

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

**Cuadragésima sesión**  
**Ginebra, 17 a 21 de junio de 2019**

### **LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES: PROYECTO ACTUALIZADO DE ANÁLISIS DE LAS CARENCIAS**

*Documento preparado por la Secretaría*

1. En su duodécima sesión, celebrada en Ginebra del 25 al 29 de febrero de 2008, el Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (en adelante, el CIG) decidió que la Secretaría, teniendo en cuenta la labor realizada hasta entonces por el CIG, prepararía, en tanto que documento de trabajo para su decimotercera sesión, un documento que:

- a) señalara las obligaciones, disposiciones y posibilidades que ya existen a nivel internacional en relación con la protección de los conocimientos tradicionales (CC.TT.);
- b) definiera las carencias existentes a nivel internacional, ilustrándolas, en la medida de lo posible, con ejemplos específicos;
- c) expusiera las consideraciones para determinar si es necesario paliar esas carencias;
- d) señalara las opciones existentes y potenciales para subsanar las carencias definidas, incluidas las opciones jurídicas o de otra índole, sea a nivel internacional, regional o nacional;
- e) incluyera un anexo con una matriz que englobara los temas mencionados en los apartados a) a d) anteriores.

2. Se pidió a la Secretaría que hiciera “explícitas las definiciones de trabajo y demás bases sobre las cuales [realizara] su análisis”.

3. La Secretaría preparó un primer proyecto de análisis de carencias en materia de protección de los CC.TT., que se distribuyó entre los participantes del CIG con objeto de que pudieran formular comentarios. Sobre la base de los comentarios recibidos,<sup>1</sup> se elaboró un nuevo proyecto de análisis de carencias que se distribuyó como documento WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev. en la decimotercera sesión del CIG, que tuvo lugar del 13 al 17 de octubre de 2008.

4. En la duodécima sesión del CIG se había adoptado la misma decisión en relación con las expresiones culturales tradicionales (ECT), por lo que en la decimotercera sesión del CIG se presentaron dos proyectos de análisis de carencias, que figuran en los documentos WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev. (ECT) y WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev. (CC.TT.).

5. Para entonces, el CIG había examinado exhaustivamente las diversas opciones jurídicas y de política para la protección de los CC.TT. Ese examen comprendía análisis muy amplios de los mecanismos jurídicos nacionales y regionales existentes, exposiciones sobre las distintas experiencias nacionales, el estudio de los elementos comunes de la protección de los CC.TT., estudios de caso, estudios en curso sobre el marco normativo internacional y el entorno jurídico, así como los principios y objetivos fundamentales de la protección de los CC.TT. que habían recabado el apoyo del Comité en sesiones anteriores. Tal como lo había solicitado el Comité, ese historial de la labor del Comité se resumió en el documento WIPO/GRTKF/IC/13/5(a), que acompañaba el proyecto de análisis de carencias expuesto en el documento WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev.

6. En la decimotercera sesión del CIG, celebrada en octubre de 2008, no se examinó en profundidad el documento WIPO/GRTKF/IC/13/5 (b) Rev.,<sup>2</sup> y en las decisiones adoptadas en esa sesión solo se señala que el Comité “tomó nota” del documento.<sup>3</sup> El CIG no decidió examinar el documento en sus sesiones futuras.

7. En 2017, la Asamblea General de la OMPI pidió a la Secretaría que “actuali[zara] el análisis realizado en 2008 sobre las carencias de los regímenes de protección existentes en relación con los CC.TT. y las ECT.”

8. Con arreglo a esa decisión, se presentó en el anexo I del documento WIPO/GRTKF/IC/37/6 el proyecto actualizado del análisis de carencias en materia de protección de los CC.TT. de 2008. Se mantuvo en general la estructura, el formato y contenido del análisis de carencias anterior, aunque se incorporaron instrumentos internacionales más recientes y nuevas disposiciones en materia legislativa o de política. La presente versión era, como lo solicitara el CIG, esencialmente una “actualización” del texto anterior. En concreto, se modificaron los párrafos 3 a 6, 12 y 13, 15, 16 y 17, 21 a 24, 33, 35, 39, 54, 59 a 61, 66, 71 a 73, 75, 81 a 84, 94, 98, 101, 108, 111 a 113, 117, 122, 125 y 126, 131, 134, 136, 138, 140, 142 y 147. En el anexo II se presentó una matriz actualizada que recoge los elementos a los que se hace referencia en los apartados a) a d) expuestos antes. Dicho documento volvió a publicarse para la 38ª y 39.ª sesiones del CIG y se publica nuevamente para la presente sesión.

9. Las versiones actualizadas del análisis de carencias y la matriz figuran como anexos del presente documento.

---

<sup>1</sup> Los comentarios que se recibieron en aquel entonces aún están disponibles en el sitio web de la OMPI, en <http://www.wipo.int/tk/es/igc/gap-analyses.html>.

<sup>2</sup> WIPO/GRTKF/IC/13/11.

<sup>3</sup> WIPO/GRTKF/IC/13/DECISIONS.

10. *Se invita al Comité a examinar el proyecto actualizado de análisis de carencias y la matriz que figuran en los anexos I y II.*

[Siguen los Anexos]

PROYECTO ACTUALIZADO DE ANÁLISIS DE CARENCIAS  
EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

ÍNDICE

|   |           |
|---|-----------|
| <b>I. INTRODUCCIÓN</b> .....  | <b>3</b>  |
| <b>II. DEFINICIONES DE TRABAJO Y DEMÁS FUNDAMENTOS DEL ANÁLISIS</b> .....   | <b>3</b>  |
| A) <i>DEFINICIONES DE TRABAJO</i> .....   | 3         |
| B) <i>OTROS FUNDAMENTOS EN LOS QUE SE BASA EL ANÁLISIS</i> .....  | 5         |
| i) <i>El concepto de “protección”</i> .....   | 5         |
| ii) <i>Relación con el análisis de carencias en el ámbito de las ECT</i> .....  | 8         |
| iii) <i>Diversidad de características de los conocimientos tradicionales</i> .....  | 8         |
| iv) <i>Naturaleza de las “carencias” que deben identificarse</i> .....  | 9         |
| <b>III. OBLIGACIONES, DISPOSICIONES Y POSIBILIDADES QUE YA EXISTEN EN MATERIA DE PROTECCIÓN</b> .....                         | <b>10</b> |
| A) <i>PROTECCIÓN EN VIRTUD DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES VIGENTES EN EL ÁMBITO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL</i> .....    | 11        |
| i) <i>Protección positiva de los conocimientos tradicionales mediante patentes</i> .....                                      | 11        |
| ii) <i>Protección preventiva de los conocimientos tradicionales en el sistema de patentes</i> .....                           | 12        |
| iii) <i>Requisitos de divulgación específicos para los conocimientos tradicionales</i> .....                                  | 14        |
| iv) <i>CC.TT. no divulgados</i> .....   | 15        |
| v) <i>Competencia desleal</i> .....   | 16        |
| vi) <i>Signos distintivos</i> .....   | 17        |
| vii) <i>Legislación sobre diseños industriales</i> .....  | 18        |
| viii) <i>Derecho de autor y legislación conexas</i> .....   | 18        |
| B) <i>PROTECCIÓN EN VIRTUD DE OTRAS ESFERAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO</i> .....                                       | 19        |
| i) <i>Convenio sobre la Diversidad Biológica</i> .....  | 19        |
| ii) <i>Protocolo de Nagoya</i> .....  | 20        |
| iii) <i>TIRFAA</i> .....  | 20        |
| iv) <i>Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación</i> .....   | 21        |
| C) <i>OTROS TEXTOS INTERNACIONALES</i> .....  | 21        |
| i) <i>Directrices de Bonn</i> .....   | 21        |
| ii) <i>Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas</i> .....                               | 21        |
| iii) <i>Declaración de Interlaken sobre los Recursos Zoogenéticos</i> .....   | 22        |
| <b>IV. CARENCIAS EXISTENTES A NIVEL INTERNACIONAL</b> .....   | <b>22</b> |
| A) <i>CARENCIAS OBSERVADAS EN LA DEFINICIÓN O DETERMINACIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES QUE DEBEN PROTEGERSE</i> ..... | 22        |
| B) <i>CARENCIAS OBSERVADAS EN LOS OBJETIVOS O FUNDAMENTOS NORMATIVOS DE LA PROTECCIÓN</i> :.....                              | 24        |
| C) <i>CARENCIAS OBSERVADAS EN LOS MECANISMOS JURÍDICOS VIGENTES</i> .....   | 25        |
| i) <i>Materia no prevista en la legislación vigente sobre propiedad intelectual</i> .....                                     | 26        |
| <i>Conocimientos tradicionales que no están contemplados en los marcos vigentes de protección de la PI</i> .....              | 26        |
| <i>Innovaciones colectivas y acumuladas a lo largo de generaciones dentro de una comunidad</i> .....                          | 26        |
| ii) <i>Beneficiarios o titulares de derechos no reconocidos</i> .....   | 27        |
| <i>Reconocimiento de los derechos, intereses y prerrogativas colectivos en el marco de un sistema de CC.TT.</i> .....         | 27        |
| iii) <i>Aclaración o confirmación de la aplicación de los actuales principios a los CC.TT.</i> .....                          | 28        |
| <i>Norma que aplica expresamente los principios relativos a las patentes en el ámbito de los CC.TT.</i> .....                 | 28        |
| iv) <i>Modalidades de protección no previstas en las normas internacionales vigentes</i> .....                                | 29        |
| <i>Requisito de divulgación específico en relación con los CC.TT.</i> .....   | 29        |
| <i>Protección frente al enriquecimiento injusto o la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales</i> .....        | 29        |
| <i>Consentimiento fundamentado previo</i> .....   | 31        |
| <i>Derecho al reconocimiento y la integridad</i> .....  | 31        |
| v) <i>Inexistencia del derecho a obtener una remuneración u otros beneficios</i> .....  | 32        |

**V. CONSIDERACIONES PARA DETERMINAR SI ES NECESARIO PALIAR ESAS CARENCIAS ... 33**

|      |   |    |
|------|---|----|
| A)   | CONSIDERACIONES DE CARÁCTER SUSTANTIVO .....  | 33 |
| i)   | <i>Derecho internacional y políticas internacionales</i> .....  | 33 |
| ii)  | <i>Consideraciones de carácter social, cultural, político y económico</i> .....   | 34 |
| iii) | <i>Importancia de la protección de los CC.TT. en los contextos más generales de la formulación de políticas y la reglamentación</i> ..... | 35 |
| B)   | CONSIDERACIONES RELATIVAS A LOS PROCESOS O FORMALES .....   | 36 |
| i)   | <i>Consideraciones específicas relativas a los procesos o formales</i> .....  | 36 |
| ii)  | <i>Consideraciones que abogan en contra de la solución de las carencias</i> .....   | 36 |

**VI. OPCIONES EXISTENTES Y POTENCIALES PARA SUBSANAR LAS CARENCIAS DEFINIDAS 37**

|      |  |    |
|------|--|----|
| A)   | OPCIONES JURÍDICAS O DE OTRA ÍNDOLE A NIVEL INTERNACIONAL: .....                                     | 37 |
| i)   | <i>Un instrumento o instrumentos internacionales vinculantes</i> .....                               | 37 |
| ii)  | <i>Interpretaciones o explicaciones de los instrumentos jurídicos vigentes</i> .....                 | 38 |
| iii) | <i>Un instrumento normativo internacional no vinculante</i> .....                                    | 39 |
| iv)  | <i>Resolución, declaración o decisión política de alto nivel</i> .....                               | 40 |
| v)   | <i>Fortalecer la coordinación mediante directrices o leyes tipo</i> .....                            | 40 |
| vi)  | <i>Coordinación de los avances en materia legislativa a nivel nacional</i> .....                     | 41 |
| vii) | <i>Coordinación y cooperación en materia de creación de capacidad e iniciativas prácticas. ....</i>  | 42 |
|      | <i>Creación de capacidad y material sustantivo para los procesos jurídicos y normativos</i> .....    | 42 |
|      | <i>Fortalecimiento de la capacidad práctica de los titulares de CC.TT.</i> .....                     | 43 |
|      | <i>Fortalecimiento y orientación de las instituciones</i> .....                                      | 43 |
|      | <i>Cooperación y coordinación interinstitucional dentro del sistema de las Naciones Unidas</i> ..... | 44 |
|      | <i>Sensibilización y creación de capacidad del público en general</i> .....                          | 44 |
| B)   | OPCIONES JURÍDICAS O DE OTRA ÍNDOLE A NIVEL REGIONAL: .....  | 44 |
| C)   | MEDIDAS JURÍDICAS O DE OTRA ÍNDOLE A NIVEL NACIONAL: .....   | 45 |

## I. INTRODUCCIÓN

1. El documento que figura a continuación contiene esta breve introducción y cuatro secciones que corresponden a los elementos citados en la decisión adoptada por el Comité en su duodécima sesión, a saber:

- Sección II: definiciones de trabajo y demás fundamentos del análisis;
- Sección III: obligaciones, disposiciones y posibilidades que ya existen a nivel internacional en materia de protección de los conocimientos tradicionales (CC.TT.) (apartado a) de la decisión);
- Sección IV: carencias existentes a nivel internacional ilustradas, en la medida de lo posible, con ejemplos específicos (apartado b) de la decisión);
- Sección V: consideraciones para determinar si es necesario paliar esas carencias (apartado c) de la decisión);
- Sección VI: opciones existentes y potenciales para subsanar las carencias definidas, incluidas las jurídicas o de otra índole, a nivel internacional, regional o nacional (apartado d) de la decisión).

2. En el anexo II se presenta una matriz que recoge los elementos que figuran en estas secciones (apartados a) a d) de la decisión del Comité).

## II. DEFINICIONES DE TRABAJO Y DEMÁS FUNDAMENTOS DEL ANÁLISIS

### a) Definiciones de trabajo

3. No existe una definición internacionalmente aceptada de la expresión “conocimientos tradicionales” como tal. Otros instrumentos internacionales se refieren a conceptos conexos, como por ejemplo:

- Los conocimientos, las innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales incorporados en estilos de vida tradicionales pertinentes para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica.<sup>4</sup>
- Los CC.TT. asociados a recursos genéticos.<sup>5</sup>
- Los CC.TT. de interés para los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura.<sup>6</sup>
- El patrimonio cultural, los conocimientos tradicionales, las expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de [las] ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Art. 8.j), Convenio sobre la Diversidad Biológica.

<sup>5</sup> Artículo 7, Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica (Protocolo de Nagoya).

<sup>6</sup> Art. 9.2.a), Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura.

<sup>7</sup> Artículo 31 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, documento WIPO/GRTKF/IC/12/INF/6.

- El conocimiento tradicional relativo a la cría y la producción de animales.<sup>8</sup>

4. Tal como se solicitó, el presente proyecto de análisis de carencias se centra en los “conocimientos tradicionales” como tales, y no en conceptos más específicos, como los CC.TT. relacionados con la biodiversidad, los CC.TT. relativos a los recursos fitogenéticos o los CC.TT. que poseen los pueblos indígenas (también conocidos como “conocimientos indígenas”), ya que se considera que esos conceptos más precisos están abarcados en la noción más amplia de “conocimientos tradicionales” en cuanto tales. Ahora bien, como se solicitó también un análisis de carencias independiente en relación con las “expresiones culturales tradicionales”, el presente análisis se centrará en los conocimientos tradicionales en sentido estricto, y no en su acepción más amplia que es la que a veces se ha utilizado para referirse a ese concepto. Por consiguiente, y solo a los fines del presente análisis, se entiende que la expresión “conocimientos tradicionales” se refiere en general al conocimiento en cuanto tal, en especial al resultante de la actividad intelectual en un contexto tradicional e incluye los conocimientos especializados, las prácticas, las capacidades e innovaciones. Esta descripción general de los conocimientos tradicionales se fundamenta en los trabajos realizados por el propio Comité.<sup>9</sup>

5. El análisis de carencias se basa asimismo en el supuesto de que, para subsanar las carencias observadas en materia de protección jurídica, convendría adoptar una definición más precisa del conocimiento tradicional, ya que una definición muy genérica podría no ofrecer una claridad suficiente para poder utilizar el análisis de carencias en la práctica. El Comité ha examinado distintos criterios de admisibilidad que se han presentado a lo largo de los años. Los criterios que se exponen a continuación, que se basan en los trabajos realizados por el Comité y caracterizan los CC.TT., podrían facilitar su eventual protección jurídica<sup>10</sup>:

- i) haberse creado y preservado en un contexto tradicional y transmitido de una generación a otra;
- ii) estar claramente vinculados a un pueblo o comunidad indígena o tradicional, que los preserva y transmite de una generación a otra; y
- iii) ser parte integrante de la identidad cultural de un pueblo o comunidad indígena o tradicional que es reconocido como su titular porque sobre ellos ejerce su custodia, conservación, titularidad colectiva o responsabilidad cultural. Esta relación podría ponerse de manifiesto formal o informalmente en las prácticas, protocolos o normas consuetudinarios o tradicionales. Cabría considerar asimismo el carácter innovador de los conocimientos tradicionales.

6. A los fines del presente análisis, para que los CC.TT. sean susceptibles de protección, podría ser necesario evitar una descripción general de esos conocimientos y referirse más bien a su carácter intergeneracional, a su lazo objetivo con la comunidad de origen y la asociación subjetiva dentro de dicha comunidad que hace que formen parte de la propia identidad de ésta. Los conocimientos forman parte del desarrollo social de una comunidad.

---

<sup>8</sup> Párrafo 12 de la Declaración de Interlaken sobre los Recursos Zoogenéticos.

<sup>9</sup> Fuente: El Glosario de los términos más importantes relacionados con la propiedad intelectual y los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales se puede consultar en: [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo\\_grtkf\\_ic\\_29/wipo\\_grtkf\\_ic\\_29\\_inf\\_7.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_29/wipo_grtkf_ic_29_inf_7.pdf).

<sup>10</sup> Estos criterios se han extraído del artículo 4 – Criterios en los que se basa la protección, documento WIPO/GRTKF/IC/8/5, “La protección de los conocimientos tradicionales: objetivos y principios revisados”. Habida cuenta de que no se ha alcanzado un acuerdo acerca de estos criterios que son aún objeto de negociación en el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la OMPI, esta referencia no se ha actualizado. No obstante, para obtener el proyecto más reciente de disposiciones para la protección de los CC.TT., véase:

[http://www.wipo.int/meetings/es/doc\\_details.jsp?doc\\_id=368218](http://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=368218).

7. Como ejemplos de conocimientos tradicionales cabe citar los siguientes:

- Conocimientos médicos tradicionales – conocimientos sobre el uso medicinal de determinados recursos genéticos, así como los conocimientos sobre tratamientos médicos que no conllevan el uso de recursos genéticos (como el masaje tradicional).
- Conocimientos relativos a la biodiversidad o “pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica”.<sup>11</sup>
- Los conocimientos tradicionales de interés para los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura.<sup>12</sup>
- Conocimientos tradicionales relativos a la cría y la producción de animales.<sup>13</sup>

b) Otros fundamentos en los que se basa el análisis

*i) El concepto de “protección”*

8. Para abordar la cuestión de la “protección” de los CC.TT. es necesario proceder a un análisis de las carencias. Está claro que para poder analizar las carencias en el ámbito de la protección es preciso determinar lo que se entiende por “protección”. En los trabajos del Comité, la noción de protección se ha utilizado de formas muy diversas, abarcando desde la protección jurídica frente a usos no autorizados y la apropiación indebida de los CC.TT. (modalidad de protección que, por lo general, está contemplada en la legislación y en las políticas en materia de PI), hasta las medidas prácticas para preservar los CC.TT. de la pérdida o desaparición (como las iniciativas prácticas para catalogar y registrar los sistemas de CC.TT., o las prescripciones jurídicas para impedir la pérdida de los CC.TT., que establecen, de hecho, la obligación de salvaguardar y conservar los CC.TT., así como los entornos sociales, intelectuales y culturales en que se sustentan los sistemas de CC.TT.).

9. La aclaración del concepto de “protección” permite determinar cuestiones como:

- el alcance de la protección, a saber:
  - qué materia está protegida actualmente (por ej., una invención patentable),
  - frente a qué está protegida esa materia (por ej., frente a determinados usos por parte de terceros),
  - frente a qué *no* está protegida esa materia (por ejemplo, en muchos países, las invenciones patentables no están protegidas frente a la investigación para fines no comerciales), y
  - *cómo* se protege esa materia (por ej., determinar si la protección está limitada en el tiempo o está sujeta a formalidades o a otras condiciones, como la de que la protección de la información no divulgada se otorgue en función de su eventual valor comercial, más que cultural o espiritual);
- y, por otro lado, qué materia *no* está protegida (por ej., en muchos países, los simples descubrimientos o los conocimientos especializados divulgados públicamente no están protegidos).

---

<sup>11</sup> CDB, 8.j)

<sup>12</sup> FAO, IGPRFA 9.2.a)

<sup>13</sup> Párrafo 12 de la Declaración de Interlaken sobre los Recursos Zoogenéticos.



10. La naturaleza de la innovación autóctona y el carácter innovador de los sistemas de conocimientos tradicionales pueden también poner de manifiesto las carencias en el ámbito de la protección jurídica, ya que las modalidades y los criterios de la protección jurídica existentes son susceptibles de dejar de lado el aspecto de la innovación en esos contextos.

