

ANEXO II

PROYECTO DE OBJETIVOS POLÍTICOS Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES:
INFORMACIONES GENERALES Y DELIBERACIONES PREVIAS

1. En el presente Anexo se da cuenta de los antecedentes del proyecto de objetivos políticos y principios fundamentales, y se explica la manera en que ha surgido ese proyecto en el marco de la labor del Comité y en los debates conexos. Con esto se trata de poner de manifiesto que el proyecto tiene unas bases sólidas en las legislaciones nacionales y en los debates internacionales, pues se basa en una amplia gama de sistemas de conocimientos tradicionales, y en una serie diversa de mecanismos políticos y jurídicos de protección de dichos conocimientos que ya han sido aplicados en varios países¹. Asimismo, el presente Anexo tiene por fin mostrar la relación existente entre la protección de los conocimientos tradicionales y las disposiciones previstas en varios tratados fundamentales².
2. Si así lo desea el Comité, este borrador preliminar podrá ser utilizado como punto de partida para el examen de la dimensión internacional de las normas, disciplinas, directrices o prácticas óptimas que rijan la protección de los conocimientos tradicionales. De este modo, podrá servir de base para plasmar de manera concreta la forma de proteger los conocimientos tradicionales, sea mediante un instrumento o varios instrumentos internacionales destinados a ser aceptados como normativa internacional vinculante o como normativa influyente pero no vinculante. En consecuencia, en estos principios únicamente se tiene en cuenta el contenido

¹ Las legislaciones mencionadas principalmente en el presente Anexo son las siguientes: *Unión Africana*: Legislación Tipo Africana para la protección de los derechos de las comunidades locales, los agricultores y los obtentores, y para reglamentar el acceso a los recursos biológicos, de 2000 (en adelante denominada “Legislación Tipo Africana”); *Brasil*: Medida provisional (Decreto Ley) N.º 2186–16 de 2001 que reglamenta el acceso al patrimonio genético, a la protección y al acceso a los conocimientos tradicionales conexos (“Medida del Brasil”); *China*: Ley de Patentes de 2000 y Reglamento relativo a la protección de las variedades de la medicina tradicional china; *Costa Rica*: Ley de Biodiversidad N.º 7788 de 1998 (“Ley de Biodiversidad de Costa Rica”); *India*: Ley de Diversidad Biológica de 2002 (“Ley de Diversidad Biológica de la India”); *Japón*: Ley N.º 47 de Prevención de la Competencia Desleal (“Ley de Competencia Desleal del Japón”); *Perú*: Ley N.º 27.811 de 2002 que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos genéticos (“Ley del Perú”); *Filipinas*: Ley sobre los derechos de los pueblos indígenas de 1997 (“Ley de Filipinas”); *Portugal*: Decreto Ley N.º 118 de 2002 que establece un régimen jurídico de registro, conservación, custodia legal y transferencia de material vegetal autóctono (“Ley de Portugal”); *República de Corea*: Ley N.º 911 de Prevención de la Competencia Desleal y de Protección de los Secretos Comerciales (“Ley de Competencia Desleal de la República de Corea”); *Tailandia*: Ley de Protección y Promoción de los Conocimientos Medicinales Tradicionales de Tailandia, B.E. 2542 (“Ley de Tailandia”); *Estados Unidos de América*: Ley de Artes y Oficios de los Indígenas de 1990; “Ley de Artes y Oficios de los Estados Unidos”, Ley de Secretos Comerciales de 1989, modificada en 1985” (Ley de Secretos Comerciales de los Estados Unidos”). En los documentos WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2 e INF/4 figuran informaciones específicas sobre muchas de esas leyes.

² Entre los tratados mencionados en el presente documento figuran los siguientes: la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África (1996) (la “UNCCD”); el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (2001) (“ITPGR”); el Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992) (“CDB”).

de la protección de los conocimientos tradicionales a escala internacional, independientemente de la forma. Será necesario examinar posteriormente qué tipo de condición jurídica podrá adoptar ese contenido de fondo, tarea que será más fácil si se alcanza previamente un consenso sobre el propio contenido.

