específicos que abordara esta cuestión. El Presidente, Ian Heath, hizo referencia al Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se deriven de su utilización y propuso un proyecto de artículo que se utilizó como documento de trabajo.

El grupo necesitaba certeza sobre el objeto del artículo y señaló que la cuestión de la cooperación transfronteriza se había planteado en deliberaciones sobre varios artículos, como los referentes a la administración de los derechos y la cooperación internacional y regional. Se manifestó preocupación respecto del tipo de cooperación que se necesitaba. Se planteó la cuestión de que los pueblos indígenas y las comunidades habrían de dar su consentimiento, lo que dio lugar a una discusión sobre la pertinencia de tal disposición en este caso. Teniendo en cuenta que la cuestión del consentimiento ya se había abordado en otros artículos, algunos expertos destacaron que ese planteo podía ser una fuente de conflicto.

El debate se centró entonces en la Opción 2 elaborada por el grupo 4. Se adoptó la propuesta inicial presentada por el grupo, ya que la nueva propuesta abordaba únicamente una parte del problema, mientras que la inicial incluía otro elemento: la participación de los propios poseedores de CC.TT. El artículo 12, tal como el grupo lo formuló, disponía el deber de cooperar, que debía diferenciarse de las obligaciones generales de cumplimiento que recaen en todas las partes contratantes.

OBSERVACIONES FORMULADAS POR LOS EXPERTOS

Arjun Vinodrai dijo que el CIG debería tomar en consideración las aspiraciones de la diáspora y de las comunidades de inmigrantes en diversos países. Planteó la interrogante de si alguno de los puntos comprendidos en este instrumento incluiría la los bienes materiales de valor cultural utilizados para transmitir CC.TT. Si así fuera, señaló en relación con este artículo que los Estados miembros probablemente tendrían que considerar la manera en que habían puesto en práctica la Convención de la UNESCO sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, 1970.

Debra Harry declaró que cualquier régimen de los CC.TT. transfronterizos debía reconocer el derecho de los pueblos indígenas y las comunidades locales al consentimiento fundamentado previo. Por consiguiente, propuso suprimir los paréntesis de “y el consentimiento” y reemplazarlos por la frase normalizada “consentimiento fundamentado previo y libre”.

Leonila Kalebo Kishebuka, que había participado en el grupo de redacción, explicó que éste había tomado en consideración dos situaciones: 1) el caso en que los CC.TT. estaban

localizados en dos o incluso más países vecinos entre sí; y 2) el caso en que los CC.TT. se ubicaban en diversas jurisdicciones, debido a la presencia de extranjeros procedentes de los Estados en que se originaron los CC.TT. El grupo estimó que la primera situación debía tomarse en consideración en el segundo párrafo. Sin embargo, durante el debate se decidió consolidar las dos situaciones tal como figuraban. La oradora sugirió que el CIG tuviera en cuenta esa situación porque se trataba de circunstancias diferentes.

Leila Garro Valverde destacó que el artículo 36 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas hacía referencia a los pueblos a través de las fronteras.

Violet Ford propuso añadir la expresión “de los pueblos indígenas transfronterizos” después de “en los casos en que los conocimientos tradicionales”. Declaró que las diversas actitudes y criterios que tenían los pueblos indígenas respecto de sus CC.TT. dependían de cada grupo indígena, y de la manera en que ejecutaban, compartían, mantenían y creaban sus CC.TT. También afirmó que el Protocolo de Nagoya expresaba conceptos similares.

Horacio Gabriel Usquiano Vargas subrayó que la cuestión transfronteriza era primordial para los CC.TT., especialmente en su país que los compartía con otros países vecinos. Este artículo debía exponer dos elementos. El primero consistía en determinar cuáles CC.TT. habían sido sustraídos de sus lugares de origen y apropiados indebidamente. La cuestión era cómo debería tratarse esa clase de CC.TT. en la cooperación transfronteriza. El segundo elemento estaba relacionado con los mecanismos de cooperación entre los países que compartían CC.TT., sobre la base del territorio en que se habían establecido. La Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia establecía la repatriación de los conocimientos tradicionales y ancestrales que habían sido extraídos de su territorio.

Yonah Ngalaba Seleti destacó las observaciones de Leonila Kalebo Kishebuka. Existían países entre Sudáfrica y Tanzania en que se aplicaban esas formas de compartir sus CC.TT.

Ronald Barnes dijo que los pueblos indígenas eran partes contratantes. Estimaba que la cuestión transfronteriza podría tomar otras dimensiones una vez que se hubiera elaborado más a fondo en un instrumento internacional. Convino con Debra Harry respecto de la cuestión del consentimiento fundamentado previo.

Miranda Risane Ayu convino con la observación de que existían muchos asuntos relacionados con los CC.TT. que estaban vinculados con RG. También existían abundantes CC.TT. compartidos y relacionados con las ECT entre Indonesia y Malasia y entre Brunei y Australia, en alguna medida. Esta cuestión podía manejarse en buenos términos para convivir en armonía. La oradora expresó su acuerdo con las observaciones formuladas por Debra Harry sobre la cuestión del consentimiento.

Bala Moussa Coulibaly consideraba que existía una relación entre el artículo 12 y los artículos 4 y 10. Cuando los CC.TT. se llevaban al extranjero por diversos pueblos diseminados en territorios diferentes, podía entrar en juego la autoridad del Estado. Era muy importante hacer hincapié en que las autoridades públicas debían asistir a los poseedores de CC.TT. en todo el problema de la reconciliación. Esto debía tomarse en consideración respecto de la integración de pueblos que poseían un patrimonio relacionado con la diversidad biológica y la historia. El orador puso énfasis en el papel muy importante de los Estados como árbitros o mediadores de conflictos.

Lorena Bolaños apoyó las interrogantes y las preocupaciones planteadas por Horacio Gabriel Usquiano Vargas.

Albert Deterville hizo suya la propuesta de Carla Michely Yamaguti Lemos referente a este asunto. Dijo que en Santa Lucía existían muchas comunidades. Una de ellas estaba conformada por descendientes directos de africanos que se no se habían mezclado con ninguna otra comunidad. Había comunidades procedentes de Guinea, Ghana y Nigeria que mantenían sus culturas. En el Caribe había grandes poblaciones de indios. Esta cuestión debería tomarse en consideración. El orador esperaba que los expertos de la India, Ghana, Nigeria y Guinea se ocuparan de este asunto conjuntamente con el Estado de Santa Lucía, porque se trataba de una cuestión muy excepcional.

Mohamed El Mhamdi propuso simplificar la segunda parte de la primera oración del siguiente modo: “mediante la adopción de las medidas jurídicas necesarias para garantizar el cumplimiento de los objetivos del presente instrumento”.

NUEVAS VARIANTES PRESENTADAS POR LOS EXPERTOS

Carla Michely Yamaguti Lemos estimaba que la terminología del Protocolo de Nagoya podía utilizarse para estas cuestiones. Propuso una variante para el texto de este artículo:

“Las Partes considerarán la necesidad de establecer las modalidades de un mecanismo global de participación mutua en los beneficios, que permita una distribución justa y equitativa de los beneficios derivados del uso de los conocimientos tradicionales en situaciones transfronterizas en que no sea posible la concesión o la obtención del consentimiento fundamentado previo”.

[Fin del anexo y del documento]