11. El término “protección” puede adoptar significados distintos en el ámbito de los CC.TT. En principio, podría incluir la protección física de los registros frente a su degradación o pérdida (por ejemplo, la restauración de textos antiguos que contienen conocimientos tradicionales) y leyes que exigen o promueven programas destinados a conservar los conocimientos tradicionales. A los fines del presente proyecto de análisis de carencias, la “protección” se define como la que se utiliza con mayor frecuencia en el contexto de la propiedad intelectual, es decir, las medidas jurídicas que limitan el uso eventual por terceros del material protegido, sea estableciendo el derecho a impedir totalmente su uso (derechos exclusivos) o mediante la creación de condiciones para su uso autorizado (por ejemplo, las condiciones previstas en las licencias de patentes, secretos comerciales o marcas, o las exigencias más generales en relación con la retribución equitativa o el derecho al reconocimiento). Se ha señalado asimismo en el Comité que los CC.TT. pueden protegerse por medio físicos y, según ciertas modalidades de protección, los CC.TT. pueden protegerse contra la desaparición, fomentando su uso generalizado, siendo ésta en algunos casos, según el tipo de protección necesario, la forma de protección más duradera y eficaz desde una perspectiva de costos. Desde esa perspectiva de la protección, una innovación tradicional, como la medicina tradicional se “protegería” alentando su práctica, si bien esta no es la acepción más utilizada del término “protección” en el contexto de la formulación de políticas relativas a la PI.

12. Teniendo en cuenta la dificultad de evaluar las deficiencias de las distintas iniciativas prácticas a nivel internacional y el hecho de que la propiedad intelectual es el eje central de la labor del Comité, la “protección” se entenderá, a efectos del presente documento, como la protección conferida frente al uso no autorizado o a la explotación no equitativa de la materia protegida. La protección en ese sentido entraña un grado de control o autoridad permanente sobre los CC.TT. en cuestión, que podría incluso incluir un derecho exclusivo, o bien otros tipos de derechos permanentes vinculados a los conocimientos. El ejercicio de ese control incumbe a la comunidad o a su representante o representantes. Esta situación contrasta con la que se plantea cuando la materia pertenece al dominio público y que el usuario no tiene ninguna responsabilidad u obligación para con el proveedor de conocimiento.

13. Eso no quiere decir que esa es la única modalidad de protección legítima o significativa, ni la más urgente, sino que refleja las distintas perspectivas examinadas en los trabajos del Comité. Así pues, el presente análisis de carencias se refiere a materias que ocupan un lugar central en las normas y políticas en materia de PI. Otros regímenes jurídicos internacionales, como el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) y los convenios de la UNESCO abordan aspectos relativos a la conservación, preservación y salvaguardia del conocimiento tradicional en el contexto de sus respectivas políticas.

- Por ejemplo, el artículo 8.j) del CDB, que lleva por título “Conservación *in situ*”, prevé que cada Parte Contratante, con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente. El CDB contiene otras disposiciones relacionadas con la divulgación y promoción de los conocimientos tradicionales que se refieren a la protección y la promoción de “la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que

sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenible” (artículo 10), “el intercambio de los resultados de las investigaciones técnicas, científicas y socioeconómicas, así como información sobre programas de capacitación y de estudio, conocimientos especializados, conocimientos autóctonos y tradicionales, por sí solos y en combinación con las tecnologías mencionadas en el párrafo 1 del artículo 16 [incluida] cuando sea viable, la repatriación de la información” (artículo 17) y la cooperación para el desarrollo y la utilización de tecnologías, incluidas las tecnologías autóctonas y tradicionales (artículo 18).

- El objetivo del Protocolo de Nagoya es la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, contribuyendo así a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes (artículo 1). El Protocolo se aplica también a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos y a los beneficios que se deriven de la utilización de dichos conocimientos (artículo 3).
- La Convención de la UNESCO para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003, en la que se indica que “todavía no se dispone de un instrumento multilateral de carácter vinculante destinado a salvaguardar el patrimonio cultural inmaterial”, fue concluida con objeto de “salvaguardar el patrimonio cultural inmaterial”, que se define como “los usos, [...] conocimientos y técnicas[...] que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural.” Por “salvaguardia” se entienden “las medidas encaminadas a garantizar la viabilidad del patrimonio cultural inmaterial, comprendidas la identificación, documentación, investigación, preservación, protección, valorización, transmisión – básicamente a través de la enseñanza formal y no formal – y revitalización de este patrimonio en sus distintos aspectos”. La definición del patrimonio cultural inmaterial comprende “los conocimientos, las técnicas materiales, las competencias, las prácticas y las representaciones desarrolladas y perpetuadas por las comunidades en la interacción con su entorno natural [...] [e]ste ámbito se extiende a numerosas áreas, tales como la sabiduría ecológica tradicional, los conocimientos indígenas, la etnobiología, la etnobotánica, la etnozooología, los sistemas de curación tradicionales y su farmacopea [...]”.<sup>14</sup> Entre los ejemplos citados figuran la cosmovisión andina de los kallawayas de Bolivia, que engloba una farmacopea y un sistema de medicina tradicional.
- También en el ámbito de los instrumentos de política cultural, la Convención de la UNESCO sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de 2005 define la protección como la “adopción de medidas encaminadas a la preservación, salvaguardia y enriquecimiento de la diversidad de las expresiones culturales”. Ésta ilustra la relación entre la difusión de los conocimientos tradicionales y la protección de las expresiones culturales tradicionales en el sentido de que reconoce “que la diversidad de expresiones culturales, comprendidas las expresiones culturales tradicionales, es un factor importante que permite a los pueblos y las personas expresar y compartir con otros sus ideas y valores.”

14. En el presente análisis de carencias, en el que se reconoce el rango y la importancia de esos instrumentos internacionales vigentes y la envergadura de sus objetivos en lo tocante a la conservación y salvaguardia, no se pretende evaluar las posibles deficiencias de dichos instrumentos, administrados en virtud de mandatos distintos, sino que más bien, como se ha indicado antes, abordar específicamente el aspecto de la protección jurídica que se suele tener en cuenta más a menudo en el marco de la formulación de políticas y la legislación en materia de PI.

---

<sup>14</sup> <https://ich.unesco.org/es/conocimientos-relacionados-con-la-naturaleza-00056>

15. En los comentarios sobre el primer proyecto de análisis de carencias se destacó que el enfoque adoptado en el análisis no debía prejuzgar la posibilidad de proteger los conocimientos tradicionales en virtud de un sistema de PI, señalando que existen diversas opiniones y preocupaciones respecto del concepto de protección que corresponde en cada caso. Por consiguiente, el análisis de carencias tiene un carácter descriptivo: la determinación de la existencia de una carencia en la “protección” en ese sentido específico de la PI no implica necesariamente que esa carencia pueda o deba subsanarse. Tampoco se pretende dar a entender que las “carencias” en el sentido técnico deban subsanarse con carácter prioritario respecto de otras carencias (entre ellas, las que afectan a otras formas de protección ajenas a la esfera de la legislación y las políticas de PI). Por ello, en la sección IV se intenta determinar las carencias mediante una observación fáctica, y en la sección V se exponen las consideraciones que pueden ser de utilidad para los Estados miembros que decidan determinar por separado si cabe o no paliar las carencias identificadas y, en su caso, cómo hacerlo.

*ii) Relación con el análisis de carencias en el ámbito de las ECT*

16. En aras de la claridad del presente análisis de carencias y siguiendo el método de trabajo que suele adoptar el Comité, se ha establecido una distinción entre los CC.TT. y las expresiones culturales tradicionales (ECT). Algunas formas de protección de las ECT también repercutirán indirectamente en la protección de los CC.TT.: por ejemplo, en el caso de la protección de grabaciones de canciones y narrativas tradicionales que se utilizan para mantener y transmitir los CC.TT. en una comunidad, o las artesanías que incorporan métodos o conocimientos técnicos basados en conocimientos tradicionales característicos. La cosmovisión andina de los kallawayas, mencionada antes, es un sistema que integra conocimientos médicos y que también se expresa en los motivos decorativos de los tejidos confeccionados por las mujeres kallawayas. Evidentemente, ambos aspectos de las culturas tradicionales y los sistemas de conocimientos tradicionales requieren atención: la sustancia o contenido de los conocimientos especializados que poseen esas comunidades y las formas de expresión que emplean en relación con ellos. Las modalidades de protección de las formas de expresión de las culturas y el patrimonio cultural tradicionales se tratan adecuadamente en el proyecto actualizado de análisis de carencias en relación con las ECT (WIPO/GRTKF/IC/37/7), y solo se mencionan brevemente en el presente análisis de carencias sobre los CC.TT., aunque se reconoce la complementariedad de esas dos facetas de la protección.

*iii) Diversidad de características de los conocimientos tradicionales*

17. Se han formulado los supuestos siguientes respecto de las características generales de los conocimientos tradicionales, a saber:<sup>15</sup>

- Los conocimientos tradicionales pueden englobar elementos específicos de conocimiento, como las innovaciones realizadas por un miembro de una comunidad tradicional, o incluir un acervo general de conocimientos sistemáticos. No se parte de ningún supuesto respecto de si los “conocimientos tradicionales” deben limitarse a elementos específicos de conocimiento o a un sistema de conocimientos.
- No se parte de ningún supuesto respecto de si determinados conocimientos tradicionales son necesariamente patentables o no; los elementos de los conocimientos tradicionales bien pueden ser patentables o no patentables. El simple hecho de que una innovación se haya producido en un contexto tradicional no es en sí un impedimento para que pueda patentarse (siempre y cuando la patente se otorgue al verdadero inventor, al innovador o innovadores tradicionales o a sus

---

<sup>15</sup> Véase también WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9, Lista y breve descripción técnica de las diversas formas que pueden presentar los conocimientos tradicionales, disponible en:  
[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/es/wipo\\_grtkf\\_ic\\_17/wipo\\_grtkf\\_ic\\_17\\_inf\\_9.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/es/wipo_grtkf_ic_17/wipo_grtkf_ic_17_inf_9.pdf)

verdaderos derechohabientes). Es decir, el mero hecho de que determinados conocimientos sean “tradicionales” no los excluye de la patentabilidad. Ahora bien, podría haber incertidumbre jurídica respecto de cómo habrán de aplicarse los criterios de novedad, actividad inventiva y utilidad a la reivindicación de invenciones que constituyen CC.TT. como tales, que se derivan de conocimientos tradicionales o que se crean en un sistema de conocimientos tradicionales. Asimismo, puede haber incertidumbre en cuanto a cómo se determina cuál es el solicitante correcto, por ejemplo, cuando el conocimiento tradicional patentable se desarrolla dentro de una comunidad tradicional u otro tipo de colectivo.

- Los conocimientos tradicionales no se consideran divulgados públicamente o no; se pueden dar las ambas situaciones. Puede existir también incertidumbre jurídica respecto de si los conocimientos tradicionales divulgados en el seno de una comunidad local o indígena pueden considerarse “no divulgados” o no pertenecientes al dominio público.
- Los CC.TT. pueden ser objeto de diversas formas de titularidad, custodia, derechos e intereses equitativos. Esos intereses pueden conferirse a un miembro de una comunidad, a una comunidad colectivamente (ya esté reconocida jurídicamente como tal o no) o a un Estado (ya sea por derecho propio o en fideicomiso de personas o comunidades). Existen determinados aspectos de los CC.TT. que pueden adscribirse a una persona determinada dentro de una comunidad, incluso cuando el acervo general de CC.TT. lo ostenta y mantiene la comunidad como tal. Algunos CC.TT. también pueden formar parte del patrimonio común de la humanidad y no ser patrimonio exclusivo de una comunidad o Estado en particular.
- Los *conocimientos indígenas* se consideran un conjunto de conocimientos más preciso que los CC.TT., que elaboran, mantienen y difunden los pueblos indígenas reconocidos como tales. Los CC.TT. pueden pertenecer a otras comunidades locales y culturales que no están reconocidas como tales. Convendría que, en el marco del análisis de carencias, se abordaran las posibles diferencias de trato entre los conocimientos indígenas y el concepto más amplio de conocimientos tradicionales, teniendo en cuenta, por ejemplo, que los derechos de los pueblos indígenas relativos a los conocimientos tradicionales se han definido en una declaración internacional (que se examinan más adelante).

*iv) Naturaleza de las “carencias” que deben identificarse*

18. Es probable que los puntos de vista en cuanto a lo que es una verdadera “carencia” en el ámbito de la protección sean muy diversos, debido en parte a que el término “protección” puede tener connotaciones muy generales o aplicaciones jurídicas muy precisas. En el presente análisis de carencias se analizan estas diferentes perspectivas y se examina una amplia gama de posibilidades para determinar lo que es una “carencia”; estos diferentes supuestos se exponen en la parte IV. En la parte IV c) del análisis, se enumeran las posibles carencias con ejemplos, aunque cabe señalar que lo que a juicio de algunos usuarios del análisis de carencias será una “carencia” significativa no lo será o no será del todo significativa en opinión de otros usuarios. Por lo tanto, el objeto del presente análisis de carencias es destacar las posibles “carencias” con el fin de estimular el debate político y no emitir un dictamen definitivo acerca de cuestiones que son aún objeto de debate.

19. En particular, una carencia respecto de la protección jurídica podría percibirse como una situación positiva y no como una deficiencia que haya que subsanar: un dominio público sólido se construye en general sobre la base de determinadas “carencias” en la protección jurídica o puede estructurarse en torno a ellas.

20. A nivel más general, una “carencia” es la falta de un mecanismo jurídico que permita proteger los conocimientos como tales. Los mecanismos jurídicos existentes se refieren a determinados aspectos o formas de los conocimientos, y solo de forma limitada, como en el caso de la información no divulgada, que tiene que reunir determinadas condiciones para poder ser protegida como secreto comercial o como información confidencial, y aun cuando se la protege, la protección es limitada, ya que, por ejemplo, no se hace extensiva a los terceros que obtienen los conocimientos de forma independiente. Por consiguiente, la determinación de una “carencia” de la protección puede contribuir a delimitar con más claridad el alcance de la materia que se ha de proteger y a definir cuáles son los actos de terceros que están prohibidas en el marco de la protección, de tal forma que estos sepan lo que no pueden hacer.

#### Carencias en el marco del enfoque estratificado del ámbito de la protección

21. En su 27ª sesión, el CIG presentó, como tema de debate, un enfoque estratificado del ámbito de la protección según el cual los poseedores de derechos podrían hacer valer distintos tipos o niveles de derechos o de medidas en función de la naturaleza y las características de la materia protegida, el grado de control que poseyeran los beneficiarios y el grado de difusión de la misma. En el enfoque estratificado se propone una protección diferenciada conforme a distintos tipos de CC.TT. dentro de un espectro que oscilaría entre unos CC.TT. disponibles al público en general y unos CC.TT. secretos o desconocidos fuera de la comunidad y cuyo control está en manos de los beneficiarios. Este enfoque apunta a que los derechos patrimoniales exclusivos podrían ser apropiados para algunas formas de CC.TT. (por ejemplo, las CC.TT. secretos y sagrados), mientras que un modelo basado en derechos morales podría adecuarse, por ejemplo, a los CC.TT. que ya estén a disposición del público o hayan sido divulgadas pero que de todas formas puedan ser atribuidas a determinados pueblos indígenas o comunidades locales.

22. Conviene señalar que, en el contexto de un enfoque estratificado del ámbito de la protección, es probable que las carencias que se detecten a nivel internacional sean distintas en función de la estratificación que se establezca, teniendo en cuenta elementos como la naturaleza y las características de los CC.TT., el grado de control que posean los beneficiarios y el grado de difusión de los mismos.<sup>16</sup>

### III. OBLIGACIONES, DISPOSICIONES Y POSIBILIDADES QUE YA EXISTEN EN MATERIA DE PROTECCIÓN

23. La presente sección trata de las “obligaciones, disposiciones y posibilidades que ya existen a nivel internacional en relación con la protección”. En el análisis se examinan, con detenimiento, las formas de protección disponibles en virtud de los principales instrumentos internacionales en el ámbito general de la protección de la propiedad intelectual, y con menos detalle los instrumentos internacionales existentes en otros ámbitos del Derecho internacional público que hacen referencia directa a los conocimientos tradicionales y su protección. Por razones de brevedad y claridad, no se analizan o examinan directamente los instrumentos jurídicos concretos (éstos se han examinado exhaustivamente en la documentación previa del Comité). Se hace referencia asimismo a diversos instrumentos jurídicos internacionales y acontecimientos recientes, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Declaración de Interlaken sobre los Recursos Zoogenéticos y el Protocolo de Nagoya. Estos instrumentos se citan únicamente para ilustrar las esferas de interés actuales de las políticas en el ámbito internacional. No se pretende analizar esos textos jurídicos ni atribuir carácter normativo a ninguno de ellos.

---

<sup>16</sup> Véanse las notas de información preparadas para la ICG 31 y la ICG 32 por el Sr. Ian Goss, Presidente del CIG.

a) Protección en virtud de los instrumentos internacionales vigentes en el ámbito de la propiedad intelectual

*Observaciones generales*

24. Por lo que se refiere a la aplicabilidad general del sistema convencional de la PI a la materia abarcada por los CC.TT., cualquier enfoque general de la protección de la PI de esa materia que englobe su dimensión internacional conlleva el examen de los instrumentos y mecanismos jurídicos necesarios a nivel nacional, de la manera en que deben funcionar y la contribución que puede aportar la dimensión internacional a nivel jurídico y operativo a la protección que se brinde a nivel nacional, teniendo en cuenta que los sistemas de derechos de PI no son suficientes para abarcar la dimensión holística y singular de la materia abarcada por los CC.TT. En diversas medidas y en el Derecho convencional de PI se han reconocido elementos de ese derecho consuetudinario dentro de un marco de protección más amplio. Es preciso también abordar los aspectos económicos del desarrollo y garantizar la participación efectiva de los titulares de los CC.TT., conforme al principio del consentimiento fundamentado previo. Ahora bien, se ha utilizado con éxito el Derecho de PI vigente (es decir, la legislación sobre patentes, marcas, indicaciones geográficas, diseños industriales y secretos comerciales) para ofrecer protección frente a algunos tipos de utilización y apropiación indebidas de los CC.TT.<sup>17</sup>

*i) Protección positiva de los conocimientos tradicionales mediante patentes*

Instrumentos internacionales a los que se hace referencia: Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC), Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT).

25. A pesar de la importante flexibilidad y las diferencias en su interpretación y aplicación a nivel nacional, las normas del Derecho internacional de patentes permiten en general hacer extensiva la protección mediante patente a innovaciones concretas desarrolladas en un contexto tradicional, siempre y cuando las invenciones en el ámbito de los conocimientos tradicionales sean:

- novedosas o nuevas;
- resultado de la actividad inventiva o no evidentes;
- útiles o susceptibles de aplicación industrial;
- y que en general se ajusten a la definición de “invención”.

26. Ninguno de estos criterios se define formalmente como jurídicamente vinculante en los instrumentos internacionales. Por consiguiente, su aplicación a los conocimientos tradicionales dependerá de la flexibilidad prevista en la legislación nacional.

27. Existe flexibilidad en relación con la definición de “invención” frente a la noción de descubrimiento, que puede resultar pertinente, por ejemplo, para los conocimientos

<sup>17</sup> Véase: OMPI (2017) Proteja y promueva su cultura: Guía práctica sobre la propiedad intelectual para los pueblos indígenas y las comunidades locales, disponible en: [http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo\\_pub\\_1048.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_1048.pdf): Véase también WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9, Lista y breve descripción técnica de las diversas formas que pueden presentar los conocimientos tradicionales, disponible en: [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/es/wipo\\_grtkf\\_ic\\_17/wipo\\_grtkf\\_ic\\_17\\_inf\\_9.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/es/wipo_grtkf_ic_17/wipo_grtkf_ic_17_inf_9.pdf).

tradicionales que se consideran descubrimientos de principios de la naturaleza, más que invenciones como tales.

28. Existe flexibilidad respecto de si los conocimientos tradicionales deben considerarse materia intrínsecamente patentable en el caso de que los conocimientos tradicionales constituyan:

- una invención cuya explotación comercial deba impedirse necesariamente para proteger el *orden público* o la moralidad, en particular para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre que esa exclusión no se establezca simplemente porque la explotación de la invención esté prohibida por la legislación; o
- un método de diagnóstico, terapéutico y quirúrgico para el tratamiento de personas o animales;
- una planta o animal que no sean microorganismos, y procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, distintos de los procedimientos no biológicos o microbiológicos.

29. También existe flexibilidad con respecto a la forma en que se interpretan los criterios convencionales de patentabilidad en lo tocante a los conocimientos tradicionales – en particular, la novedad (si las tradiciones orales transmitidas de forma relativamente privada dentro de una comunidad indígena o local se consideran estado de la técnica divulgado aplicable a la determinación de la novedad patentable) y el carácter no evidente (por ejemplo, si un especialista de un sistema de conocimientos tradicionales podría considerarse una persona experta en la materia con capacidad para evaluar si el conocimiento es evidente o no).

30. Por otra parte, el hecho de que un especialista en conocimientos tradicionales haya desarrollado una innovación considerada patentable no implica evidentemente que ese especialista desee necesariamente patentarla, o que disponga de los recursos necesarios para seguir el procedimiento de patentamiento; dicho de otro modo, el hecho de ser patentable no significa en principio que un conocimiento tradicional esté *patentado* de hecho. El hecho de no hacer uso del sistema de patentes en la práctica o de decidir no utilizarlo debido a que la forma de protección no se ajusta a las necesidades de los titulares de los CC.TT. también podrían considerarse una carencia, incluso en los casos en que algunos elementos de los conocimientos tradicionales sean técnicamente patentables. Ahora bien, al realizar un análisis de carencias, puede ser necesario distinguir entre una carencia formal en el alcance jurídico de la protección que en principio podría ofrecerse y una carencia práctica, es decir el hecho de no haber obtenido protección para determinados elementos de los CC.TT., en otros términos, en qué medida los CC.TT. que *pueden* ser protegidos lo son *de hecho* en la práctica. Dado que este último tipo de análisis de carencias requiere importantes trabajos de campo empíricos, no se aborda en el presente documento. No obstante, el Comité ha realizado extensos estudios a ese respecto.<sup>18 19</sup>

ii) *Protección preventiva de los conocimientos tradicionales en el sistema de patentes*

<sup>18</sup> Véanse por ejemplo, los documentos WIPO/GRTKF/IC/5/7 y WIPO/GRTKF/IC/5/8, así como los estudios y cuestionarios en que se basan.