A. OBJETIVOS DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

3. La protección de los conocimientos tradicionales no debe llevarse a cabo como un fin en sí mismo, sino que debe servir de instrumento que permita alcanzar los objetivos y las aspiraciones de los pueblos y de las comunidades pertinentes, y fomentar los objetivos políticos a escala nacional e internacional. Un sistema de protección se conformará y definirá en gran medida en función de los objetivos que persiga. Por lo tanto, una etapa inicial fundamental en el establecimiento de un enfoque o régimen jurídico para la protección de los conocimientos tradicionales será determinar los objetivos políticos pertinentes.

4. El Comité ha decidido formular dichos objetivos como resultado concreto de su labor. Después de dos años de respuestas a cuestionarios³, declaraciones políticas⁴, ponencias de grupos de trabajo⁵, documentos⁶, notificaciones de legislaciones nacionales⁷ e informaciones sobre experiencias prácticas se han ido perfilando objetivos relacionados con la propiedad intelectual. En la presente sección se codifican los objetivos fundamentales de la protección de los conocimientos tradicionales que surgen de este material de referencia. A continuación figuran los objetivos políticos que se desprenden del mismo material, lo cual permite sintetizar los objetivos políticos comunes que sirven de pauta a los sistemas de protección de los conocimientos tradicionales y que los miembros del Comité han formulado en sus declaraciones políticas y en los documentos presentados en sesiones anteriores.

La protección de los conocimientos tradicionales debe tender a:

[Reconocer el valor]

i) reconocer el valor intrínseco de los conocimientos tradicionales, en particular, su valor social, espiritual, económico, intelectual, científico, ecológico, tecnológico, comercial y educativo, y admitir que los sistemas de conocimientos tradicionales constituyen marcos de innovación permanente y de vida intelectual y creativa propias que benefician a toda la humanidad;

³ Véanse los documentos WIPO/GRTKF/IC/Q.1, WIPO/GRTKF/IC/Q.3, WIPO/GRTKF/IC/Q.4.

⁴ Véanse los documentos OMPI/GRTKF/IC/1/13, WIPO/GRTKF/IC/2/16, WIPO/GRTKF/IC/3/17, OMPI/GRTKF/IC/4/15 y WIPO/GRTKF/IC/5/15.

⁵ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4.

⁶ Por ejemplo, los documentos OMPI/GRTKF/IC/1/8, OMPI/GRTKF/IC/1/10, WIPO/GRTKF/IC/4/14.

⁷ Véase <http://www.wipo.int/tk/en/laws/index.html> y las legislaciones enumeradas en la nota 1.

[Promover el respeto]

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

[Responder a las verdaderas necesidades de los titulares de conocimientos tradicionales]

iii) adecuarse a las aspiraciones y expectativas expresadas directamente por los titulares de los conocimientos tradicionales, contribuir a su bienestar económico, cultural y social, y recompensar la aportación que realizan al avance de la ciencia y de las artes aplicadas;

[Potenciar a los titulares de los conocimientos tradicionales]

iv) inspirarse en la protección concedida a las creaciones e innovaciones del intelecto de una manera equilibrada y equitativa para que los titulares de los conocimientos tradicionales puedan realmente ejercer la autoridad que les corresponde sobre sus propios conocimientos, en particular, mediante los debidos derechos morales y patrimoniales;

[Apoyar los sistemas de conocimientos tradicionales]

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

[Contribuir a la salvaguardia de los conocimientos tradicionales]

vi) contribuir a la preservación y la salvaguardia de las expresiones culturales tradicionales y los medios consuetudinarios de desarrollo, preservación y transmisión de los mismos, y promover la conservación, el mantenimiento, la aplicación y un uso más difundido de los conocimientos tradicionales que redunde directamente en beneficio de sus titulares, y de la humanidad en general;

[Impedir la utilización desleal e injusta]

vii) impedir la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales y otros actos comerciales desleales;

[Estar en concordancia con los acuerdos y procesos internacionales pertinentes]

viii) tener en cuenta otros instrumentos y procesos internacionales y regionales y promover la coordinación de esfuerzos en ese ámbito, especialmente en el caso de los regímenes que reglamentan el acceso a los recursos genéticos que están vinculados a esos conocimientos tradicionales y la participación en los beneficios derivados de ellos, los que reconocen los derechos de los agricultores y los que mitigan los efectos de la sequía en países afectados por sequía grave o desertificación;

[Promover la innovación y la creatividad]

ix) fomentar, recompensar y proteger la creatividad y la innovación basadas en las tradiciones, particularmente cuando así lo deseen los titulares de los conocimientos tradicionales; y promover la innovación y la transferencia de tecnología en beneficio de titulares y usuarios de los conocimientos tradicionales;