<sup>19</sup> La publicación de la OMPI: Proteja y promueva su cultura: Guía práctica sobre la propiedad intelectual para los pueblos indígenas y las comunidades locales, cita dos ejemplos de patentes otorgadas a pueblos indígenas y comunidades locales por innovaciones desarrolladas gracias a los CC.TT. Los CC.TT. como tales no fueron patentados, pero las inventivas innovaciones desarrolladas gracias a los CC.TT. sí lo fueron.

Instrumentos internacionales a los que se hace referencia: PCT, Clasificación Internacional de Patentes.

31. La protección preventiva atañe a las medidas destinadas a prevenir o reparar la concesión ilegítima de patentes sobre elementos de los CC.TT. En el sistema de patentes, la protección de los CC.TT. se ha planteado muy a menudo desde una perspectiva preventiva, más que con objeto de obtener realmente una patente sobre CC.TT. Las obligaciones, disposiciones y posibilidades que ya existen a nivel internacional tienen una pertinencia directa para la protección preventiva. Entre éstas figuran las medidas preventivas jurídicas y prácticas existentes en el Derecho convencional de patentes, así como las propuestas destinadas a revisar las normas del Derecho internacional de patentes con vistas a crear medidas específicas de divulgación relativas a los CC.TT. (conjuntamente con los recursos genéticos).

32. La protección preventiva de los CC.TT. en el contexto de las normas vigentes del Derecho internacional de patentes comprende las medidas siguientes:

- El derecho del inventor de ser mencionado como tal en la patente, tal como establece el Convenio de París.
- La ampliación de la documentación mínima del PCT de tal forma que incluya publicaciones sobre CC.TT. Esto permitirá asegurar que importantes cantidades de conocimientos tradicionales ya publicados se tengan en cuenta de forma sistemática en las primeras fases del ciclo de vida de muchas patentes, y se incluyan en los informes internacionales de búsqueda publicados, incluso antes de que una solicitud de patente pase a la fase nacional.
- La revisión de la Clasificación Internacional de Patentes en 2006 con el fin de ampliar su alcance y abarcar un tipo concreto de material relacionado con los conocimientos tradicionales, a saber, las "preparaciones medicinales de constitución indeterminada que contienen sustancias procedentes de algas, líquenes, hongos o plantas o sus derivados, p. ej. medicinas tradicionales basadas en plantas" (A61K 36/00). Esta revisión reconoce la importancia intelectual y tecnológica de los sistemas de conocimientos tradicionales. Aumenta la probabilidad de que se encuentren los documentos pertinentes relacionados con conocimientos tradicionales durante el proceso de búsqueda de patentes, lo que aumentará la base práctica de la protección preventiva de los conocimientos tradicionales.

33. El Comité ha elaborado las siguientes normas y directrices que no figuran formalmente en las actuales normas internacionales en materia de patentes, pero que son de importancia para la protección preventiva:

- La adopción por parte del Comité de normas para la catalogación de los conocimientos tradicionales y de normas en las que se reconozca la necesidad de registrar y respetar las condiciones de acceso y uso de los conocimientos tradicionales catalogados.<sup>20</sup>
- La elaboración en el Comité de directrices para el examen de patentes relacionadas con los CC.TT., cuya aplicación aumentaría considerablemente la probabilidad de evitar que se concedan patentes ilegítimas de CC.TT.

34. Otra medida que se recoge en algunas leyes nacionales, aunque no en las normas internacionales, consiste en exigir al solicitante de patente que divulgue la información que sea pertinente a efectos de patentabilidad de la invención, incluida su fuente.

<sup>20</sup> Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/4/14, disponible en:  
[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo\\_grtkf\\_ic\\_4/wipo\\_grtkf\\_ic\\_4\\_14.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_4/wipo_grtkf_ic_4_14.pdf)



35. Existen otras iniciativas cuya finalidad es garantizar, en el marco de los procedimientos de búsqueda y examen de patentes, el pleno acceso a los CC.TT. existentes, con el fin de ofrecer una base más amplia para evaluar la patentabilidad, asegurando que ese acceso no dé lugar a una divulgación o difusión no autorizada de los CC.TT. que sea contraria a los deseos de los que los comunicaron originalmente.

*iii) Requisitos de divulgación específicos para los conocimientos tradicionales*

36. Para reforzar la protección preventiva de los CC.TT., en el sentido de evitar que se patenten invenciones en las que se utilicen CC.TT. que no satisfagan el requisito de novedad o para las que no se haya obtenido el consentimiento fundamentado previo ni se haya previsto una participación equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los CC.TT., varios países han adoptado medidas en su legislación nacional que exigen formas de divulgación específicas para los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos o biológicos utilizados en la invención reivindicada.<sup>21</sup> Se han presentado diversas propuestas en la OMC y la OMPI para reforzar las normas internacionales en materia de patentes mediante la incorporación de esos requisitos de divulgación. Esas propuestas representan formas importantes de protección preventiva de los CC.TT. y por tanto resultan pertinentes para el presente análisis. Por el momento, ninguna de ellas ha sido adoptada internacionalmente en forma de ley vinculante.<sup>22</sup> No obstante, las Directrices de Bonn, que no son vinculantes pero pueden considerarse “disposiciones” o “posibilidades” en el contexto del mandato del presente análisis, alientan a las Partes Contratantes en el CDB a examinar:

- medidas para fomentar la divulgación del país de origen de los recursos genéticos y del origen de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas y locales en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual.

37. Se han examinado en cierto detalle distintas “disposiciones” o “posibilidades” en dos estudios elaborados por la OMPI a invitación del CDB.<sup>23</sup>

38. Se ha indicado asimismo que, al definir esa medida, las Directrices de Bonn la sitúan en el marco de una serie de otras medidas jurídicas, administrativas o de política relativas a los usuarios de recursos genéticos, en particular de mecanismos para proporcionar información a usuarios potenciales sobre sus obligaciones en relación con el acceso a los recursos genéticos; medidas destinadas a evitar la utilización de recursos genéticos obtenidos sin el consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporciona dichos recursos; cooperación entre las Partes Contratantes para tratar las supuestas infracciones de acuerdos de acceso y participación en los beneficios; sistemas de certificación voluntaria para instituciones que cumplen las reglas sobre acceso y la participación en los beneficios; y medidas para disuadir las prácticas comerciales injustas.<sup>24</sup> Aunque en general estas directrices no guardan una relación directa con las normas y la práctica en materia de propiedad intelectual, las prácticas de comercio desleal tienden a desaparecer con la aplicación de las disposiciones legislativas en materia de competencia desleal (que se examinan por separado en el presente análisis de carencias).

39. Se han manifestado opiniones muy divergentes, en particular en comentarios sobre un proyecto anterior del presente análisis de carencias, acerca de la necesidad y utilidad de

<sup>21</sup> Véase la publicación de la OMPI: “Cuestiones clave sobre la divulgación de recursos genéticos y conocimientos tradicionales en las solicitudes de patente”, de 2017, disponible en: [http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\\_pub\\_1047.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_1047.pdf).

<sup>22</sup> El Protocolo de Nagoya no hace ninguna referencia a los requisitos de divulgación.

<sup>23</sup> Esos estudios están disponibles en: [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/es/wo\\_ga\\_32/wo\\_ga\\_32\\_8.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/es/wo_ga_32/wo_ga_32_8.pdf) y en inglés en: [http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/786/wipo\\_pub\\_786.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/786/wipo_pub_786.pdf)

<sup>24</sup> Directrices de Bonn, 16.d)

establecer requisitos de divulgación específicos para los CC.TT., y sobre si el hecho de citar ese tipo de disposición constituye en sí un juicio acerca de su valor. Aunque no se pretende evaluar esos requisitos desde una perspectiva normativa en el presente análisis de carencias, en los párrafos subsiguientes sí se define el objetivo y se determina que la ausencia objetiva y fáctica de una norma internacional constituye una “carencia” en sentido formal, ya que es una forma de protección que ha sido introducida en algunos países y que no se recoge en ninguna norma internacional.

iv) *CC.TT. no divulgados*

|  |
|--|
| Instrumentos internacionales a los que se hace referencia: Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (Convenio de París), Acuerdo sobre los ADPIC. |
|--|

40. Cuando no hayan sido objeto de divulgación pública, los conocimientos tradicionales pueden estar protegidos por las normas internacionales vigentes que rigen la protección de la información no divulgada o de la información confidencial. Las normas mínimas generales establecidas a nivel internacional en el Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC, prevén que, para gozar de protección, la información debe:

- ser secreta en el sentido de que no sea, considerada globalmente o en la configuración y ensamblaje preciso de sus elementos, de dominio público o fácilmente accesible para personas que forman parte de los círculos en que normalmente se utiliza ese tipo de información;
- tener valor comercial por ser secreta; y
- haber sido objeto de medidas razonables, en función de las circunstancias del caso, adoptadas por la persona que legítimamente controla la información para mantenerla secreta.

41. La protección se extiende a la información que “se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos”, por lo que se entiende “por lo menos las prácticas tales como el incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la instigación a la infracción, e incluye la adquisición de información no divulgada por terceros que supieran, o que no supieran por negligencia grave, que la adquisición implicaba tales prácticas”. Esto puede ser pertinente para una buena parte de los CC.TT. ya que la persona que comercializa los conocimientos tradicionales no es necesariamente la que ha accedido originalmente a la información, sino alguien que representa una cadena de intereses comerciales o industriales.

42. Esta norma internacional se describe como un medio para “garantizar una protección eficaz contra la competencia desleal, de conformidad con lo establecido en el artículo 10*bis* del Convenio de París (1967)”. La duración de la protección es efectivamente ilimitada, siempre que se mantengan las condiciones (por ejemplo, no podría otorgarse la protección después de que el titular de los conocimientos los divulgara públicamente).

43. Esta norma internacional se aplicaría claramente a cantidades considerables de conocimientos tradicionales, pero del mismo modo quedarían claramente sin protección amplios segmentos de conocimientos. Algunas de las consideraciones que podrían plantearse en la aplicación de esta norma son las siguientes:

- ¿Cuándo seguiría considerándose “secreto” un conocimiento tradicional divulgado en el seno de una comunidad tradicional definida?

- ¿Qué función podrían desempeñar las normas y prácticas consuetudinarias de una comunidad a la hora de determinar si se cumplen las condiciones para la protección? (por ejemplo, en el asunto *Foster c. Mountford*,<sup>25</sup> citado con frecuencia en el Comité, el derecho consuetudinario de una comunidad indígena se consideró suficiente para establecer la obligación de confidencialidad)
- ¿Podrían protegerse los CC.TT. con un valor espiritual y cultural para la comunidad, aunque sin valor comercial para ésta, cuando un tercero obtiene beneficios comerciales de ellos? En otras palabras, si una comunidad mantiene secretos los CC.TT. por motivos espirituales y no comerciales y, de hecho, rechaza frontalmente la idea de atribuirles un valor comercial, ¿se seguirían protegiendo esos conocimientos como información no divulgada?

44. Como se trata de una norma mínima, se podrían prever modalidades más amplias de protección en virtud de las legislaciones nacionales, que garanticen, por ejemplo, que los CC.TT. que solamente se hayan difundido dentro de una comunidad concreta se reconozcan como no divulgados y, por tanto, sean susceptibles de protección. Otro factor relevante podría ser el valor espiritual y cultural de los conocimientos (de tal forma que el valor comercial ya no fuera el único criterio necesario para la protección), y podría reconocerse la función del derecho consuetudinario (por ejemplo, a la hora de determinar las “medidas razonables para la protección”).

v) *Competencia desleal*

Instrumentos internacionales a los que se hace referencia: Convenio de París, Acuerdo sobre los ADPIC.

45. El Convenio de París requiere la “protección eficaz contra la competencia desleal” al estipular que “constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial”. Este concepto de competencia desleal se expresa por consiguiente en términos generales, si bien se centra específicamente en lo siguiente:

- cualquier acto capaz de crear una confusión respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;
- las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;
- las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

46. Esta caracterización más precisa de la competencia desleal se aplicaría, por ejemplo, a la comercialización de productos relacionados con los CC.TT. que afirman falsa o engañosamente que se trata de productos genuinos que proceden de una comunidad indígena o local cuando en realidad no lo son, o alegan de forma falsa o engañosa que esa comunidad los aprueba o los autoriza.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Por ejemplo: Necesidades y expectativas de los poseedores de conocimientos tradicionales en materia de propiedad intelectual (Informe de la OMPI sobre las misiones exploratorias) (1998-1999), OMPI, 2001, pág. 75

<sup>26</sup> Véanse los ejemplos en: OMPI (2017) Proteja y promueva su cultura: Guía práctica sobre la propiedad intelectual para los pueblos indígenas y las comunidades locales, página 57.

47. Una lectura posible de estas normas internacionales (que también tienen efecto a través del Acuerdo sobre los ADPIC) es que podrían englobar formas más generales de protección, más allá de los actos concretos de representación confusa, falsa o engañosa citados en particular. Según una observación formulada acerca de esta disposición:

En cada país, lo que se entiende por “competencia” varía en función de su propia utilización de ese término: los países pueden ampliar el concepto de competencia desleal para incluir actos que no tienen un carácter competitivo en sentido estricto [...] Constituirá un acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial. Este criterio no se limita a las prácticas honestas que existen en el país donde se solicita la protección frente a la competencia desleal. Las autoridades judiciales y administrativas del país tendrán por consiguiente que tener también en cuenta las prácticas honestas establecidas en el comercio internacional. Si una autoridad judicial o administrativa del país donde se solicita la protección encuentra que un acto sujeto a reclamación es contrario a las prácticas honestas en materia industrial o comercial, estará obligada a considerar ese acto un acto de competencia desleal y a aplicar las sanciones y recursos previstos en la legislación nacional. Hay gran variedad de actos que pueden corresponder al criterio antes indicado.<sup>27</sup>

48. En consecuencia, esta disposición se puede interpretar en el sentido de que ofrece protección frente a otras formas de uso de los conocimientos tradicionales que se consideren contrarios a las prácticas honestas. Se podría determinar a nivel nacional que los actos de competencia desleal pueden incluir el enriquecimiento indebido derivado del uso de conocimientos tradicionales y la obtención de beneficios comerciales a partir de CC.TT. obtenidos de forma ilícita.

49. En numerosas leyes nacionales sobre competencia desleal se prohíben otros tipos de comportamientos comerciales, además de los actos que se prestan a confusión o las afirmaciones falsas o engañosas. También se abordan las prácticas empresariales desleales como la formación de monopolios y otras formas de utilización de los conocimientos tradicionales que pueden considerarse prácticas de competencia legítima, pero no leal, como la fijación de precios predatorios.

vi) *Signos distintivos*

Instrumentos internacionales a los que se hace referencia: Acuerdo sobre los ADPIC, Arreglo de Madrid y Protocolo, Arreglo de Lisboa relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen, Convenio de París.

50. La protección de los signos distintivos con arreglo a los instrumentos internacionales comprende, entre otras cosas:

- las marcas convencionales (incluidas las marcas de servicios);
- las marcas de certificación y colectivas;
- indicaciones geográficas.

51. Este tipo de protección no permite proteger los conocimientos en cuanto tales. Ahora bien, se puede ofrecer protección indirecta a través de medidas para proteger los signos

<sup>27</sup> G.H.C. Bodenhausen, Guía para la aplicación del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1968), página 144 (omitida la nota a pie de página).

distintivos, los símbolos, los motivos y las indicaciones geográficas, y mediante la certificación de la autenticidad o la aprobación de la comunidad, cuando se aplican a los productos y servicios que se basan en conocimientos tradicionales o los utilizan.

52. Estos signos distintivos también pueden protegerse preventivamente a través de estos mecanismos jurídicos, en particular mediante la oposición o la interposición de recursos jurídicos ante registros que constituyen un uso falso o engañoso de signos, símbolos o palabras relacionados con los CC.TT. o referencias geográficas relacionadas con CC.TT.<sup>28</sup> Las normas internacionales se aplican para el rechazo o la invalidación de las marcas contrarias a la moral o al orden público. En algunos casos, estas prohibiciones se han aplicado para rechazar o revocar marcas que supondrían un agravio espiritual o cultural para las comunidades indígenas (véase el examen de la protección preventiva de las ECT en el sistema de marcas en el proyecto actualizado de análisis de carencias en materia de ECT).<sup>29</sup>

*vii) Legislación sobre diseños industriales*

Instrumentos internacionales a los que se hace referencia: Acuerdo sobre los ADPIC, Convenio de Berna, Arreglo de La Haya relativo al registro internacional de dibujos y modelos industriales, Convenio de París.

53. La protección de los diseños no ampara el contenido de los conocimientos como tales y es más pertinente para la protección de las expresiones culturales tradicionales que para los CC.TT. (véase el proyecto actualizado del análisis complementario de carencias en materia de ECT). No obstante, en cierta medida las normas internacionales relativas a la protección de los diseños pueden ofrecer protección indirecta a algunos CC.TT., como en el caso de los diseños vinculados a un sistema particular de CC.TT., por ejemplo, los métodos para fabricar herramientas, instrumentos musicales o artesanía. Se otorga protección a los diseños que son nuevos u originales, pero es posible que los diseños dictados esencialmente por consideraciones técnicas o funcionales queden excluidos de la protección.

54. En el marco del proyecto de tratado sobre el Derecho de los diseños, algunos Estados miembros han propuesto que sea posible exigir, como parte de la solicitud, que se divulgue el origen o fuente de las ECT, los CC.TT. o los recursos genéticos/biológicos utilizados o incorporados en un diseño industrial.<sup>30</sup>

*viii) Derecho de autor y legislación conexas*

Instrumentos internacionales a los que se hace referencia: Acuerdo sobre los ADPIC, Convenio de Berna, Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT).

<sup>28</sup> Nueva Zelandia y la Comunidad Andina han adoptado disposiciones concretas que prohíben el registro de marcas que incluyen nombres y expresiones de las culturas de los pueblos indígenas, a menos que las solicitudes de marca sean cumplimentadas por los propios pueblos indígenas en cuestión o con su consentimiento. Para mayor información véanse los ejemplos en el documento de la OMPI: Proteja y promueva su cultura: Guía práctica sobre la propiedad intelectual para los pueblos indígenas y las comunidades locales, página 44.

<sup>29</sup> Anexo del documento WIPO/GRTKF/IC/37/7, parte II, "Qué se entiende por "carencias", párrafo 34; parte III, A., "Nombres, palabras y símbolos indígenas y tradicionales", párrafos 58 y 59; parte III, B., "Nombres, palabras y símbolos indígenas y tradicionales" párrafos 71 a 75; y parte IV, D., "Utilización de los signos distintivos y de los principios relativos a la competencia desleal para luchar contra la apropiación indebida de la reputación asociada a las ECT ("estilo)", párrafo 102; y parte III, D., "Nombres, palabras y símbolos indígenas y tradicionales" párrafo 113.

<sup>30</sup> SCT/35/2.

55. La protección del derecho de autor se refiere a la forma de expresión y no aborda el contenido de los conocimientos como tales, por lo que guarda más pertinencia para la protección de las expresiones culturales tradicionales que para los CC.TT. (véase el proyecto actualizado del análisis complementario de carencias en materia de ECT, documento WIPO/GRTKF/IC/37/7). No obstante, las normas internacionales sobre derecho de autor y derechos conexos pueden verse como una forma de proporcionar protección indirecta a los CC.TT. En particular, el derecho de autor puede aplicarse a las descripciones de los CC.TT. que figuren en una base de datos, así como a las compilaciones de CC.TT. que están protegidas como compilaciones en los casos en que “por la selección o disposición de las materias, constituyan creaciones intelectuales”. Sin embargo, este tipo de protección indirecta de los CC.TT. mediante el derecho de autor no se extiende a los contenidos de los CC.TT. como tales; por tanto, los conocimientos técnicos y el contenido sustantivo de los CC.TT. podrían ser extraídos y utilizados por terceros incluso si figuraran en una base de datos protegida por el derecho de autor.

56. En general, cuando los conocimientos tradicionales se comunican a través de las expresiones culturales tradicionales, la protección de las ECT puede considerarse protección indirecta de los CC.TT. (por ejemplo, una grabación fonográfica de una interpretación o ejecución tradicional utilizada para transmitir CC.TT. dentro de una comunidad puede protegerse como una grabación de una ECT; esto permitiría limitar la distribución de la grabación y el acceso a la misma, lo que limitaría indirectamente el acceso a los CC.TT. comunicados a través de la ECT y su difusión); pueden verse los pormenores en el análisis complementario de carencias en materia de ECT.

b) Protección en virtud de otras esferas del Derecho internacional público

57. El presente análisis de carencias se centra en las normas internacionales que atañen específicamente a la legislación sobre propiedad intelectual y su relación con los CC.TT. Sin embargo, existen normas más generales del Derecho internacional público, como las relativas a la protección medioambiental, los recursos fitogenéticos y los derechos de los pueblos indígenas, que podrían considerarse pertinentes para el marco jurídico y normativo internacional general. Estas normas se examinan brevemente a continuación.

Instrumentos internacionales a los que se hace referencia: Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura de la FAO (TIRFAA), Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Directrices de Bonn, Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación (CNUCLD)

*i) Convenio sobre la Diversidad Biológica*

58. Hay un ámbito específico de los CC.TT., a saber, los conocimientos pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, que se rige por el Convenio sobre la Diversidad Biológica, que establece que cada Parte Contratante:

con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y

prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente;

ii) *Protocolo de Nagoya*

59. El artículo 7 del Protocolo de Nagoya estipula que:

“De conformidad con las leyes nacionales, cada Parte adoptará medidas, según proceda, con miras a asegurar que se acceda a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos que están en posesión de comunidades indígenas y locales con el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de dichas comunidades indígenas y locales, y que se hayan establecido condiciones mutuamente acordadas.”

60. También el artículo 5.5 es pertinente en este contexto:

“Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, para asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos se compartan de manera justa y equitativa con las comunidades indígenas y locales poseedoras de dichos conocimientos. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas.”

61. Además, el artículo 16 dispone que:

“1. Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política apropiadas, eficaces y proporcionales, según proceda, para asegurar que se haya accedido a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos utilizados dentro de su jurisdicción de conformidad con el consentimiento fundamentado previo o con la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales y que se hayan establecido condiciones mutuamente acordadas como se especifica en la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios de la otra Parte donde se encuentran dichas comunidades indígenas y locales.

2. Cada Parte adoptará medidas apropiadas, eficaces y proporcionales para abordar situaciones de incumplimiento de las medidas adoptadas de conformidad con el párrafo 1 *supra*.

3. Las Partes, en la medida posible y según proceda, cooperarán en casos de presuntas infracciones de la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios a los que se hace referencia en el párrafo 1 *supra*.”

iii) *TIRFAA*

62. Asimismo, al abordar otro ámbito específico de los CC.TT., a saber, los conocimientos pertinentes para los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, el Tratado Internacional de la FAO sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (TIRFAA) establece que “cada Parte Contratante deberá, según proceda y con sujeción a su legislación nacional, adoptar las medidas pertinentes para proteger y promover los Derechos del agricultor [...], en particular: a) la protección de los conocimientos tradicionales de interés para los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura;[...].”<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Artículo 9 – Derechos del agricultor, TIRFAA.

iv) *Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación*

63. La Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación (CNULD) prevé que las Partes protegerán, promoverán y utilizarán en particular las tecnologías, los conocimientos, la experiencia y las prácticas tradicionales y locales pertinentes y que, con ese fin, se comprometerán a “hacer inventarios de dichas tecnologías, conocimientos, experiencia y prácticas y de sus posibles aplicaciones con la participación de las poblaciones locales, así como difundir información sobre el particular en cooperación, cuando sea oportuno, con organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales competentes;” (artículo 18.2.a)). Asimismo prevé que las actividades regionales podrán incluir “la elaboración de inventarios de tecnologías, conocimientos, experiencia y prácticas, así como de tecnologías y experiencia tradicionales y locales, y el fomento de su divulgación y utilización” (Anexo II, artículo 6.b)).

c) Otros textos internacionales

|   |
|---|
| Instrumentos internacionales a los que se hace referencia: Directrices de Bonn del CDB, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Declaración de Interlaken sobre los Recursos Zoogenéticos |
|---|

i) *Directrices de Bonn*

64. *Las Directrices de Bonn sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios provenientes de su utilización* – descritas en la Introducción del Secretario Ejecutivo como directrices que “[aunque...] no vinculan jurídicamente, el hecho de que [...] fueran adoptadas unánimemente por alrededor de 180 países les da una autoridad clara e indiscutible” –, prevén un cierto grado de protección de los conocimientos tradicionales al establecer que “[l]os proveedores deberían: [...] [s]uministrar solamente recursos genéticos y/o proporcionar los conocimientos tradicionales, siempre y cuando tengan derecho a hacerlo así” y que “[l]as Partes Contratantes, con usuarios de recursos genéticos bajo su jurisdicción, [...] podrían examinar, entre otras cosas, [...] medidas para promover la revelación [...] del origen de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas y locales en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual”.

65. El objetivo de las Directrices es el de “[c]ontribuir a que las Partes desarrollen mecanismos y regímenes de acceso y participación en los beneficios en los que se reconozcan y protejan los conocimientos” (párrafo 11.j)) y las Directrices instan a la “[c]ooperación entre las Partes Contratantes para tratar las supuestas infracciones de acuerdos de acceso y participación en los beneficios” que puedan ser pertinentes para los CC.TT.

ii) *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*

66. Los conocimientos tradicionales que poseen los pueblos indígenas se abordan como tales en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.<sup>32</sup> Aunque la Declaración puede considerarse una “disposición” o “posibilidad” que se ofrece a nivel internacional, algunos analistas señalan que dicho instrumento no es jurídicamente vinculante, no fue adoptado por consenso y constituye “una fuente que refleja las aspiraciones de los pueblos indígenas”. El artículo 31 de la Declaración establece que:

---

<sup>32</sup> Documento WIPO/GRTKF/IC/12/INF/6 (de 15 de febrero de 2008), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2007.



Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar [...] sus conocimientos tradicionales [...] y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de [...] sus conocimientos tradicionales [...].

67. Asimismo, prevé que “[c]onjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos”.

*iii) Declaración de Interlaken sobre los Recursos Zoogenéticos*

68. En la Declaración de Interlaken sobre los Recursos Zoogenéticos, aprobada por la Conferencia Técnica Internacional sobre los Recursos Zoogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, celebrada el 7 de septiembre de 2007, se “[afirma] que es deseable, cuando proceda, de conformidad con la legislación nacional, respetar, preservar y mantener el conocimiento tradicional relativo a la cría y la producción de animales como contribución a unos medios de vida sostenibles [...]” La Declaración acompaña el Plan de Acción Mundial sobre los Recursos Zoogenéticos, que tiene por finalidad, entre otras cosas, “promover una participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de los recursos zoogenéticos para la alimentación y la agricultura, y reconocer la función del conocimiento tradicional, las innovaciones y las prácticas pertinentes para la conservación de los recursos zoogenéticos y su utilización sostenible y, cuando proceda, instituir políticas y medidas legislativas eficaces.”

#### IV. CARENCIAS EXISTENTES A NIVEL INTERNACIONAL

*Estas carencias se ilustran, en lo posible, con ejemplos concretos;*

69. Al examinar la protección de los conocimientos tradicionales a nivel internacional, se observan posibles “carencias” a dos niveles, a saber:

- carencias en los *objetivos* de la protección formulados a nivel internacional;
- carencias en los *mecanismos jurídicos* internacionales que se han establecidos para cumplir dichos objetivos.

70. No obstante, conviene ante todo proceder al examen del alcance del concepto de “conocimiento tradicional”, que es el objeto del análisis de carencias. Dicho examen se expone a continuación.

*a) Carencias observadas en la definición o determinación de los conocimientos tradicionales que deben protegerse*

71. Entre los supuestos de trabajo en los que se basa el presente análisis de carencias, que se fundamentan a su vez en el extenso examen realizado por el Comité acerca de estas cuestiones, figuran las distinciones siguientes:

*i) La distinción entre:*

- Los “conocimientos tradicionales”, en tanto que definición general de la materia objeto de estudio, a saber, el patrimonio intelectual y cultural inmaterial, las prácticas y los sistemas de conocimiento de las comunidades tradicionales, en particular de las

comunidades indígenas y locales (conocimientos tradicionales en un sentido amplio o general), y

- Los “conocimientos tradicionales”, como materia sujeta a determinados derechos y prerrogativas, enfocada más precisamente en el contenido y la sustancia de los conocimientos como tales (CC.TT. en sentido particular o estricto), y que no ha de confundirse, por ejemplo, con las expresiones culturales tradicionales (ECT) o las expresiones del folclore.

ii) *La distinción entre:*

- lo que puede caracterizarse en general como conocimientos tradicionales, y
- los elementos de los conocimientos tradicionales que son o deberían ser objeto de protección jurídica específica.

72. Partiendo de los supuestos de trabajo mencionados, el Comité ha adoptado esas distinciones en sus trabajos. En relación con la primera distinción (véase i) *supra*), la expresión “conocimientos tradicionales” se emplea en sentido estricto para referirse a:

los conocimientos en sí, en particular, conocimientos originados como resultado de una actividad intelectual en un contexto tradicional, comprendiendo conocimientos técnicos, prácticas, aptitudes e innovaciones.<sup>33</sup>

73. Entendidos así, los conocimientos tradicionales tienen un alcance más amplio que las esferas de conocimientos más específicas (como los conocimientos medicinales, los relativos a la biodiversidad, los recursos genéticos o fitogenéticos) que se recogen en otros ámbitos del Derecho internacional público y políticas públicas.

74. En relación con la segunda distinción (véase i) *supra*), el Comité ha examinado en detalle el principio según el cual, para ser *protegidos* mediante mecanismos jurídicos específicos, los conocimientos tradicionales tendrían que:

- i) crearse y preservarse en un contexto tradicional y transmitirse de una generación a otra;
- ii) estar específicamente vinculados a un pueblo o comunidad indígena o tradicional, que los preserva y transmite de una generación a otra; y
- iii) ser parte integrante de la identidad cultural de un pueblo o comunidad indígena o tradicional que es reconocido como su titular porque sobre ellos ejerce su custodia, conservación, titularidad colectiva o responsabilidad cultural. Esta relación podría explicitarse formal o informalmente en las prácticas, protocolos o leyes consuetudinarios o tradicionales.<sup>34</sup>

75. A efectos del presente análisis, esto significaría que, para ser susceptibles de protección, los conocimientos deberían, más allá de su definición general, tener un carácter intergeneracional, mantener un lazo objetivo con la comunidad de origen y un vínculo subjetivo dentro de esa comunidad, de tal modo que formen parte de la propia identidad de ésta.

---

<sup>33</sup> Fuente: Glosario de los términos más importantes.

<sup>34</sup> Nota: el documento WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev. fue elaborado sobre la base del documento de WIPO/GRTKF/IC/8/5 La protección de los conocimientos tradicionales: Objetivos y principios revisados. En vista de que las negociaciones siguen en curso en el CIG, esta referencia no se ha actualizado.

b) Carencias observadas en los objetivos o fundamentos normativos de la protección:

76. Como parte del estudio de los sistemas jurídicos conviene examinar los objetivos o el fundamento de dichos sistemas. Así pues, en el marco del análisis de carencias podría ser necesario examinar los objetivos comunes que podrían establecerse a nivel internacional, pero que aún no se han formulado en un sentido formal. Entre los objetivos de política que no se han establecido o afirmado formalmente a nivel internacional en relación con la propiedad intelectual y los CC.TT. cabe citar:

- el reconocimiento del valor intrínseco de los sistemas de conocimientos tradicionales y su contribución a la conservación del medio ambiente, a la seguridad alimentaria y a la agricultura sostenible, así como al avance de la ciencia y la tecnología;
- el reconocimiento de que los sistemas de conocimientos tradicionales constituyen formas valiosas de innovación;
- la promoción del respeto hacia los sistemas de conocimientos tradicionales y los valores intelectuales y espirituales de los titulares de conocimientos tradicionales;
- el respeto de los derechos de los titulares y custodios de los conocimientos tradicionales;
- la promoción de la conservación y la preservación de los conocimientos tradicionales;
- el fortalecimiento de los sistemas de conocimientos tradicionales, en particular el apoyo al uso, desarrollo, intercambio y transmisión consuetudinarios continuados de los conocimientos tradicionales;
- el apoyo a la innovación permanente dentro de los sistemas de conocimientos tradicionales y el fomento de la innovación derivada de la base de conocimientos tradicionales;
- el apoyo a la preservación y la salvaguardia de los conocimientos tradicionales;
- las medidas para combatir la apropiación indebida y la utilización desleal e injusta de los conocimientos tradicionales, y la promoción de la participación equitativa en los beneficios derivados de los conocimientos tradicionales;
- la garantía de que el acceso y el uso de los conocimientos tradicionales están sujetos al consentimiento fundamentado previo;<sup>35</sup>
- la promoción del desarrollo sostenible de las comunidades y las actividades comerciales legítimas basadas en los sistemas de conocimientos tradicionales;
- las medidas para combatir la concesión o del ejercicio de derechos ilegítimos de propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales.

77. Esos son, en síntesis, los objetivos que se han puesto de relieve en los debates internacionales, en particular en el Comité. No se han adoptado formalmente y es improbable que sean objeto de consenso. No obstante, varios de estos objetivos generales se abordan en cierta medida en instrumentos internacionales vigentes, aunque esos instrumentos sólo abarcan un subconjunto de la totalidad de los conocimientos tradicionales – por ejemplo, el CDB promueve el respeto y la preservación de los conocimientos tradicionales relativos a la

---

<sup>35</sup> O bien el “consentimiento libre, previo e informado”, como se establece en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

conservación y el uso sostenible de la biodiversidad, pero no aborda expresamente otras formas de conocimientos tradicionales como los sistemas de conocimientos médicos codificados. El TIRFAA reconoce “la enorme contribución que han aportado y siguen aportando las comunidades locales e indígenas y los agricultores[...] a la conservación y el desarrollo de los recursos fitogenéticos que constituyen la base de la producción alimentaria y agrícola en el mundo entero”.

78. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que no es jurídicamente vinculante, podría ofrecer orientaciones de política en relación con los objetivos internacionales. La Declaración se refiere específicamente a los derechos de los pueblos indígenas (que se distinguen de otros titulares de conocimientos tradicionales) a “mantener, controlar, proteger y desarrollar [...] sus conocimientos tradicionales” y a “mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual... [de dichos] ... conocimientos tradicionales”, siendo el alcance de los conocimientos tradicionales a los que hace referencia mucho más amplio que en otros instrumentos vigentes.

c) Carencias observadas en los mecanismos jurídicos vigentes

79. La protección de la propiedad intelectual, en su sentido jurídico preciso, consiste en definir el derecho del titular a oponerse a la utilización del material protegido por parte de terceros, o al menos a obtener un beneficio equitativo de su uso, así como el derecho a oponerse a la falta de reconocimiento o a la distorsión (pérdida de la integridad). En otras palabras, la protección consiste en otorgar al titular de los derechos la autoridad para impedir formas no deseadas de uso o distribución de los conocimientos, o el acceso ilícito a éstos, o bien el derecho a recibir una remuneración equitativa (incluido un régimen de responsabilidad pecuniaria). Por tanto, la protección de la propiedad intelectual se centra en los derechos a oponerse o a impedir formas de utilización de material protegido por parte de terceros.

80. Por consiguiente, las carencias existentes en materia de protección de los conocimientos tradicionales en los mecanismos jurídicos específicos pueden caracterizarse en los siguientes términos:

- i) la materia no está prevista en la legislación vigente sobre propiedad intelectual;
- ii) los titulares no son reconocidos como tales y los demás beneficiarios están excluidos de los beneficios de la protección;
- iii) no es posible impedir determinadas modalidades de utilización y otras acciones;
- iv) inexistencia del derecho a obtener una remuneración u otros beneficios.

81. Con todo, para analizar esas posibles carencias es preciso examinar detenidamente las posibilidades que ofrece la legislación vigente en materia de PI de proteger los CC.TT. El Comité ha analizado en detalle esas posibilidades, en particular los estudios exhaustivos realizados por los Estados miembros, y ha estudiado las opciones planteadas en numerosos documentos sustantivos (que se enumeran en el documento WIPO/GRTKF/IC/13/5(a)). Esas opciones, que no se reproducen en el presente documento, podrían ser pertinentes para el presente análisis de carencias, por ejemplo:

- las opciones de política y los mecanismos jurídicos expuestos en los documentos WIPO/GRTKF/IC/7/6 y WIPO/GRTKF/IC/9/INF/5
- los estudios, informes y análisis comparativos de la protección de los CC.TT. a nivel nacional, regional e internacional que figuran en los documentos WIPO/GRTKF/IC/3/7, WIPO/GRTKF/IC/3/8, WIPO/GRTKF/IC/3/9, WIPO/GRTKF/IC/4/7,

WIPO/GRTKF/IC/4/8, WIPO/GRTKF/IC/5/7, WIPO/GRTKF/IC/5/8 y  
WIPO/GRTKF/IC/6/4.

i) *Materia no prevista en la legislación vigente sobre propiedad intelectual*

*Conocimientos tradicionales que no están contemplados en los marcos vigentes de protección de la PI*

82. Introducción: se pueden detectar fácilmente las carencias respecto de los conocimientos tradicionales que están excluidos de las formas convencionales de protección de la PI descritas en el apartado III.a) mencionado antes. En algunos casos, esos conocimientos tradicionales pueden estar protegidos en virtud de las leyes nacionales sobre PI en el marco de las flexibilidades previstas con arreglo al Derecho internacional de PI. No obstante, a título indicativo, los conocimientos tradicionales no protegidos podrían incluir lógicamente los siguientes:

- los conocimientos tradicionales que no se consideran nuevos, por haberse divulgado públicamente de forma oportuna;
- los conocimientos tradicionales que se consideran evidentes, incluidos los que resultan evidentes para los especialistas o los titulares de los conocimientos tradicionales como personas expertas en la materia en cuestión, frente a otros conocimientos ya disponibles para el público pertinente;
- los conocimientos tradicionales que se han divulgado públicamente o que no cumplen los criterios relativos a la protección de la información confidencial, los secretos comerciales o la información no divulgada.

*Innovaciones colectivas y acumuladas a lo largo de generaciones dentro de una comunidad*

83. Introducción: una característica que define los conocimientos tradicionales a los fines del presente análisis es que se elaboran y evolucionan a lo largo de generaciones dentro de una comunidad. Algunos elementos de los conocimientos tradicionales que son elaborados por individuos dentro de la comunidad pueden tener atribuidos determinados derechos en la comunidad, así como responsabilidades hacia ésta. No obstante, en general, la protección de los conocimientos tradicionales se refiere a la protección de conocimientos acumulados que se poseen a título colectivo, salvo que se consideren información confidencial o no divulgada.

84. Podría considerarse que este tipo de conocimientos están cubiertos en el CDB (CC.TT. relativos a la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad), el Protocolo de Nagoya (CC.TT. asociados con recursos genéticos) y la FAO (CC.TT. relativos a los recursos fitogenéticos), previéndose la obligación de protegerlos, expresada en términos generales. Esas disposiciones no abarcan los CC.TT., en sentido amplio, aunque los definen con respecto a determinados objetivos de política de esos instrumentos.

85. La protección conferida en forma de marcas o indicaciones geográficas podría beneficiar a un grupo de titulares y amparar eficazmente los conocimientos tradicionales transmitidos de una generación a otra, sin que los CC.TT. tuvieran que reunir criterios en relación con la información no divulgada o confidencial. Asimismo, esos mecanismos podrían considerarse aptos para proteger los sistemas de conocimientos y, en el sistema PI actual, existen diversos mecanismos para conservar, promover y proteger los CC.TT., que engloban también muchas formas o expresiones diferentes de esos conocimientos.

86. Carencia: La protección no abarca los conocimientos tradicionales acumulados, de titularidad colectiva y de carácter intergeneracional, a menos que satisfagan los criterios relativos a la información no divulgada o confidencial. Los conocimientos tradicionales no se pueden proteger directamente como objetos de protección por sí mismos, aunque existen algunas formas de protección de la PI que son pertinentes para los CC.TT., como la protección de las indicaciones geográficas y las marcas y signos distintivos que se asocian tradicionalmente con los conocimientos.

87. Carencia: la protección de la propiedad intelectual no abarca los sistemas integrados de conocimientos tradicionales como tales, en el sentido de impedir la apropiación de un sistema específico de conocimientos. La protección de la PI puede hacerse extensiva a determinados elementos aislados de los conocimientos que forman parte de un sistema de CC.TT. y puede proteger reputaciones, signos y marcas distintivas asociados a sistemas de conocimientos, protegiendo también contra referencias engañosas a sistemas de conocimientos, en particular mediante la certificación de la autenticidad.

88. Carencia: la duración de la protección prevista en la mayoría de las modalidades de protección de la PI es relativamente limitada en comparación con el marco temporal intergeneracional en el que se desarrollan los CC.TT., y podría no ser idónea para garantizar la debida conservación de los CC.TT. Así pues, la duración limitada de la protección puede considerarse una carencia.

89. Ejemplo: una comunidad ha desarrollado una serie de aplicaciones útiles de una planta medicinal y ha constituido un acervo de conocimientos sistemáticos sobre cómo debe cultivarse, cosecharse y posteriormente utilizarse la planta (incluida su combinación sinérgica con otros extractos vegetales) para tratar diversas enfermedades. Este sistema de conocimientos está asociado de manera característica a esta comunidad y se mantiene dentro de ésta a través de prácticas consuetudinarias. Las normas internacionales no permiten a esta comunidad impedir que otros tomen y utilicen elementos de estos conocimientos para un uso industrial y comercial sin el correspondiente reconocimiento y sin prever beneficios equitativos a cambio (salvo en el caso de los elementos de dichos conocimientos que estén patentados o que cumplan los criterios relativos a la información no divulgada). Las modalidades de protección existentes, cuando son aplicables, por lo general no se ajustan al marco temporal pertinente para el contexto intergeneracional ni atienden la necesidad de preservar los sistemas de conocimientos tradicionales. Los aspectos relacionados con la utilización por la comunidad de plantas medicinales pueden protegerse a través de instrumentos conexos, como la protección del nombre de la comunidad que se asocia a la planta y sus usos medicinales, o mediante sistemas de certificación de la aprobación o la participación de la comunidad en la comercialización de sus conocimientos.

*ii) Beneficiarios o titulares de derechos no reconocidos*

*Reconocimiento de los derechos, intereses y prerrogativas colectivos en el marco de un sistema de CC.TT.*

90. Introducción: Los mecanismos jurídicos vigentes suelen atribuir los derechos de PI a una persona o pequeño grupo de personas (como un inventor o inventores reconocidos). En cierta medida, en algunas formas de PI se reconoce el derecho de una entidad colectiva a ejercer y beneficiarse de derechos sobre la materia protegida – por ejemplo, las indicaciones geográficas, las marcas colectivas y la protección de información no divulgada, cuando una entidad colectiva, incluida una comunidad indígena o local reconocida jurídicamente, puede ser la titular o la beneficiaria. Sin embargo, en general, no existen sistemas que reconozcan la titularidad y custodia colectiva o comunitaria u otras formas de autoridad o derechos sobre sus conocimientos o sobre elementos particulares de los conocimientos. En esos sistemas se

debería tener en cuenta el hecho, comprobado por experiencia, de que una o más comunidades pueden ser titulares de los CC.TT.