[Promover el intercambio intelectual y tecnológico]

x) promover el acceso a los conocimientos tradicionales y una mayor difusión de los mismos en condiciones justas y equitativas, en interés del público en general y como medio de alcanzar el desarrollo sostenible, en coordinación con los regímenes nacionales e internacionales que rigen el acceso a los recursos genéticos y su uso;

[Promover la participación equitativa en los beneficios]

xi) promover la distribución justa y equitativa de los beneficios monetarios y de otro tipo que se deriven del uso de los conocimientos tradicionales, en consonancia con otros regímenes internacionales aplicables;

[Promover el desarrollo de las comunidades y las actividades comerciales legítimas]

xii) fomentar la utilización de los conocimientos tradicionales para el desarrollo de las comunidades, reconociéndolos como un activo perteneciente a sus titulares, y promover la creación y la ampliación de oportunidades comerciales para los productos genuinamente derivados de los conocimientos tradicionales y de las industrias comunitarias conexas;

[Impedir la concesión de derechos de propiedad intelectual sin validez legal]

xiii) restringir la concesión, el registro y el ejercicio de derechos de propiedad intelectual sin validez legal sobre conocimientos tradicionales y recursos genéticos conexos;

[Aumentar la transparencia y la confianza mutua]

xiv) aumentar la seguridad, la transparencia, y la comprensión y el respeto en las relaciones entre los titulares de conocimientos tradicionales, por un lado, y los miembros de los círculos académicos, comerciales, educativos y demás usuarios de conocimientos tradicionales, por otro; y

[Complementar la protección de las expresiones culturales tradicionales]

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

5. Estos objetivos pertenecen en particular a la dimensión internacional de la protección de los conocimientos tradicionales y reflejan la perspectiva política común que ha sido expuesta progresivamente en sucesivas sesiones del Comité. Asimismo, están en consonancia con las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales vigentes en el ámbito de la propiedad intelectual⁸ y en otros ámbitos en los que se hace referencia a los conocimientos tradicionales⁹.

6. Estos objetivos políticos constituyen una síntesis de elementos procedentes de una amplia gama de fuentes. Se inspiran en gran medida en las necesidades y expectativas manifestadas por los titulares de conocimientos tradicionales en las consultas mantenidas por la OMPI antes de la creación del Comité, en los documentos jurídicos presentados al Comité y en las declaraciones políticas efectuadas en este último. Varios de estos objetivos fueron expresados esencialmente en el documento WIPO/GRTKF/IC/6/4 (*Los conocimientos tradicionales: opciones políticas y jurídicas*). Otros ya fueron reconocidos en la primera sesión del Comité en los documentos presentados por los grupos regionales, mientras que algunos han sido extraídos de la legislación *sui generis* vigente de protección de los conocimientos tradicionales y han recibido el apoyo posteriormente de los participantes en sesiones del Comité.

II. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

A. Principios rectores generales

7. Los principios rectores generales garantizarán que los principios específicos de protección resulten equitativos, equilibrados, eficaces y coherentes, y promuevan apropiadamente los objetivos políticos expuestos. En esta sección se exponen varios principios generales y primordiales que podrían suministrar una orientación amplia en el ámbito de la protección de los conocimientos tradicionales. Se trata de unos principios distintos de los principios específicos que figuran en los apartados “Principios sustantivos de la protección de los conocimientos tradicionales” y “Elementos generales”. Estos principios ya han sido señalados y aceptados en sesiones anteriores del Comité, y son los siguientes: la flexibilidad que permita el desarrollo legislativo y de políticas nacionales; el reconocimiento de los derechos, y la participación plena y efectiva de los titulares de conocimientos tradicionales. Puesto que los conocimientos tradicionales y las ECT son complementarios,

⁸ Véanse, por ejemplo, los preámbulos del Convenio de la UPOV, el PCT y el Acuerdo sobre los ADPIC.

⁹ Véanse, en particular, los párrafos del preámbulo que hacen referencia a los conocimientos tradicionales en la UNCCD, el ITPGR y el CDB.

algunos de estos principios reflejan los principios rectores generales de la protección de las ECT y se corresponden con ellos (WIPO/GRTKF/IC/7/3).