91. Esta carencia se aborda en parte mediante la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que prevé que “los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar [...] sus conocimientos tradicionales[...] [y] derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual ... [sobre dichos] ... conocimientos tradicionales”. Ahora bien, dada la naturaleza no vinculante de ese instrumento internacional, esa afirmación es una declaración general de derechos más bien que un mecanismo jurídico específico que permita subsanar directamente esa carencia en la práctica.

92. Carencia: el reconocimiento de que una comunidad indígena o local como tal puede tener derechos, autoridad, custodia u otras prerrogativas sobre conocimientos que forman parte de un sistema de conocimientos tradicionales que está asociado de forma característica a dicha comunidad.

93. Ejemplo: en el ejemplo anterior, la comunidad en cuestión no tendría actualmente, como comunidad, ningún derecho colectivo a tomar medidas contra las formas de utilización o apropiación indebidas de sus conocimientos.

*iii) Aclaración o confirmación de la aplicación de los actuales principios a los CC.TT.*

*Norma que aplica expresamente los principios relativos a las patentes en el ámbito de los CC.TT.*

94. Introducción: en principio no se puede obtener una patente legítima respecto de conocimientos tradicionales que no sean nuevos o que sean evidentes para un grupo pertinente de personas expertas en la materia en cuestión (que puede incluir a especialistas en conocimientos tradicionales). Por otra parte, tampoco se puede obtener una patente legítima sobre una invención reivindicada cuando el solicitante no es el verdadero inventor o no ha obtenido directamente del verdadero inventor el derecho a presentar la solicitud, por ejemplo, si las reivindicaciones de patente abarcan los conocimientos tradicionales obtenidos de un titular de CC.TT., o si el titular de CC.TT. hizo una contribución inventiva a la invención reivindicada. Además, el verdadero inventor o inventores tienen derecho a ser mencionados como tales en el documento de patente. Estos principios generales se aceptan en la legislación internacional de patentes, aunque nunca se han aplicado explícitamente a los conocimientos tradicionales al nivel de la normalización internacional.

95. Se puede debatir si la falta de un principio expreso constituye o no una “carencia”: cabe preguntarse si aplicar principios generales específicamente a los CC.TT. y hacer explícito lo que está implícito en los principios y el Derecho de patentes permite “subsanar” la “carencia”. Por otra parte, podría ser útil explicar, en el ámbito internacional, el modo en que los principios generales sobre patentes se aplican específicamente a los CC.TT. para evitar la concesión errónea de patentes, como los intentos de reivindicar que los CC.TT. obtenidos a partir de un titular de CC.TT. son una invención de terceras partes. Esta expectativa está implícita en los principios existentes, por lo que surge la duda de si la formulación más explícita de esas expectativas es una verdadera carencia que debe subsanarse.

96. Carencia: no existe una declaración internacional formal que prevea la aplicación directa de las normas y los principios generales sobre patentes en el contexto de los CC.TT.: por ejemplo, que permita rechazar específica y categóricamente solicitudes de patentes en las que se reivindiquen expresamente CC.TT. i) que no son nuevos, porque son notoriamente conocidos o están a disposición del público, ii) que son evidentes para especialistas en esos CC.TT. en tanto que expertos competentes en la materia; o iii) que se han obtenido de un titular

de CC.TT. al que no se reconoce como inventor y no se ha obtenido de este el derecho de propiedad necesario.

97. Ejemplo: una persona que visita una comunidad indígena obtiene conocimientos tradicionales valiosos. Presenta dos solicitudes de patente sobre esos conocimientos tal como los obtuvo y se cita a sí misma como inventor, sin hacer ninguna mejora significativa posterior a esos CC.TT. y sin informar ni mencionar al titular de los CC.TT. de quien los ha obtenido. Una de las solicitudes de patente trata de una invención genuinamente patentable: en este caso, el solicitante no tiene derecho a solicitar la patente, ya que el verdadero inventor es el experto original en los conocimientos tradicionales y el solicitante no ha fundamentado la solicitud en un título de propiedad legal obtenido del verdadero inventor. En la otra solicitud de patente se reivindican CC.TT. que han sido divulgados al público y constituyen un método ya conocido en la comunidad del titular de CC.TT.: en ese caso también la patente sería nula por falta de novedad o de actividad inventiva.

*iv) Modalidades de protección no previstas en las normas internacionales vigentes*

*Requisito de divulgación específico en relación con los CC.TT.*

98. Introducción: varios países han establecido mecanismos específicos para los conocimientos tradicionales (y para los recursos genéticos, que no se tratan en el presente análisis de carencias), que han tomado la forma de requisitos de divulgación adicionales en las legislaciones nacionales sobre patentes. Esos requisitos exigen al solicitante de la patente que divulgue la fuente o el origen de los CC.TT. utilizados en la invención que se reivindica y, en algunos casos también, proporcione pruebas del consentimiento fundamentado previo y la existencia de acuerdos para la participación equitativa en los beneficios. Ese requisito no se ha previsto en las normas del derecho internacional aunque se ha formulado una propuesta,<sup>36</sup> que ha recabado el apoyo de varios países, de revisar el Acuerdo de los ADPIC a fin de introducir dicho requisito; también se han formulado propuestas en ese sentido en la OMPI. Otras partes se han opuesto a dicho requisito, poniendo en duda su utilidad. No se valoran en el presente documento los diferentes puntos de vista, más allá del hecho objetivo de que, desde una perspectiva técnica, se constata una carencia o vacío en las normas internacionales en relación con ese requisito. La necesidad de colmar ese vacío y, en su caso, qué hacer para colmarlo, son obviamente, cuestiones de política que los Estados tendrán que debatir.

99. Carencia: no existe un requisito específico a nivel internacional que obligue a los solicitantes de una patente a divulgar la fuente o el origen de los CC.TT. utilizados en la invención reivindicada, ni a divulgar información sobre el consentimiento fundamentado previo y la participación equitativa en los beneficios.

100. Carencia: no existe un requisito específico a nivel internacional que exija que los solicitantes de una patente divulguen información pertinente para la patentabilidad, como todo lo relativo al estado de la técnica pertinente.

*Protección frente al enriquecimiento injusto o la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales*

101. Introducción: se han realizado diversos estudios sobre el alcance total de la norma internacional vigente en el Convenio de París que exige la eliminación de la competencia desleal. Es posible que el alcance de las actuaciones desleales que esa norma busca eliminar incluya al menos algunas formas de apropiación indebida o uso indebido de los CC.TT., aunque también es probable que no englobe todas esas actuaciones, en particular los usos

---

<sup>36</sup> Véanse las propuestas presentadas ante el Comité de Negociaciones Comerciales de la OMC: documentos TN/C/W/52 de 19 de julio de 2008 y TN/CW/59 de 19 de abril de 2011.



comerciales e industriales de los CC.TT. que se considerarían contrarios a las prácticas comerciales honestas o a la equidad. A nivel internacional hay opiniones muy divergentes en cuanto a qué usos de los CC.TT. podrían considerarse indebidos, enriquecimiento injusto u otros usos ilegítimos, y qué usos de los CC.TT. por personas ajenas a la comunidad original (incluidos los usos comerciales) podrían considerarse justos y legítimos. No todos los usos de los CC.TT. por terceros pueden considerarse enteramente legítimos o ilegítimos, y hay disparidad de opiniones en cuanto a cómo delimitar la frontera entre esos dos usos. Esa divergencia de opiniones pone de manifiesto la existencia de una carencia: la falta de una orientación internacional sobre estas cuestiones.

102. Carencia: no existe un requisito expreso a nivel internacional para eliminar el enriquecimiento injusto derivado de los CC.TT. o la apropiación o utilización indebida de los CC.TT., ni tampoco existen directrices internacionales que permitan determinar qué uso de los CC.TT. puede considerarse legítimo o justo y cómo definir el enriquecimiento injusto o la apropiación indebida.

103. Ejemplo: en el ejemplo anterior, la carencia atañe al derecho a oponerse al uso -o a obtener reparación por ese uso- por parte de un tercero de los CC.TT. pertenecientes a una comunidad, por ejemplo para producir remedios basados en “productos naturales” o medicinas que se obtengan directamente de dichos conocimientos y que utilicen directamente las propiedades conocidas del material biológico empleado de acuerdo con esos conocimientos.

104. Otros ejemplos que cabe mencionar son:

- la creación de un remedio o medicamento directamente a partir de los CC.TT. de una comunidad indígena;
- la creación de un remedio o medicamento a partir de conocimientos notoriamente conocidos;
- la creación de un remedio o medicamento mediante la utilización de conocimientos en complemento de los CC.TT.

105. Es importante asimismo prestar más atención a los casos en que los CC.TT. han contribuido a conformar la materia de un determinado derecho de PI, incluso cuando este último no se ha derivado directamente de los CC.TT. El hecho de no reconocer esta contribución de los CC.TT. a un nuevo producto puede considerarse una carencia respecto de la protección de los CC.TT.

106. En cada caso, para establecer si se trata de una carencia en la protección contra la apropiación indebida o el enriquecimiento injusto será necesario responder las siguientes preguntas:

- ¿en qué casos crearía la utilización de los CC.TT. la obligación de reconocer la fuente, compartir los beneficios con la comunidad, o compensar a la comunidad o de reconocerla, y en qué casos las distintas formas de utilización se considerarían enriquecimiento injusto o un acto de apropiación indebida?
- ¿qué relación debe existir entre la forma de acceso al conocimiento y su subsiguiente utilización?
- a la hora de determinar si en la utilización de los conocimientos ha habido apropiación indebida o enriquecimiento injusto, ¿se tienen en cuenta las circunstancias en que se adquirió originalmente dicho conocimiento de la comunidad, o sólo se tiene en cuenta el modo en que se utilizan tales conocimientos?

- ¿se limita la apropiación indebida a la explotación comercial a gran escala de tales conocimientos, o abarca también los usos no comerciales o los usos a una escala comercial limitada?

107. Se ha manifestado preocupación sobre el hecho de que las normas internacionales no otorgan a las comunidades los medios de impedir que terceros se apoderen o utilicen elementos de sus CC.TT. con fines industriales o comerciales, sin que se reconozca la fuente o se proporcionen los beneficios equitativos correspondientes. Se ha hecho hincapié también en la incidencia que la falta de sanciones adecuadas podría tener en la reparación de los daños causados por los actos de apropiación indebida.

#### *Consentimiento fundamentado previo*

108. Introducción: En el CDB se reconoce el derecho al consentimiento fundamentado previo respecto del uso de recursos genéticos y las Directrices de Bonn sugieren que esto podría aplicarse también a los CC.TT. relacionados con la biodiversidad. El párrafo 7 del artículo 5bis, dispone que, con arreglo a la legislación local, cada Parte tomará las medidas adecuadas para velar por que el acceso a los conocimientos tradicionales relacionados con los recursos genéticos que poseen las comunidades indígenas y locales se conceda con el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de dichas comunidades, y que se hayan fijado condiciones acordadas entre ambas partes. Ahora bien, no existe una norma internacional explícita en la que se reconozca expresamente el derecho al consentimiento fundamentado previo respecto del uso de cualquier tipo de conocimiento tradicional.

109. Carencia: la existencia de un principio expreso sobre el consentimiento fundamentado previo relativo a CC.TT. que pertenezcan a una comunidad indígena o local reconocida.

110. Carencia: Otra carencia que se destaca en los comentarios se refiere a la posibilidad de que las obligaciones relativas al consentimiento fundamentado previo y la legislación sobre la participación en los beneficios vigentes en un país no se apliquen en un tercero, lo que pone de manifiesto las dificultades que puede plantear la aplicación extraterritorial de dicha legislación por los tribunales de terceros países, con independencia de que existan o no normas internacionales para la protección de los CC.TT.

111. Ejemplo: Una investigadora etnobotánica está llevando a cabo un programa de investigación de campo relativo a los conocimientos tradicionales de una comunidad determinada. La investigadora no tiene la obligación de obtener el consentimiento de la comunidad antes de recopilar conocimientos y ella podría luego difundir libremente esos conocimientos a otras personas, que podrían utilizarlos comercial o industrialmente.

112. También podría haber una carencia en términos prácticos: es preciso contar con asistencia práctica para crear un sistema eficaz de certificación y de bases de datos, y también apoyo institucional y un marco legislativo para la certificación del consentimiento fundamentado previo, en especial el consentimiento de las comunidades locales e indígenas. A corto plazo, esa asistencia ayudaría a hacer frente a los problemas que plantean la apropiación y la utilización indebidas.

#### *Derecho al reconocimiento y la integridad*

113. Introducción: Un usuario de conocimientos tradicionales normalmente no tiene la obligación de reconocer la fuente o el origen de los conocimientos. Además, el usuario no tiene obligación de tratar ese conocimiento con respecto, por ejemplo cuando determinados usos resultan ofensivos para la cultura en cuestión, o cuando los conocimientos tradicionales se emplean de tal manera que menoscaban su autenticidad o integridad. En muchos casos, puede

ser difícil o incluso imposible identificar todas las fuentes del conocimiento, y puede ser inapropiado o socialmente contraproducente conceder el derecho a oponerse a determinados usos de los CC.TT. Se ha señalado, no obstante, la importancia de contar con un mecanismo de este tipo, al menos en el caso de CC.TT. que tienen un valor sagrado particular o que están especialmente vinculados con la identidad colectiva de una comunidad. No existe formalmente tal requisito en las normas internacionales, y en ese sentido técnico puede decirse que hay una carencia, lo que no implica que sea necesario subsanarla, ni en qué modo o hasta qué punto sería necesario hacerlo; éstas son complejas cuestiones de política que han de examinarse con detenimiento. Con todo, se puede afirmar que, desde una perspectiva formal, existe una carencia.

114. Carencia: Derecho a oponerse a que se utilicen los conocimientos tradicionales sin el reconocimiento explícito de la comunidad de origen de dichos conocimientos.

115. Carencia: Derecho a oponerse al uso de conocimientos tradicionales cuando su uso suponga un agravio cultural o espiritual o menoscabe de otro modo su integridad.

116. Ejemplo: Un tercero utiliza en un producto comercial CC.TT. que son característicos de una comunidad determinada; no se reconoce a dicha comunidad como fuente, descubridora o custodio tradicional de esos conocimientos. En otro caso, un producto de características similares se presenta y distribuye de manera que menosprecia u ofende a la comunidad original (esto último queda parcialmente amparado por el artículo 10bis del Convenio de París).

v) *Inexistencia del derecho a obtener una remuneración u otros beneficios.*

117. Introducción: Por analogía con el derecho a obtener una remuneración equitativa previsto en algunos sistemas de PI, y de acuerdo con las teorías de la “responsabilidad pecuniaria” y el principio de la participación equitativa en los beneficios, se ha propuesto que los titulares de CC.TT. tengan derecho a recibir una parte equitativa de los beneficios que otras personas obtienen del uso de sus conocimientos, particularmente cuando ese uso conlleva un beneficio financiero o comercial (aunque los beneficios no deben ser necesariamente financieros o monetarios, sobre todo en los casos en que van en contra de los valores o de los deseos expresos de la comunidad interesada). Los titulares de CC.TT. pueden ser muy diferentes: puede tratarse de una persona que tiene derecho a una compensación o a recibir beneficios, o bien de CC.TT. cuyo origen sea tan difuso que solo un fondo nacional, mundial o regional permitiría garantizar una distribución equitativa de los beneficios. Así pues, a la hora de analizar las carencias, además del posible derecho a recibir una remuneración justa, cabría también tener en cuenta la falta de marcos institucionales apropiados para gestionar y distribuir los beneficios, sean estos financieros o de otra índole.

118. Carencia: Derecho colectivo a una remuneración equitativa u otro tipo de participación equitativa en los beneficios derivados del uso comercial de CC.TT. en general, u otras formas de obtener beneficios de los CC.TT., además de los derechos previstos para determinadas formas de conocimientos tradicionales, como los vinculados a la biodiversidad en virtud del CDB.

119. Carencia: Marco institucional apropiado para la obtención y el reparto equitativo de los beneficios (en especial los de carácter financiero).

120. Ejemplo: Los conocimientos médicos tradicionales de una comunidad determinada se emplean para elaborar una línea de productos médicos de consumo de gran aceptación. Al margen de otras consideraciones (como el derecho a ser reconocida), la comunidad puede tener derecho a participar en los beneficios de esta actividad comercial, que podrían no ser estrictamente de carácter financiero (puede ser que la comunidad no acoja con agrado esa monetización de sus conocimientos), sino tomar la forma de ventajas no financieras como la

participación en actividades de investigación, el desarrollo comunitario culturalmente adecuado y la cosecha o recolección sostenible de los materiales empleados.

## V. CONSIDERACIONES PARA DETERMINAR SI ES NECESARIO PALIAR ESAS CARENCIAS

121. Las consideraciones pertinentes para determinar si es necesario paliar las carencias detectadas pueden clasificarse como sigue:

- consideraciones de carácter institucional y orientadas hacia procesos y
- consideraciones de carácter sustantivo.

122. Las consideraciones de carácter institucional o relativas a procesos abarcan cuestiones como la de determinar si ya existe un proceso internacional dirigido a solucionar una determinada carencia y la utilidad que ello podría tener para la labor que se dedique en el futuro a la solución de esa misma carencia. Además de las cuestiones de carácter sustantivo, hay también un debate relativo a los procesos para determinar qué foro o foros podrían ser más idóneos para tratar esa carencia.

123. En cambio, en las consideraciones de carácter sustantivo se examina si existen razones normativas convincentes para subsanar una carencia en particular. Por ejemplo, puede haber en principio un “vacío” legal respecto de la protección de los CC.TT. frente al uso privado no comercial, y esa protección podría no considerarse una prioridad normativa, por lo menos en comparación con la protección frente a los usos comerciales lucrativos de los conocimientos.

124. Otras consideraciones se centran no tanto en determinar si cabe paliar una carencia, sino en la manera de hacerlo; es decir, si mediante una ley internacional vinculante, incitación político o una ley tipo se puede colmar mejor una determinada laguna. Estas consideraciones se examinan en profundidad en la última sección del presente análisis de carencias.

### a) Consideraciones de carácter sustantivo

#### *i) Derecho internacional y políticas internacionales*

125. El nuevo marco normativo y de Derecho internacional que afecta a los CC.TT. podría crear la expectativa de que las normas sobre la protección de la propiedad intelectual podrían adaptarse para corregir las carencias detectadas. En otras palabras, los cambios y resultados obtenidos en el ámbito del Derecho internacional público podrían percibirse como una “consideración” que podría servir para determinar si deben subsanarse las carencias: un logro en materia jurídica o política en un ámbito conexo podría poner de manifiesto una carencia de detalle en el sistema del Derecho de PI. Entre los avances más significativos, tanto en el contexto del Derecho internacional vinculante como en el de los marcos de orientación normativa, como las declaraciones, cabe mencionar:

- La conclusión y entrada en vigor del artículo 8.j) del CDB, en el que se prevé el respeto, la preservación y el mantenimiento de los conocimientos tradicionales relacionados con la biodiversidad.
- La adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que establece una amplia serie de derechos que inciden directamente en los conocimientos tradicionales como tales y en la PI relativa a los CC.TT. (al ser una declaración internacional su objetivo es enmarcar las normas vigentes más que crear obligaciones jurídicas específicas);

- La conclusión y entrada en vigor del Tratado Internacional de la FAO sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (TIRFAA), que exige que los conocimientos tradicionales que atañen a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura sean protegidos.
- El creciente reconocimiento de que los conocimientos tradicionales son una cuestión normativa fundamental en materia de políticas de salud pública (en particular, en el informe de la Comisión de Derechos de Propiedad Intelectual, Innovación y Salud Pública de la Organización Mundial de la Salud y la estrategia mundial sobre salud pública, innovación y propiedad intelectual, adoptada por la Asamblea Mundial de la Salud en mayo de 2008).
- La Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación, que prevé obligaciones dirigidas a proteger, promover y utilizar las tecnologías, los conocimientos, la experiencia y las prácticas tradicionales y locales pertinentes.
- Teniendo en cuenta el vínculo existente entre los CC.TT. y las ECT, la creación de marcos jurídicos y normativos más sólidos en relación con la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial y la promoción de la diversidad cultural podrían incidir en la protección de los CC.TT. (aunque esas esferas son más pertinentes para la protección de las ECT como tales, por lo que convendría referirse al proyecto actualizado del análisis de carencias en materia de ECT al abordar esa esfera de política).
- la adopción de la Declaración de Interlaken sobre Recursos Zoogenéticos, en la que se prevé el respeto, la preservación y el mantenimiento de los CC.TT. relativos a la cría y producción de animales.
- la adopción del Protocolo de Nagoya, que amplía las disposiciones relacionadas con los CC.TT. del CBD.

126. En la OMPI hay dos consideraciones particulares que pueden considerarse pertinentes para paliar algunas de las carencias identificadas en el presente proceso:

- En el contexto del Programa de la OMPI para el Desarrollo, en curso de examen en el Comité sobre Desarrollo y Propiedad Intelectual (véase, por ejemplo, el documento CDIP/1/3), la propuesta 18 pide:

Instar al Comité a agilizar el proceso sobre la protección de recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore, sin perjuicio de ningún posible resultado, como pueda ser la elaboración de un instrumento o instrumentos de dimensión internacional.

- la Asamblea General de la OMPI, en su reunión de octubre de 2017, también decidió, al renovar el mandato del Comité que este “seguirá agilizando su labor con objeto de alcanzar un acuerdo sobre uno o varios instrumentos jurídicos internacionales, sin prejuzgar la naturaleza del resultado o resultados, en relación con la propiedad intelectual, que aseguren la protección eficaz y equilibrada de [...] los conocimientos tradicionales [...]”.

ii) *Consideraciones de carácter social, cultural, político y económico*

127. Entre las consideraciones de carácter social, cultural, político y económico que se consideran pertinentes se cuentan las siguientes:

- El especial hincapié que hacen muchos representantes de comunidades y gobiernos en las quejas sobre injusticias resultantes de la apropiación y uso indebidos de los CC.TT.
- La función de los CC.TT. en el desarrollo sostenible a nivel local.
- Los vínculos que existen entre la protección de los CC.TT. y la preservación de la identidad cultural y social de las comunidades indígenas y locales.
- El creciente interés por los CC.TT. para una gran cantidad de aplicaciones industriales y comerciales.
- El valor y la aplicación práctica de los CC.TT. relativos a la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad biológica para hacer frente a los retos medioambientales y al cambio climático.
- La creciente utilización de los CC.TT. en diversos contextos regulatorios, como en la realización de evaluaciones de impacto medioambiental y evaluaciones de la seguridad y eficacia de los medicamentos.
- Nociones como la responsabilidad social, los valores morales y las obligaciones éticas.

*iii) Importancia de la protección de los CC.TT. en los contextos más generales de la formulación de políticas y la reglamentación*

128. Tal como se ha puesto de manifiesto en la descripción de los marcos jurídicos y normativos en el apartado i), los CC.TT. se mencionan y utilizan activamente en numerosos contextos pertinentes para la formulación de políticas, entre los cuales:

- La protección de la biodiversidad y el uso equitativo de sus beneficios.
- El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.
- El fomento de la seguridad alimentaria y la promoción de la diversidad cultivos para la alimentación.
- El acceso a la salud garantizado de forma culturalmente adecuada.
- El desarrollo sostenible a nivel local.
- La disminución y atenuación del cambio climático.
- El solapamiento en los programas de investigación y desarrollo entre los CC.TT. como tales y las disciplinas científicas formales, como la biotecnología y la farmacología;
- La contribución de los sistemas de CC.TT. a la innovación y la diversidad cultural.

b) consideraciones relativas a los procesos o formales

i) *Consideraciones específicas relativas a los procesos o formales*

129. Además de las cuestiones de política más generales, cabe examinar cuestiones más específicas que podrían ser pertinentes para abordar las carencias observadas, entre las cuales:

- El hecho de que en muchos procesos nacionales o regionales se están ya elaborando marcos de protección de los CC.TT. más sólidos: la adopción de una perspectiva internacional y de una plataforma común permitiría reducir las dificultades prácticas y la incertidumbre jurídica que podrían resultar de las diferencias en los regímenes nacionales o regionales de protección de los CC.TT.;
- la necesidad, no obstante, de mantener una adecuada diversidad normativa y reconocer que los sistemas de CC.TT. y los medios específicos para protegerlos deben ajustarse a las necesidades locales y normas culturales;
- Las posibles repercusiones sistémicas resultantes de la falta de claridad en el Derecho internacional de PI en esferas pertinentes para los CC.TT. y los sistemas de CC.TT. y de innovación.
- Las posibles ventajas que se derivarían de la reducción de la incertidumbre jurídica debida a preocupaciones relativas a las posibles responsabilidades sobre la titularidad o la custodia en relación con los CC.TT.
- Los costos y beneficios resultantes de la adopción de un enfoque común a nivel internacional respecto de las cuestiones relativas a la protección de los CC.TT., o la creación de una nueva forma de protección en el marco de la PI, incluidas las consecuencias para la administración nacional y regional y el acceso de los titulares extranjeros de CC.TT. a la protección;
- El contraste y la interrelación entre un enfoque legislativo y normativo que prevea expectativas y criterios generales y un mecanismo contractual bilateral en el que los titulares y usuarios de los CC.TT. definan las condiciones específicas de utilización.

ii) *Consideraciones que abogan en contra de la solución de las carencias*

130. En el Comité también se han presentado propuestas de consideraciones particulares que podrían abogar en contra de la búsqueda de soluciones a las carencias detectadas, entre las cuales figuran:

- La posibilidad de que se considere prematuro subsanar determinadas carencias a nivel internacional, incluso las que han sido claramente definidas, ya que es necesario adquirir y compartir más experiencia a nivel nacional como condición previa para la obtención de resultados más contundentes a escala internacional;
- La diversidad de los CC.TT. y de las comunidades que los poseen, que puede limitar el alcance internacional de la actividad normativa;
- La incertidumbre en relación con los derechos y prerrogativas de los titulares extranjeros de derechos, como las comunidades titulares de CC.TT. que proceden de contextos culturales y sociales radicalmente diferentes;

- La posible necesidad de establecer procesos de consulta más sólidos y diversos antes de pasar a la etapa de la consecución de resultados políticos y jurídicos de gran envergadura que luego podría resultar difícil y costoso revisar una vez concluidos.

## VI. OPCIONES EXISTENTES Y POTENCIALES PARA SUBSANAR LAS CARENCIAS DEFINIDAS

*Opciones jurídicas o de otra índole, ya sea a nivel internacional, regional o nacional;*

131. En el documento WIPO/GRTKF/IC/14/6 y en los documentos precedentes en esta serie se determinaron las opciones siguientes a nivel internacional:

- i) un instrumento o instrumentos internacionales vinculantes;
- ii) explicaciones o interpretaciones autorizadas o exhortativas de los instrumentos jurídicos vigentes;
- iii) un instrumento o instrumentos normativos internacionales no vinculantes;
- iv) una resolución, declaración o decisión de alto nivel, como una declaración política internacional en la que se enuncien los principios fundamentales, se establezca una norma contra la apropiación y utilización indebidas, y se definan las necesidades y expectativas de los titulares de las ECT y CC.TT. como prioridades políticas.
- v) el fortalecimiento de la coordinación internacional mediante directrices o leyes tipo;
- vi) la coordinación de los avances en materia legislativa a nivel nacional
- vii) la coordinación y cooperación en materia de creación de capacidades y de iniciativas prácticas.

A continuación se examinan una a una.

### a) Opciones jurídicas o de otra índole a nivel internacional:

#### *i) Un instrumento o instrumentos internacionales vinculantes*

132. Un instrumento vinculante que colmara lagunas concretas en la protección obligaría a las Partes Contratantes a aplicar las normas prescritas a su legislación nacional, en virtud del Derecho internacional. Entre los posibles instrumentos de ese tipo se cuentan los instrumentos jurídicos independientes, los protocolos de los instrumentos vigentes o los acuerdos especiales establecidos con arreglo a acuerdos vigentes. Los tratados concluidos en la OMPI han pasado a ser vinculantes en virtud del Derecho internacional merced a la decisión de las partes interesadas de adherirse a ellos; otros Estados no están obligados por el tratado (en algunos casos han decidido aplicar las normas establecidas por el tratado sin adherirse oficialmente a él de pleno derecho, por ejemplo en la esfera de las clasificaciones de la propiedad industrial). Sería preciso iniciar un procedimiento específico de elaboración de tratados (por lo general, una conferencia diplomática) para negociar dicho instrumento. El tratado pasaría a ser jurídicamente vinculante únicamente en los países que opten por adherirse a él mediante la adopción de un instrumento de ratificación o adhesión específico.

133. Los instrumentos jurídicamente vinculantes pueden adoptar la forma de convenios marco o normativos que sirven de base o de plataforma normativa para avanzar en el proceso de formulación de políticas y lograr una mayor convergencia y transparencia en las iniciativas



nacionales en materia de políticas, dando cabida al mismo tiempo a la necesaria diversidad de enfoques en los ámbitos nacional y regional. Concluida esa fase, se pueden negociar mecanismos jurídicos internacionales específicos con obligaciones más precisas en forma de protocolos del acuerdo marco original.

En el contexto del Comité Intergubernamental: varias delegaciones han solicitado que se elabore un instrumento o instrumentos internacionales vinculantes como culminación de la labor del Comité. El Comité y la Asamblea General de la OMPI no están facultados para crear Derecho internacional vinculante, por lo que sería necesario prever un proceso específico primero para concluir dicho texto, y luego para asegurar que entre en vigor en los países que se adhieran a él.

Ejemplos en ámbitos conexos: El Convenio sobre la Diversidad Biológica, la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, el Tratado Internacional de la FAO sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, la Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, el Convenio N.º 169 de la OIT, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Ejemplos en el ámbito de la propiedad intelectual: El Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas, el Tratado sobre el Derecho de Patentes, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

ii) *Interpretaciones o explicaciones de los instrumentos jurídicos vigentes*

134. Contar con interpretaciones autorizadas o exhortativas de los instrumentos jurídicos vigentes permitiría exigir, sugerir o instar a que las obligaciones existentes se interpretaran en el sentido de subsanar en parte las carencias detectadas en la protección de los CC.TT. Entre las opciones posibles figuran los protocolos de tratados existentes o las declaraciones exhortativas de carácter no vinculante. Estas opciones pueden, no obstante, influir en la interpretación de las normas de los tratados y ofrecer orientaciones prácticas a los encargados de formulación de políticas nacionales sobre la base de las normas internacionales acordadas. Pueden orientar de forma más precisa sobre la manera de aplicar las normas internacionales, sin crear obligaciones específicas. Sin pronunciarse sobre la condición jurídica concreta de este texto, la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública, entre otras cosas, ofrece orientaciones sobre la manera en que debe interpretarse el Acuerdo sobre los ADPIC.<sup>37</sup>

En el contexto del Comité Intergubernamental: El Comité ha estudiado la posibilidad de interpretar o adaptar las actuales normas internacionales generales contra la competencia desleal con el fin de incluir explícitamente los actos de apropiación indebida, mediante una interpretación o ampliación por analogía del artículo 10*bis* del Convenio de París.

Ejemplos en ámbitos conexos: Observación General N.º 17 (2005) El derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora (artículo 14, párrafo 1.c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales).

<sup>37</sup> Párrafo 5.a): Al aplicar las normas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público, cada disposición del Acuerdo sobre los ADPIC se leerá a la luz del objeto y fin del Acuerdo tal como se expresa, en particular, en sus objetivos y principios.

Ejemplos en el ámbito de la propiedad intelectual: Recomendación conjunta relativa a las disposiciones sobre la protección de las marcas notoriamente conocidas; Declaraciones concertadas de la Conferencia Diplomática en la que se adoptó el Tratado (Conferencia Diplomática de la OMPI sobre ciertas cuestiones de derecho de autor y derechos conexos.

iii) *Un instrumento normativo internacional no vinculante*

135. Un instrumento no vinculante (“indicativo”) permitiría recomendar o alentar a los Estados a asegurar el cumplimiento de determinadas normas en su legislación nacional y en otros procesos y políticas de carácter administrativo no jurídico, o simplemente ofrecer un marco para la coordinación entre los Estados que decidan seguir ese enfoque. Una de las opciones podría ser la adopción de una recomendación autorizada o un instrumento no vinculante de carácter exhortativo y que pueda tener fuerza moral. Otras organizaciones internacionales han elaborado instrumentos de ese tipo en esferas de interés para la labor del Comité, y se enumeran a continuación. Varios de esos instrumentos se convirtieron posteriormente en instrumentos jurídicos vinculantes. La propia Declaración Universal de Derechos Humanos (que comprende algunas disposiciones relacionadas con la política de PI) fue redactada como instrumento no vinculante. Los instrumentos no vinculantes o de Derecho indicativo pueden traslaparse con las declaraciones políticas y otros tipos de compromisos políticos, de tal forma que una declaración política podría tener un carácter exhortativo y una función de orientación de política similar a la de un documento elaborado como instrumento no vinculante). Los instrumentos no vinculantes y otros textos similares, como las leyes y disposiciones tipo, son en gran medida redundantes. Sin embargo, es importante tener en cuenta también que la legislación no vinculante no permite abordar eficazmente los problemas de apropiación indebida; el carácter no vinculante de dichas normas puede considerarse una carencia en sí.

En el contexto del Comité Intergubernamental: Como se ha señalado, ningún instrumento que emane del Comité o que sea adoptado por la Asamblea General podría tener efectos jurídicamente vinculantes por sí mismos. El Comité ha realizado una extensa labor sobre los objetivos y los principios de la protección de los CC.TT., las opciones y mecanismos de protección de los CC.TT., las directrices para el examen de las patentes relacionadas con los CC.TT. y las directrices relativas a los aspectos de la PI que guardan relación con el acceso y la participación en los beneficios, y sería conveniente que toda esa información se hiciese llegar a la Asamblea General y a otros órganos de la OMPI para que sean adoptados o reconocidos como orientación no vinculante y como base para proseguir esa labor normativa.

Ejemplos en ámbitos conexos: La Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, el Código Internacional de Conducta para la Recolección y Transferencia de Germoplasma Vegetal de la FAO, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, las declaraciones de la UNESCO sobre bioética y diversidad cultural; el Compromiso Internacional de la FAO sobre los Recursos Fitogenéticos y las resoluciones sobre cuestiones como los derechos de los agricultores; y las Decisiones de las Conferencias de las Partes en el CDB, incluidas las Directrices de Bonn.

Ejemplos en el ámbito de la propiedad intelectual: La Declaración de Mataatua sobre Derechos Culturales y de Propiedad Intelectual de los Pueblos Indígenas, las Disposiciones tipo OMPI-UNESCO para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas.<sup>38</sup>

<sup>38</sup> Esas disposiciones tipo se refieren exclusivamente a las ECT.

*iv) Resolución, declaración o decisión política de alto nivel*

136. Una de las opciones que se ha examinado en documentos anteriores es la de elaborar una resolución de alto nivel, declaración o declaración conjunta de las Asambleas pertinentes de la OMPI. La declaración podría incluir las cuestiones que son objeto de negociación actualmente en el Comité y permitiría abordar en cierta medida las carencias definidas en el presente análisis y en otros trabajos del Comité. Por ejemplo, en ese texto se podría reconocer el valor y la importancia de los CC.TT. como “propiedad intelectual”; destacar la necesidad de dotar a los titulares o custodios tradicionales de los medios necesarios para que puedan defender sus intereses en relación con los CC.TT. y que los utilicen como base para promover un desarrollo económico y cultural sostenible; establecer los objetivos y principios fundamentales de la protección; instar a los Estados miembros a que apliquen efectivamente esos objetivos y principios en el marco de sus esfuerzos por mejorar la protección nacional e internacional; y fijar los objetivos de la labor futura, en particular la elaboración de un instrumento o instrumentos más específicos. Esa posibilidad no debe impedir ni atrasar el desarrollo ulterior de una norma vinculante de Derecho internacional; en algunos casos, se ha utilizado ese tipo de textos como base para la negociación de instrumentos vinculantes (un ejemplo de ello es la elaboración del TIRFAA a partir del Compromiso Internacional, que no era vinculante). Las recomendaciones conjuntas formuladas por la OMPI se han generalmente observado y tenido en cuenta, por ejemplo en el ámbito de las marcas, y se han reconocido y aplicado en otros instrumentos jurídicos.

En el contexto del Comité Intergubernamental: En el debate general del Comité se ha planteado la posibilidad de elaborar un texto de ese tipo. Entre las opciones examinadas figura la de recomendar a la Asamblea General de la OMPI (posiblemente junto con otros órganos de la OMPI) que adopte la decisión de elaborar una declaración política de alto nivel, en la que se reconozcan los progresos realizados hasta la fecha y se establezcan las prioridades de la labor futura de la OMPI en esos ámbitos.

Ejemplos en ámbitos conexos: La Declaración de la Conferencia Internacional de Alma Ata sobre Atención Primaria de Salud; el Compromiso Internacional de la FAO sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura.

Ejemplos en el ámbito de la propiedad intelectual: La Resolución 60/184 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo; la Resolución 2000/7 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos relativa a los derechos de propiedad intelectual y derechos humanos; la Recomendación conjunta relativa a las licencias de marcas; la Declaración de Mataatua sobre Derechos Culturales y de Propiedad Intelectual de los Pueblos Indígenas.

*v) Fortalecer la coordinación mediante directrices o leyes tipo*

137. Hasta la fecha, las directrices o leyes tipo se han utilizado para reflejar perspectivas internacionales comunes y contribuir a la coordinación de la labor de formulación de leyes y políticas a nivel nacional, en particular para solventar carencias como las que se han señalado en el presente análisis, sin pasar por la adopción de un instrumento internacional específico. Esos instrumentos sientan las bases para la cooperación, la convergencia y compatibilidad mutua de las iniciativas legislativas nacionales relativas a la protección de los CC.TT., y para la creación de instrumentos internacionales más formales, previendo asimismo un margen apropiado para atender la diversidad de enfoques. En la práctica, podría ser difícil distinguir entre las directrices o leyes tipo y las normas no vinculantes expuestas anteriormente. Existen diversas directrices, marcos y leyes tipo en esferas directamente relacionadas con la labor del Comité.

138. Otros prestigiosos instrumentos internacionales sobre la protección de los CC.TT., que se concibieron como instrumentos no vinculantes, tienen la capacidad para determinar las obligaciones jurídicas establecidas en las legislaciones nacionales (como la Ley Modelo Africana para la protección de los derechos de las comunidades locales, los agricultores y los obtentores, y para la regulación del acceso a los recursos biológicos, establecida en 2000, y el Marco Regional para el Pacífico relativo a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones de la cultura, de 2002). Estos modelos han contribuido a su vez al debate y examen de la cuestión de la protección en el Comité. Como se señaló anteriormente: “aunque se trata claramente de una cuestión que los miembros del Comité han de examinar y definir, la experiencia en otros ámbitos sugiere la posibilidad de adoptar un enfoque gradual, en el que a partir de un mecanismo que delimite las normas internacionales y promueva el enfoque que se desea dar a las normas nacionales respecto de la protección, se vayan creando mecanismos más elaborados o revisados, que generen expectativas más elevadas de cumplimiento y tengan un mayor efecto jurídico”.

En el contexto del Comité Intergubernamental: Los objetivos y principios para la protección de los CC.TT., elaborados en 2005 sobre la base de la labor del Comité y bajo su dirección, ya han sido ampliamente utilizados como marcos de referencia para la protección en instrumentos regionales, procesos internacionales y procesos normativos y legislativos nacionales. Más recientemente, las diferentes versiones, alternativas y opciones incluidas en los proyectos de artículos sobre la protección de los CC.TT. han servido de inspiración para la elaboración de instrumentos regionales, legislación nacional y procesos normativos. Aunque no se han adoptado ni aprobado en su forma actual, esos textos pueden contribuir a determinar el contenido de directrices, leyes tipo u otros “instrumentos”. En el pasado, el Comité rechazó una propuesta de elaborar disposiciones tipo sobre mecanismos relativos a la divulgación en el ámbito de las patentes en relación con los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales.

Ejemplos en ámbitos afines: *Akwe: Kon* Directrices voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales y sociales, las Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización; el Código Internacional de Conducta de la FAO sobre la distribución y el uso de los pesticidas; el Código de Conducta de la ONUDI para la liberación de OGM en el medio ambiente; las Directrices Prácticas de la Unión Africana para la Aplicación Coordinada del Protocolo de Nagoya en África.

Ejemplos en el ámbito de la propiedad intelectual: La Ley Tipo de Túnez, las Disposiciones tipo OMPI-UNESCO para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas, el Marco Regional para el Pacífico relativo a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones de la cultura; las Directrices de la OCDE sobre la concesión de licencias de invenciones genéticas.

vi) *Coordinación de los avances en materia legislativa a nivel nacional*

139. Muchos países están trabajando en la elaboración de nuevas leyes y políticas para la protección de los CC.TT. (que en algunos casos abarcan también las ECT o el folclore).<sup>39</sup> Esos países han manifestado gran interés en saber cuáles son las medidas adoptadas por otros gobiernos y órganos regionales y las experiencias que han tenido con su aplicación. Eso permite no solo el intercambio de las “mejores prácticas” sino también permite asegurar la coherencia y armonía entre las leyes nacionales, dada la necesidad de garantizar una

<sup>39</sup> WIPO Lex, disponible en <http://www.wipo.int/wipolex/es/>, es una base de datos mundial que puede utilizarse para encontrar las leyes nacionales y los instrumentos regionales adoptados para la protección de los CC.TT. (y ECT).

interacción eficaz entre los diferentes sistemas jurídicos nacionales. Uno de los efectos de la elaboración de textos –incluso de proyectos de texto- internacionales sobre la naturaleza y el contexto normativo de la protección podría ser la promoción y apoyo de esa coordinación de las iniciativas nacionales y regionales, siempre que lo deseen los gobiernos interesados. Se ha podido establecer, a partir de comentarios informales y del creciente número de peticiones de apoyo para el fortalecimiento de la capacidad y otras informaciones, que aunque muchos gobiernos han optado por avanzar, como objetivo prioritario, en la elaboración de un marco de protección nacional de los CC.TT., estarían interesados en que se adoptara un enfoque uniforme que permitiera a los gobiernos intercambiar experiencias de forma estructurada, garantizar una coherencia razonable y evitar planteamientos conflictivos. La elaboración de un instrumento no vinculante podría contribuir a lograr ese objetivo. Ese instrumento, que se elaboraría esencialmente sobre la base de las leyes nacionales -que podría ser incluso una síntesis de la legislación nacional y de textos conexos- podría tener el tipo de influencia que tiene el “derecho indicativo” en el ámbito internacional, promoviendo la coherencia y la compatibilidad entre las leyes nacionales, y fortaleciendo la base común de la protección colectiva a escala internacional.

En el contexto del Comité Intergubernamental: Las diferentes versiones, alternativas y opciones incluidas en los proyectos de artículos sobre la protección de los CC.TT constituyen en gran medida una síntesis de las actuales medidas legislativas que los Estados miembros están preparando para proteger los aspectos de los CC.TT. mediante la PI y los mecanismos que ésta ofrece: los documentos contienen amplias referencias a las fuentes de la legislación de los Estados miembros. En el documento WIPO/GRTKF/IC/9/INF/5 (protección de los CC.TT.) se analizan en detalle las maneras en que los Estados miembros han aplicado estos principios y objetivos. Otros recursos elaborados para el Comité son el Resumen comparativo de la legislación sui géneris para la protección de las expresiones culturales tradicionales (WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3); el Resumen comparativo de disposiciones jurídicas y leyes sui géneris vigentes a escala nacional para la protección de los CC.TT. (WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4); y los cuestionarios sobre la protección de las ECT/el folclore y los CC.TT.

Ejemplos en ámbitos conexos: Informes nacionales en virtud del CDB (<http://www.biodiv.org/reports/list.aspx>); Legislación y directrices relativas a la ética, Observatorio Mundial de la Ética, UNESCO.

Ejemplos en el ámbito de la propiedad intelectual: Estudio sobre las prácticas relativas a las invenciones biotecnológicas (WIPO/GRTKF/IC/1/6).

*vii) Coordinación y cooperación en materia de creación de capacidad e iniciativas prácticas.*

140. Se ha pedido que el análisis de carencias abarque el examen de las “opciones jurídicas y de otra índole”. Para que la protección de los CC.TT. sea efectiva es preciso adoptar una serie de medidas prácticas y de creación de capacidad destinadas a aplicar o complementar las medidas jurídicas, por lo que el análisis de carencias tendría que incluir, para ser completo, las medidas internacionales que podría ser necesario adoptar para coordinar, cooperar y aplicar en la práctica esas medidas prácticas y de creación de capacidad. Dichas medidas podrían clasificarse en las categorías siguientes:

*Creación de capacidad y material sustantivo para los procesos jurídicos y normativos*

141. Se ha seguido trabajando en la elaboración de material de apoyo destinado a los encargados de la formulación de políticas, los negociadores y legisladores que buscan solucionar las deficiencias encontradas. Ese material abarca, entre otras cosas:

- Los recursos para la elaboración de leyes y políticas, en particular disposiciones tipo, bases de datos de leyes e instrumentos de política y análisis de opciones normativas y mecanismos jurídicos, con el fin de contribuir con apoyo y asistencia a los procesos legislativos y de formulación de políticas;
- El análisis de cuestiones jurídicas, como las normas y la práctica en materia de PI que inciden en la protección de los CC.TT. y el reconocimiento del derecho consuetudinario, con el fin de ofrecer información de referencia a los legisladores y responsables de formulación de políticas; y
- El examen de los métodos que podrían ser adecuados para la consulta de las comunidades durante el proceso de elaboración de opciones, políticas y legislación.

#### *Fortalecimiento de la capacidad práctica de los titulares de CC.TT.*

142. Teniendo en cuenta la observación general de que ningún instrumento jurídico ni conjunto de normas legales, vigentes o previstos, podrá satisfacer las necesidades de los titulares de los CC.TT. a menos que se pongan a su disposición los recursos y la capacidad necesarios para asegurar que los principios se aplican en la práctica, se ha decidido seguir adelante en la elaboración de material de apoyo a los titulares de CC.TT., en particular:

- Modelos y bases de datos de protocolos, licencias y acuerdos comunitarios para acceder a los CC.TT., con vistas a reforzar la capacidad de los titulares de CC.TT. para crear protocolos, licencias u otros acuerdos que rijan el acceso a sus CC.TT.
- Prestar el apoyo necesario a las comunidades para que puedan determinar y promover sus intereses durante el proceso de catalogación de los CC.TT.,<sup>40</sup>
- Modelos, bases de datos y directrices sobre la participación equitativa en los beneficios para el acceso a los CC.TT. y los recursos genéticos conexos.<sup>41</sup>
- Material de sensibilización, casos prácticos y análisis jurídicos sobre cuestiones como el reconocimiento del derecho consuetudinario adaptado a las necesidades de las comunidades titulares de CC.TT.

#### *Fortalecimiento y orientación de las instituciones*

143. A menudo se insta a las instituciones nacionales, científicas y educativas, y a otras administraciones, como las oficinas de patente, a que desempeñen un papel más activo con respecto a la solución de las carencias prácticas en la protección de los CC.TT. a favor de los titulares de los CC.TT. Así pues, se ha proseguido la labor de elaboración de materiales prácticos destinados a esas instituciones y administraciones, en particular:

- Protocolos tipo, políticas recomendadas y directrices sobre mejores prácticas destinados a las instituciones encargadas de recolectar o mantener colecciones de CC.TT., como los museos, las instituciones etnográficas, las autoridades nacionales y los centros de enseñanza y de investigación;

---

<sup>40</sup> Véase, por ejemplo: OMPI (2017) Guía para la catalogación de conocimientos tradicionales, disponible en: [http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo\\_pub\\_1049.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_1049.pdf).

<sup>41</sup> Otro ejemplo: OMPI (2018) Una guía sobre cuestiones de propiedad intelectual relacionadas con los acuerdos de acceso y participación en los beneficios, disponible en: [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo\\_pub\\_1048.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_1048.pdf)

- Directrices y recomendaciones para el examen de patentes relativas a conocimientos tradicionales;
- Orientaciones sobre medidas destinadas a lograr que las comunidades puedan definir y promover sus intereses durante el proceso de catalogación de los CC.TT., que podrían tomar la forma de proyecto de la guía de catalogación de los conocimientos tradicionales;
- Normas para la catalogación de los CC.TT., con inclusión de medidas para garantizar que la identidad y las necesidades de los titulares de los CC.TT. se cataloguen junto con los CC.TT. correspondientes; y
- Estudios sobre aspectos políticos y jurídicos, como los mecanismos de divulgación de las patentes y las normas bioéticas que inciden en los CC.TT.

*Cooperación y coordinación interinstitucional dentro del sistema de las Naciones Unidas*

144. La coordinación y cooperación en lo referente al fortalecimiento de la capacidad y las iniciativas prácticas a nivel internacional podría integrar el tipo de cooperación, coordinación e intercambio interinstitucional de información técnica y de otro tipo de materiales que ha impulsado la OMPI en cooperación con otros organismos, como el CDB, el Centro del Sur, la FAO, la OMS, el PNUMA, la UNCTAD y la UNESCO, así como con ONG y otros actores internacionales que se ocupan de CC.TT. y cuestiones conexas.

*Sensibilización y creación de capacidad del público en general*

145. Una carencia evidente es la considerable falta de información y comprensión de los CC.TT., de los sistemas de CC.TT. y su contexto cultural e intelectual por el público en general y por los responsables de formulación de políticas, los representantes del mundo empresarial y las organizaciones de la sociedad civil internacionales. Para subsanar esa carencia sería necesario emprender iniciativas como:

- Estudios de caso, análisis y sesiones informativas;
- Misiones de investigación y consultas;
- Actividades educativas y de formación;
- Estudios sobre las experiencias nacionales; y
- Reseñas de las opciones jurídicas y de política.

*b) Opciones jurídicas o de otra índole a nivel regional:*

146. Algunas de las medidas concebidas para solucionar las carencias detectadas pueden ser particularmente idóneas para los contextos regionales o subregionales, ya que pondrían de manifiesto los beneficios que supone la creación de normas, instituciones y medidas prácticas comunes en relación con las culturas jurídicas y los sistemas de CC.TT. que comparten o se superponen entre sí. Además, existen varias organizaciones regionales que desempeñan un papel activo tanto en la elaboración de nuevos instrumentos jurídicos como en la labor de creación de capacidad práctica para reforzar la protección de los CC.TT. Muchas de las medidas internacionales descritas anteriormente podrían aplicarse también al ámbito regional. En el examen de las medidas internacionales anterior se citan varios ejemplos. Entre las categorías generales de medidas que cabría examinar están:

- Los instrumentos jurídicos concluidos a nivel regional, subregional o bilateral, en particular los instrumentos sui géneris y el Derecho de PI convencional
- Las declaraciones de carácter político o normativo formuladas a nivel regional, subregional o bilateral.
- Leyes tipo y otras formas de orientación legislativa adoptadas a nivel regional.
- Protocolos tipo, directrices, y recomendaciones sobre mejores prácticas adoptadas a nivel regional o subregional.
- Iniciativas y programas regionales, subregionales y bilaterales para apoyar la creación de capacidad de las comunidades en relación con los CC.TT.

c) *Medidas jurídicas o de otra índole a nivel nacional:*

147. Varios Estados y comunidades dentro de esos Estados han emprendido una serie de iniciativas destinadas a adoptar y poner en práctica medidas jurídicas y de otra índole para paliar las carencias detectadas en la protección jurídica de los CC.TT. Aunque no se pretende hacer una reseña completa de esas medidas, se pueden resumir como sigue:

- Legislación destinada a proteger los CC.TT., en particular instrumentos sui géneris y adaptaciones o revisiones del Derecho de PI convencional.
- Marcos normativos y mecanismos administrativos destinados a la promoción y protección de los CC.TT., en particular en sectores específicos como la medicina y la salud pública, el medio ambiente y la agricultura.
- Protocolos tipo, directrices, y recomendaciones sobre mejores prácticas adoptadas por las autoridades nacionales u otras instituciones.
- Iniciativas y programas nacionales para apoyar la creación de capacidad de las comunidades en relación con los CC.TT.

[Sigue el Anexo II]



## MATRIZ DEL ANÁLISIS DE CARENCIAS

En esta matriz se exponen los temas a los que se hace referencia en los apartados a) a d) de la decisión adoptada en la duodécima sesión del Comité Intergubernamental de la OMPI, de conformidad con lo dispuesto en dicha decisión. En forma de cuadro sinóptico, la matriz comprende las cuestiones abordadas en el análisis de carencias presentado anteriormente.

## ÍNDICE DEL ANEXO

### RESUMEN DE LA MATRIZ

- A: MEDIDAS VIGENTES
- B. CARENCIAS EXISTENTES A NIVEL INTERNACIONAL
- C. CONSIDERACIONES PARA DETERMINAR SI ES NECESARIO PALIAR ESAS CARENCIAS
- D. OPCIONES EXISTENTES Y POTENCIALES PARA SUBSANAR LAS CARENCIAS DEFINIDAS

I. RESUMEN DE LA MATRIZ

| <b>Aspectos de la protección de los CC.TT.</b>                                 | <b>Medidas vigentes (apartado a))</b>  | <b>Carencias existentes (apartado b))</b>   | <b>Consideraciones y opciones (apartados c) y d))</b>  |
|--|--|---|--|
| <p>Objetivos y principios de la protección de la PI aplicados a los CC.TT.</p> | <p>Instrumentos del derecho internacional público vigente (no relacionado con la PI) sobre los derechos de los pueblos indígenas, el medio ambiente (incluidas la biodiversidad y los recursos genéticos), la agricultura.</p> | <p>Declaración autorizada sobre la función del Derecho y las políticas en materia de PI para abordar cuestiones de política pública relacionadas con los CC.TT.<br/>Reconocer el valor de los sistemas de CC.TT. y fomentar su respeto; atender las necesidades reales de los titulares de CC.TT.; proteger contra la apropiación indebida de los CC.TT. y otros usos desleales o injustos; proteger la creatividad y la innovación basadas en la tradición; apoyar los sistemas de CC.TT. y empoderar a los titulares de P.I.; fomentar la distribución equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los CC.TT.; fomentar la utilización de los CC.TT. en aras de un desarrollo adecuado; apoyar la salvaguardia y preservación de los CC.TT.</p> | <p>Tratado o declaración internacional que establezca un marco para la protección de los CC.TT. en el sistema de la PI que:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- explicita los objetivos de la protección;</li> <li>- defina los principios generales de la protección.</li> </ul> <p>Consideraciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- función de los instrumentos vinculantes y no vinculantes;</li> <li>- contraste entre la dimensión política y la dimensión jurídica de las cuestiones examinadas;</li> <li>- enfoque internacional coordinado frente a las iniciativas nacionales autónomas;</li> <li>- beneficio de contar con una base normativa más sólida y principios generales bien asentados para proseguir la labor sobre la protección jurídica.</li> <li>- necesidad de abordar la protección positiva y la protección preventiva;</li> <li>- tratar la cuestión del consentimiento fundamentado previo y la participación en los beneficios</li> </ul> |
| <p>Definición de los CC.TT. susceptibles de protección</p>                     | <p>Los CC.TT. están abarcados en instrumentos jurídicos vigentes</p>   | <p>Definición de trabajo de los CC.TT.:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- en términos generales</li> </ul>   | <p>Definición jurídicamente vinculante de los CC.TT.:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- certidumbre y claridad jurídicas; podría no reflejar</li> </ul>   |

| <b>Aspectos de la protección de los CC.TT.</b> | <b>Medidas vigentes (apartado a))</b>   | <b>Carencias existentes (apartado b))</b>  | <b>Consideraciones y opciones (apartados c) y d))</b>  |
|--|---|--|--|
|  | <p>no relacionados con la PI sin ser definidos de forma precisa desde un punto de vista jurídico</p> <p>Definición de trabajo en el CIG</p>   | <p>- como objeto específico de protección jurídica.</p> <p>Precisar la base comunitaria de los derechos y prerrogativas</p>  | <p>toda la diversidad de los CC.TT., de los sistemas de conocimientos y de las comunidades titulares de CC.TT.</p> <p>- vinculada a la cuestión del alcance de la protección y de los beneficiarios;</p> <p>Caracterización de los CC.TT. acordada internacionalmente, sin fuerza jurídica vinculante:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- mayor grado de claridad, base de trabajo más sólida</li> <li>- no prejuzga las cuestiones jurídicas y normativas más complejas</li> </ul>  |
| Protección positiva de patentes                | <p>Sistema de patentes establecido, incluidas las normas y los procedimientos del Acuerdo sobre los ADPIC y del PCT</p> <p>Protección de marcas, símbolos y nombres asociados con los CC.TT. y los sistemas de CC.TT.</p> | <p>No se ofrece protección directa a:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>i) la innovación colectiva acumulada y de carácter intergeneracional;</li> <li>ii) los sistemas de CC.TT. como tales (al contrario de las innovaciones específicas dentro de los sistemas de CC.TT., los medios de certificación de la autenticidad y la protección de la reputación y los signos distintivos)</li> </ul> | <p>Revisar o adaptar los criterios y las normas de patentabilidad para asegurar el reconocimiento de los sistemas de CC.TT. y de los intereses colectivos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- a nivel internacional para asegurar un enfoque coordinado y/o</li> <li>- a nivel nacional/regional para mantener la flexibilidad necesaria</li> </ul> <p>Establecer una protección sui géneris (véase más abajo).</p> <p>Reconocer que, en la medida en que muchos aspectos de los CC.TT. están excluidos del sistema de patentes, sería preferible tratar los sistemas de innovación de los CC.TT. sobre la base de sus características propias</p> |
|  | Medidas específicas en el   | Falta de una norma internacional   | Instituir mecanismos de divulgación para los CC.TT.:   |

| <b>Aspectos de la protección de los CC.TT.</b> | <b>Medidas vigentes (apartado a))</b>   | <b>Carencias existentes (apartado b))</b>  | <b>Consideraciones y opciones (apartados c) y d))</b>   |
|--|---|--|---|
| Invencciones basadas en CC.TT.                 | PCT, la CPI y el CIG para reconocer los CC.TT.  | acordada en relación con un mecanismo de divulgación específico para los CC.TT. y los recursos genéticos conexos:<br>- propuestas diversas (CDB, OMC, OMPI).   | - a nivel internacional para asegurar un enfoque coordinado y/o<br>- a nivel nacional/regional para mantener la flexibilidad necesaria<br><br>Reforzar el marco de las obligaciones contractuales que rigen el acceso a los CC.TT. en la legislación nacional de modo que se exija la divulgación y otras condiciones para el acceso a los CC.TT.   |
| Conocimientos tradicionales no divulgados      | Normas del Acuerdo sobre los ADPIC sobre la protección de información no divulgada en general         | Falta de normas explícitas sobre:<br>i) los CC.TT. divulgados dentro de una comunidad definida;<br>ii) los CC.TT. que la comunidad valora por motivos culturales o espirituales, y no comerciales;<br>iii) la divulgación de los CC.TT. puede estar limitada por normas del derecho consuetudinario. | Aclarar o adaptar las normas vigentes con el fin de asegurar:<br>i) que la difusión limitada dentro de una comunidad determinada no sea motivo para una divulgación pública total;<br>ii) que se protejan los CC.TT., aun si la comunidad de origen les confiere valor motivos no comerciales;<br>iii) que las limitaciones impuestas por las normas y prácticas consuetudinarias se consideren suficientes para preservar la confidencialidad o el carácter "secreto". |
| Signos y símbolos relacionados con los CC.TT.  | Derecho de marcas (incluidas las marcas colectivas y de certificación) y las indicaciones geográficas | Protección preventiva de los signos y símbolos relacionados con CC.TT. frente a la apropiación por parte de terceros   | Registros especiales de material relacionado con CC.TT.<br>Reforzar las medidas contra el registro de marcas contrarias a la moralidad (véase también el proyecto actualizado de análisis de carencias en materia de ECT).<br>Solo aplicable a la protección contra usos  |

| <b>Aspectos de la protección de los CC.TT.</b>                                    | <b>Medidas vigentes (apartado a))</b>   | <b>Carencias existentes (apartado b))</b>   | <b>Consideraciones y opciones (apartados c) y d))</b>   |
|---|---|---|---|
|   |   |   | comerciales ilegítimos de signos y símbolos relacionados con los CC.TT, y a la protección de los CC.TT. como tales.   |
| Protección de la materia de los CC.TT. cubierta por el sistema convencional de PI | Algunos CC.TT. o elementos de éstos pueden estar protegidos:<br>- <i>directamente</i> mediante patentes, información no divulgada, legislación sobre la competencia desleal; e<br>- <i>indirectamente</i> mediante el derecho de autor y derechos conexos, la protección de las ECT, la protección de las marcas y las indicaciones geográficas, la protección de los diseños y la legislación sobre competencia desleal. | Algunos CC.TT. no están contemplados en la protección que ofrece el actual sistema de PI , por ejemplo:<br>- CC.TT. que no son nuevos;<br>- CC.TT. resultado de actividad inventiva no patentables;<br>- CC.TT. divulgados públicamente o que no cumplen los criterios relativos al secreto comercial o la confidencialidad.<br><br>La duración de la protección ofrecida no se ajusta a la dimensión intergeneracional del desarrollo y la conservación de los sistemas de CC.TT.<br><br>Reconocimiento de las contribuciones directas o menos inmediatas de los CC.TT. a las invenciones patentables. | Protección sui géneris de materia no prevista actualmente:<br>- a nivel internacional para asegurar un enfoque coordinado y/o;<br>- a nivel nacional/regional para lograr la máxima flexibilidad.<br><br>Adaptación de las medidas vigentes sobre PI , por ejemplo:<br>- interpretación o adaptación de las normas internacionales vigentes para abordar la materia de los CC.TT. de forma más adecuada;<br>- iniciativas legislativas y administrativas nacionales (y evolución judicial del derecho) para reconocer los distintos sistemas de CC.TT. en el marco del Derecho de PI.<br><br>Posibles consideraciones sustantivas:<br>Dimensión holística de los CC.TT. y los derechos colectivos sobre los CC.TT.;<br>Derecho de los titulares de CC.TT. a controlar sus recursos naturales y gestionar sus conocimientos;<br>Derecho humano de los titulares de CC.TT. a la libre determinación;<br>Derecho de los titulares de CC.TT. al consentimiento fundamentado previo; |

| <b>Aspectos de la protección de los CC.TT.</b>   | <b>Medidas vigentes (apartado a))</b>  | <b>Carencias existentes (apartado b))</b>   | <b>Consideraciones y opciones (apartados c) y d))</b>   |
|--|--|---|---|
|  |  |   | Reconocimiento de la función de las normas y sistemas de conocimientos consuetudinarios en lo tocante a la protección y preservación de los CC.TT.  |
| <p>Derechos e intereses de las comunidades respecto de sus CC.TT. acumulados, de titularidad colectiva, transmitidos de una generación a otra, y de sus sistemas integrados de conocimientos tradicionales como tales.</p> | <p>Protección limitada, principalmente como información confidencial.</p>  | <p>Reconocimiento directo de los derechos e intereses colectivos sobre los CC.TT. acumulados, de titularidad colectiva, transmitidos de una generación a otra.</p> <p>Protección de la integridad de los sistemas de CC.TT. como tales.</p> <p>Posible titularidad compartida de varias comunidades</p> | <p>Protección específica de los derechos e intereses colectivos relativos a los CC.TT. como tales (y no como elementos susceptibles de protección independiente a través de la PI ):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- a nivel internacional para asegurar un enfoque coordinado;</li> <li>- a nivel nacional/regional para lograr la máxima flexibilidad.</li> </ul> <p>Protección específica de los derechos e intereses de las comunidades respecto de los sistemas de CC.TT. como tales:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- a nivel internacional para asegurar un enfoque coordinado;</li> <li>- a nivel nacional/regional para lograr la máxima flexibilidad.</li> </ul> |
| <p>Mecanismos específicos de protección de los CC.TT. frente a determinados actos lesivos y actos de apropiación indebida</p>  | <p>No existe ninguno en el Derecho convencional de PI</p> <p>Pueden ser parcialmente protegidos mediante contratos y la doctrina más general de la competencia</p> | <p>Véanse los detalles más adelante</p>   |   |

| <b>Aspectos de la protección de los CC.TT.</b> | <b>Medidas vigentes (apartado a))</b> | <b>Carencias existentes (apartado b))</b>  | <b>Consideraciones y opciones (apartados c) y d))</b>   |
|--|---------------------------------------|--|---|
|  | injusta y el enriquecimiento injusto. |  |   |
|  |                                       | Norma para combatir el enriquecimiento injusto y la apropiación indebida, o los actos contrarios a las prácticas comerciales leales en relación con los CC.TT.   | <p>Norma específica establecida a nivel internacional para promover un enfoque coordinado:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- ley vinculante, si resulta oportuna para una norma internacional específica;</li> <li>- declaración política si sigue en curso la formulación del fundamento jurídico de la norma.</li> </ul> <p>Norma específica establecida a nivel nacional o regional con el fin de asegurar la máxima flexibilidad y evolución y diversidad jurídicas.</p> |
|  |                                       | <p>Declaración explícita sobre el principio del consentimiento fundamentado previo respecto de los CC.TT. que posee una comunidad.</p> <p>Reconocimiento extraterritorial del consentimiento fundamentado previo y de los acuerdos de acceso y participación en los beneficios en los tribunales de terceros países.</p> | <p>Norma específica establecida a nivel internacional para promover un enfoque coordinado:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- ley vinculante, si resulta oportuna para una norma internacional específica;</li> <li>- declaración política si sigue en curso la formulación del fundamento jurídico de la norma.</li> </ul> <p>Norma específica establecida a nivel nacional o regional con el fin de lograr la máxima flexibilidad y evolución y diversidad jurídicas.</p>   |
|  |                                       | Norma que exija el reconocimiento  | Norma específica articulada a nivel internacional para  |

| <b>Aspectos de la protección de los CC.TT.</b>                                    | <b>Medidas vigentes (apartado a))</b>  | <b>Carencias existentes (apartado b))</b>   | <b>Consideraciones y opciones (apartados c) y d))</b>   |
|---|--|---|---|
|   |  | explícito de la comunidad de origen al utilizar los CC.TT. asociados característicamente a una comunidad.   | <p>promover un enfoque coordinado:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- ley vinculante, si resulta oportuna para una norma internacional específica;</li> <li>- declaración política si sigue en curso la formulación del fundamento jurídico de la norma.</li> </ul> <p>Norma específica establecida a nivel nacional o regional con el fin de lograr la máxima flexibilidad y evolución y diversidad jurídicas.</p>   |
|   |  | Norma que permita luchar contra usos que supongan una ofensa cultural o espiritual, o menoscaben la integridad de los CC.TT.                            | <p>Norma específica establecida a nivel internacional para promover un enfoque coordinado:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- ley vinculante, si resulta oportuna para una norma internacional específica;</li> <li>- declaración política si sigue en curso la formulación del fundamento jurídico de la norma.</li> </ul> <p>Norma específica establecida a nivel nacional o regional con el fin de lograr la máxima flexibilidad y evolución y diversidad jurídicas.</p> |
| <p>Patentamiento de CC.TT. contrario a los principios del Derecho de patentes</p> | <p>El Derecho de patentes vigente exige que la solicitud se refiera a un verdadero inventor o inventores y a una invención genuina.</p> <p>El convenio de París exige la</p> | <p>Posible ambigüedad en el sistema de patentes para determinar la contribución inventiva de un titular de CC.TT.</p> <p>Norma explícita frente al:</p> | <p>A nivel internacional:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- norma internacionalmente vinculante;</li> <li>- interpretación autorizada de las normas vigentes;</li> <li>- declaración política.</li> </ul> <p>A nivel nacional:<br/>Enmiendas específicas a la legislación nacional sobre patentes.</p>   |



| <b>Aspectos de la protección de los CC.TT.</b> | <b>Medidas vigentes (apartado a))</b>  | <b>Carencias existentes (apartado b))</b>   | <b>Consideraciones y opciones (apartados c) y d))</b>  |
|--|--|---|--|
|  | <p>mención expresa del verdadero inventor.</p>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>- patentamiento de los CC.TT. como tales sin el consentimiento y la participación de los titulares de los CC.TT.;</li> <li>- patentamiento de invenciones que han sido posibles por la apropiación indebida de CC.TT.</li> </ul> |  |
|  | <p>Requisitos específicos de divulgación en relación con los CC.TT.:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- leyes nacionales o regionales;</li> <li>- propuestas en el CDB, la OMC y la OMPI.</li> </ul> | <p>Consentimiento fundamentado previo relativo a los CC.TT.</p>   | <p>A nivel internacional:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- norma internacionalmente vinculante;</li> <li>- interpretación autorizada o ampliación de las normas vigentes;</li> <li>- declaración política</li> </ul> <p>A nivel nacional:</p> <p>Enmiendas específicas a la legislación nacional sobre patentes.</p> |

A: MEDIDAS VIGENTES

*Obligaciones, disposiciones y posibilidades que ya existen a nivel internacional en materia de protección de los CC.TT.*

| Forma de protección  | Extensión de la protección  | Factores considerados  |
|--|---|--|
| <p>Protección positiva de los CC.TT. mediante patentes</p>           | <p>Algunos elementos de los CC.TT. podrían protegerse en virtud de los principios vigentes sobre patentes, aunque no los sistemas de CC.TT. como tales.</p> <p>Debe obtenerse un título de propiedad del verdadero inventor o inventores, incluidos el titular o los titulares de los CC.TT.</p> <p>Para que la protección sea válida es preciso que los verdaderos titulares de CC.TT. patentables adopten medidas activas.</p>  | <p>Existe una flexibilidad considerable en las normas internacionales que atañen a la patentabilidad de los CC.TT., por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- la definición de “invención”;</li> <li>- la interpretación de los criterios para la protección (novedad, actividad inventiva, utilidad) que se aplican a los CC.TT.;</li> <li>- exclusiones de la materia patentable por razones de política pública.</li> </ul> |
| <p>Protección preventiva de los CC.TT. en el sistema de patentes</p> | <p>En principio, muchos CC.TT. están protegidos contra afirmaciones ilegítimas en las patentes, por ejemplo los casos en que el solicitante de una patente trata de obtener derechos sobre los CC.TT. elaborados por otros.</p> <p>Entre las medidas específicas figuran:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- mejorar el acceso a los CC.TT. como estado de la técnica durante el procedimiento de patentamiento sin favorecer la apropiación indebida de CC.TT. (por ejemplo, incluyendo los CC.TT. en la documentación mínima del PCT, normas sobre la catalogación de los CC.TT., inclusión de los CC.TT. en la CIP);</li> <li>- directrices para el examen de patentes relacionadas con CC.TT.;</li> <li>- portales, vías de acceso y bases de datos adecuadas de CC.TT. y recursos genéticos conexos</li> </ul> | <p>Preocupación por el hecho de que la disponibilidad de los CC.TT. para los procedimientos de patentamiento podría dar lugar involuntariamente a una apropiación indebida por parte de terceros.</p>  |

| Forma de protección                       | Extensión de la protección  | Factores considerados   |
|---|---|---|
|   | para su utilización en los procedimientos de patentamiento.   |   |
|   | <p>Mecanismos relativos a la divulgación de patentes específicos para los CC.TT. y los recursos genéticos conexos en las leyes nacionales, en particular:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- divulgación de la fuente o del origen de los CC.TT.;</li> <li>- divulgación del consentimiento fundamentado previo;</li> <li>- divulgación de la participación equitativa en los beneficios.</li> </ul> <p>Sistemas nacionales de acceso y participación en los beneficios derivados de la utilización de los CC.TT.</p> | <p>Extensos debates y estudios a nivel internacional sobre los requisitos de divulgación específicos para los CC.TT., en particular sobre su eficacia para impedir la apropiación indebida de los CC.TT.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Directrices de Bonn del CDB.</li> <li>- propuestas de nuevos requisitos en la OMC y la OMPI.</li> </ul>   |
| CC.TT. no divulgados                      | Pueden protegerse los CC.TT. que sean secretos, tengan un valor comercial por ser secretos y hayan sido objeto de medidas razonables para mantenerlos en secreto.   | <p>Cuestiones de interés particular:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- cuándo se considera “secreto” un conocimiento tradicional divulgado dentro de una comunidad tradicional;</li> <li>- la función de las normas o prácticas consuetudinarias;</li> <li>- la protección de los CC.TT. con valor espiritual y cultural para la comunidad, aunque sin valor comercial para ésta.</li> </ul> |
| Protección contra la competencia desleal. | <p>Protección frente a:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• cualquier acto susceptible de crear confusión;</li> <li>• las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio;</li> <li>• las indicaciones o aseveraciones que podrían inducir al público a error.</li> </ul>   | Flexibilidad en la interpretación de las medidas contra la competencia desleal para incluir una norma más general contra el enriquecimiento injusto y la apropiación indebida.  |
| Protección de signos distintivos          | No aplicable a los CC.TT. como tales, aunque sí a los signos distintivos y los símbolos asociados a productos   |   |

| Forma de protección   | Extensión de la protección  | Factores considerados   |
|---|---|---|
|   | <p>relacionados con CC.TT., en particular:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- las marcas de bienes y servicios con un componente de CC.TT.;</li> <li>- las marcas colectivas o de certificación;</li> <li>- indicaciones geográficas</li> </ul>   |   |
| Legislación sobre diseños industriales  | Diseños industriales que sean nuevos u originales.  | Es posible que los diseños dictados esencialmente por consideraciones técnicas o funcionales queden excluidos de la protección. |
| Derecho de autor y legislación conexas (incluida la protección de las bases de datos y las ejecuciones de expresiones del folclore) | No se protegen los conocimientos como tales, aunque sí se protegen los medios de registro y transmisión de los CC.TT., especialmente de las ECT susceptibles de protección.   | Véase el proyecto actualizado de análisis de carencias relativo a las ECT (WIPO/GRTKF/IC/37/7)                                  |
| Derecho internacional público   | <p>CDB: CC.TT. relativos a la biodiversidad pertinentes para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica.</p> <p>FAO TIRFAA: CC.TT. relativos a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura.</p>  |   |
| Otros textos internacionales  | <p>Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: declaración no vinculante en la que se exponen los derechos de los pueblos indígenas relacionados con los CC.TT.</p> <p>Directrices de Bonn: CC.TT. relacionados con la biodiversidad, pertinentes para la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad biológica.</p> |   |



B. CARENCIAS EXISTENTES A NIVEL INTERNACIONAL

| <b>Aspecto de la protección</b>                                      | <b>Carencia definida en materia de protección</b>  | <b>Consideraciones específicas</b> |
|--|--|------------------------------------|
| <p>Definición o determinación de los CC.TT. que deben protegerse</p> | <p>No existe una definición formal de los CC.TT. que deben ser protegidos, aunque diversos instrumentos internacionales se refieren a ellos (a determinados aspectos de los CC.TT.).</p> <p>En los trabajos del CIG se han detallado algunos elementos de la definición.</p>   |                                    |
| <p>Carencias respecto de los objetivos expresos de protección</p>    | <p>Valor intrínseco de los sistemas de CC.TT.<br/>                     Los sistemas de CC.TT. como formas valiosas de innovación.<br/>                     Respeto de los sistemas de CC.TT. y de los valores intelectuales y espirituales de los titulares de CC.TT.<br/>                     Respeto de los derechos de los titulares y custodios de los CC.TT.<br/>                     Conservación de los CC.TT. y fortalecimiento de los sistemas de CC.TT.<br/>                     Apoyo de los estilos de vida tradicionales<br/>                     Apoyo a la innovación dentro de los sistemas de CC.TT.<br/>                     Apoyo a la preservación y salvaguardia de los CC.TT.<br/>                     Medidas para combatir la apropiación indebida y la utilización desleal e injusta de los CC.TT., y para promover la participación equitativa en los beneficios de los CC.TT.<br/>                     Garantizar que el acceso y el uso de los CC.TT. están sujetos al consentimiento fundamentado previo.<br/>                     Promoción del desarrollo sostenible de las comunidades y las actividades comerciales legítimas basadas en los sistemas de CC.TT.<br/>                     Medidas para combatir la concesión o el ejercicio de</p> |                                    |

|   |   |                            |
|---|---|----------------------------|
|   | derechos ilegítimos de PI sobre los CC.TT.  |                            |
| <i>Carencias en los mecanismos jurídicos vigentes</i>                             |   |                            |
| Materia no prevista en la legislación   | Los CC.TT. no contemplados en las modalidades de protección existentes en el marco de la PI son:<br>- los CC.TT. que no se consideran nuevos;<br>- los CC.TT. que se consideran evidentes;<br>- los CC.TT. que se han divulgado públicamente o que no cumplen los criterios relativos a la protección de la información confidencial. | Véase el punto A anterior. |
|   | Los CC.TT. acumulados, de titularidad colectiva y de carácter intergeneracional, que no cumplen los criterios relativos a la información no divulgada o confidencial.   |                            |
|   | Sistema integrado de CC.TT. como tal.   |                            |
| No se reconoce a los beneficiarios o los titulares de los derechos                | Derechos, intereses y prerrogativas colectivos dentro de un sistema de CC.TT.   |                            |
| Formas de utilización y otros actos que la legislación vigente no permite impedir | Norma expresa para combatir el patentamiento ilegítimo de CC.TT.  |                            |
|   | Requisito de divulgación específico en relación con los CC.TT.  |                            |
|   | Protección contra el enriquecimiento injusto o la apropiación indebida de los CC.TT.  |                            |
|   | Oposición a que se usen los CC.TT. sin el reconocimiento  |                            |

|   |  |   |
|---|--|---|
| Derecho al reconocimiento y la integridad   | explícito de la comunidad de origen de los conocimientos.  |   |
|   | Oposición a que se usen CC.TT. que supongan una ofensa cultural o espiritual o que menoscaben la integridad de los CC.TT.  |   |
| Consentimiento fundamentado previo relativo a los CC.TT.                          | <p>No se reconoce expresamente el derecho de los titulares de CC.TT. al consentimiento fundamentado previo respecto del acceso a determinadas formas de CC.TT.</p> <p>Aclarar que la protección de la información no divulgada permitiría garantizar el derecho al consentimiento fundamentado previo.</p> | Necesidad de aclarar el principio de consentimiento fundamentado previo respecto de conocimientos compartidos con otros titulares de CC.TT. que ya se han divulgado fuera de la comunidad con el consentimiento (tácito o expreso) o sin el consentimiento de ésta. |
| Consentimiento fundamentado previo relativo a los CC.TT. y el sistema de patentes | <p>No hay un vínculo jurídico claro entre los sistemas de consentimiento fundamentado previo relativos a los CC.TT. y el patentamiento de:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- los CC.TT. como tales; y</li> <li>- las invenciones basadas en CC.TT.</li> </ul>                                   | Existencia de la obligación de mencionar al verdadero inventor y de fundamentar una patente en un título de propiedad del inventor  |
| Derecho a la participación equitativa en los beneficios                           | Inexistencia del derecho a obtener una remuneración u otros beneficios (incluidos los que se consideren culturalmente apropiados y otros beneficios no financieros).   | Importancia del derecho consuetudinario para la determinación de los beneficios que se consideran equitativos y apropiados.   |



C. CONSIDERACIONES PARA DETERMINAR SI ES NECESARIO PALIAR ESAS CARENCIAS

|   | <b>Naturaleza de la consideración</b>  | <b>Detalles</b>  |
|---|--|--|
| <i>Consideraciones de carácter sustantivo</i> | Derecho internacional y políticas  | En particular las obligaciones legales y marcos normativos relativos a:<br>- la conservación de la biodiversidad y la lucha contra la desertificación;<br>- los derechos de los pueblos indígenas;<br>- políticas sostenibles sobre salud y acceso a los medicamentos.   |
|   | Consideraciones de carácter social, cultural, político y económico                                 | <ul style="list-style-type: none"> <li>• especial hincapié en las quejas de injusticias resultantes de la apropiación y uso indebidos de los CC.TT.</li> <li>• función de los CC.TT. en el desarrollo sostenible a nivel local.</li> <li>• lazo entre la protección de los CC.TT. y la identidad cultural y social de las comunidades.</li> <li>• utilización industrial y comercial de los CC.TT.</li> <li>• valor que representan de los CC.TT. para abordar los retos ambientales y el cambio climático.</li> <li>• referencia a los CC.TT. en diversos contextos regulatorios.</li> </ul>  |
|   | Papel de la protección de los CC.TT. en los contextos más generales de la formulación de políticas | <ul style="list-style-type: none"> <li>- proteger la biodiversidad y el uso equitativo de sus beneficios.</li> <li>- reconocer los derechos de los pueblos indígenas.</li> <li>- fomentar la seguridad alimentaria y promover la diversidad cultivos para la alimentación.</li> <li>- garantizar el acceso a la salud de forma adecuada desde el punto de vista cultural.</li> <li>- fomentar el desarrollo sostenible a nivel local.</li> <li>- reducir y atenuar el cambio climático.</li> <li>- creciente solapamiento entre los CC.TT. como tales y las disciplinas formales de la biotecnología.</li> <li>- contribución de los sistemas de CC.TT. a la innovación y la diversidad cultural.</li> </ul> |

|  |  |  |
|--|--|--|
|  | <p>Consideraciones específicas de índole jurídica y normativa</p>                        | <ul style="list-style-type: none"><li>- El hecho de que en muchos procesos nacionales o regionales se esté obrando por ofrecer una protección más sólida de los CC.TT. sugiere que podría haber dificultades, impedimentos u otro tipo de obstáculos si no se adopta una perspectiva internacional y una plataforma común que permita hacer frente a la enorme diversidad de los sistemas nacionales o regionales de protección de los CC.TT.</li><li>- Las repercusiones sistémicas que la falta de claridad en el Derecho internacional de PI podría tener en esferas pertinentes para los CC.TT. y los sistemas de CC.TT. y de innovación.</li><li>- Las posibles ventajas que supondría la reducción de la incertidumbre jurídica relacionada con cuestiones relativas a la posible titularidad o a responsabilidades sobre la custodia relacionadas con los CC.TT.</li><li>- Los costos y beneficios resultantes de un enfoque común a nivel internacional respecto de las cuestiones relativas a la protección de los CC.TT.</li></ul> |
|  | <p>Consideraciones que abogan en contra de la búsqueda de soluciones a las carencias</p> | <ul style="list-style-type: none"><li>- Se puede considerar prematuro subsanar determinadas carencias a nivel internacional, incluso las que han sido claramente definidas, y necesario adquirir y compartir más experiencias a nivel nacional como condición previa para la obtención de resultados más contundentes a nivel internacional;</li><li>- La diversidad de los CC.TT. y de las comunidades que los poseen, que puede limitar la dimensión internacional de la actividad normativa</li><li>- La incertidumbre en relación con los derechos y prerrogativas de los titulares extranjeros de derechos, como las comunidades titulares de CC.TT. que proceden de contextos culturales y sociales radicalmente diferentes;</li></ul>   |

|  |  |  |
|--|--|--|
|  |  | <p>- La posible necesidad de establecer procesos de consulta más sólidos y diversos antes de pasar a la etapa de la consecución de resultados políticos y jurídicos de gran envergadura que luego podría ser difícil y costoso revisar una vez concluidos.</p> |
|--|--|--|

D. OPCIONES EXISTENTES O PETENCIALES PARA SUBSANAR LAS CARENCIAS DEFINIDAS:

| <b>Opciones a diferentes niveles</b>   | <b>Consideraciones específicas aplicables</b>  |
|--|--|
| <b>Ámbito internacional</b>  |  |
| i) Un instrumento o instrumentos internacionales vinculantes   | <p>¿Qué normas concretas se consideran suficientemente desarrolladas en sus aspectos sustanciales para traducirse, oportunamente, en una ley internacional vinculante?</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- En relación con la protección directa de los CC.TT.</li> <li>- En relación con el reconocimiento de los CC.TT. en el sistema de patentes y otras esferas de la legislación sobre PI</li> </ul>     |
| ii) Interpretaciones o explicaciones autorizadas o exhortativas de los instrumentos jurídicos vigentes | <p>¿Qué disposiciones y principios jurídicos vigentes podrían servir de base para una interpretación autorizada en el ámbito de los CC.TT.? Por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- la competencia desleal;</li> <li>- las normas del Derecho de patentes y otras esferas de la legislación sobre PI ;</li> <li>- la información no divulgada o la legislación sobre la confidencialidad.</li> </ul> |
| iii) Un instrumento o instrumentos normativos internacionales no vinculantes                           | <p>¿Qué normas, criterios y prioridades políticas pueden ser objeto de consenso y traducirse en un instrumento no vinculante a nivel internacional?</p>  |
| iv) Resolución, declaración o decisión política de alto nivel  | <p>Qué normas, criterios y prioridades políticas pueden ser objeto de consenso y traducirse en una resolución política a nivel internacional?</p>  |
| v) Fortalecer la coordinación internacional mediante directrices o leyes tipo                          |  |
| vi) Coordinación de los avances en materia legislativa a nivel nacional                                |  |
| vii) Cooperación internacional para la adopción de medidas prácticas                                   | <p>Existencia de programas, materiales e iniciativas encaminadas a:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- la creación de capacidad y material sustantivo para los procesos jurídicos y políticos;</li> <li>- el fortalecimiento de la capacidad práctica de los titulares de CC.TT.;</li> <li>- el fortalecimiento y orientación de las instituciones;</li> </ul>   |

|  |  |
|--|--|
|  | <ul style="list-style-type: none"><li>- la cooperación y coordinación interinstitucional dentro del sistema de las Naciones Unidas;</li><li>- la sensibilización y creación de capacidad del público en general.</li></ul> |
| <b>Ámbito regional</b>   |  |
| <ul style="list-style-type: none"><li>- Instrumentos jurídicos concertados a nivel regional, subregional o bilateral, en particular instrumentos sui géneris y legislación convencional en materia de PI</li><li>- Declaraciones de carácter político o normativo formuladas a nivel regional, subregional o bilateral.</li><li>- Leyes tipo y otras formas de orientación legislativa adoptadas a nivel regional.</li><li>- Protocolos tipo, directrices y recomendaciones sobre las mejores prácticas adoptadas a nivel regional o subregional.</li><li>- Iniciativas y programas regionales, subregionales y bilaterales para apoyar actividades de creación de capacidad en las comunidades en relación con los CC.TT.</li></ul> |  |

**Ámbito nacional**

- Legislación destinada a proteger los CC.TT., en particular los instrumentos sui géneris y la legislación convencional en materia de PI
- Marcos normativos y mecanismos administrativos para la promoción y protección de los CC.TT., en especial en ámbitos específicos como la medicina y la salud pública, el medio ambiente y la agricultura.
- Protocolos tipo, directrices, y recomendaciones sobre prácticas óptimas adoptadas por las autoridades nacionales u otras instituciones.
- Iniciativas y programas nacionales para apoyar la creación de capacidad en las comunidades en relación con los CC.TT.

[Fin del Anexo II y del documento]