A.1 Receptividad a las necesidades y expectativas de los titulares de conocimientos tradicionales

8. La labor de la OMPI sobre la protección de los conocimientos tradicionales se inició consultando a numerosos representantes de los titulares de dichos conocimientos en muchos países, y esta perspectiva sigue siendo fundamental para establecer un enfoque común. En los debates realizados en la OMPI y en otras instancias se sigue haciendo hincapié en que los titulares de conocimientos tradicionales deben participar directamente en la toma de decisiones acerca de la protección, el uso y la explotación comercial de sus conocimientos, haciendo uso de procedimientos, normas y protocolos consuetudinarios en la medida de lo posible.

A1: Principio de receptividad a las necesidades y expectativas de los titulares de conocimientos tradicionales

En la protección deben reflejarse las aspiraciones y expectativas de los titulares de conocimientos tradicionales; en particular, deben reconocerse y respetarse en lo posible las leyes y protocolos indígenas y consuetudinarios, tenerse en cuenta los aspectos culturales y económicos que comporta el desarrollo, tomarse medidas contra los actos insultantes, injuriosos y ofensivos, permitirse la participación plena y efectiva de los titulares de conocimientos tradicionales, y reconocerse el carácter inseparable que tienen los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales para muchas comunidades.

A.2 Reconocimiento de los derechos

9. En su sexta sesión, el Comité examinó un principio general de reconocimiento de derechos a los titulares de conocimientos tradicionales¹⁰. Dichos derechos podrían ser derechos convencionales de P.I. sobre ciertos elementos de los conocimientos tradicionales; asimismo, podría tratarse de derechos exclusivos *sui generis* que pueden aplicarse a los conocimientos tradicionales; el derecho a solicitar determinadas medidas de reparación por la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales u otros actos y prácticas comerciales desleales, o el derecho a conceder o retirar el consentimiento fundamentado previo en relación con el acceso a los conocimientos tradicionales o a recibir una compensación equitativa y a participar equitativamente en los beneficios; también podrían ser derechos que se basen en derechos dimanantes de normas consuetudinarias de las comunidades de los titulares de conocimientos tradicionales, o derechos que apliquen esa última clase de derechos. Independientemente de su forma y contenido, los derechos están reconocidos expresamente en varias legislaciones de protección de los conocimientos tradicionales¹¹. Asimismo, este reconocimiento de los derechos queda reflejado en los instrumentos jurídicos internacionales vigentes sobre conocimientos tradicionales¹² y ha sido ampliamente propuesto por los

¹⁰ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/6/4, párr. 21.

¹¹ Véanse, por ejemplo, la Legislación Tipo Africana (Artículo 16, Parte IV y Objetivo a), Parte D; la Medida del Brasil (párr. 8.1), la Ley del Perú (Artículo 1, “Reconocimiento de derechos”) y la Ley de Filipinas (Art. 2).

¹² Véase el Artículo 17.c) de la UNCCD.

miembros del Comité como principio general de protección para los conocimientos tradicionales¹³.

A2: Principio de reconocimiento de los derechos

Deben reconocerse los derechos de los titulares de conocimientos tradicionales a la protección de sus conocimientos contra el uso y la apropiación indebidos.

10. El principio está redactado en términos generales, con la debida flexibilidad para su aplicación en consonancia con el principio de flexibilidad y exhaustividad. En los principios específicos que figuran más adelante se explica a grandes rasgos la manera en que puede estructurarse este derecho, y en el documento WIPO/GRTKF/IC/7/6 se describe el modo en que surte efecto en las legislaciones nacionales.

A.3 Efectividad y accesibilidad de la protección

11. Las nuevas formas de protección que se establezcan no tendrán importancia en la práctica a no ser que en ellas figuren medios accesibles, eficaces y apropiados desde el punto de vista cultural para que las comunidades puedan adquirir derechos, administrarlos y hacerlos valer. Por lo tanto, es necesario establecer medidas especiales que fomenten el uso y la eficacia de la protección de los conocimientos tradicionales, teniendo en cuenta las necesidades jurídicas, conceptuales, de infraestructura y funcionamiento de los países. En el documento WIPO/GRTKF/IC/7/6 se examinan formas concretas de mejorar la aplicación de los derechos existentes y de aplicar eficazmente determinados sistemas. Esto puede suponer la intervención de una autoridad nacional concreta o el uso de mecanismos existentes, como las sociedades de recaudación o los regímenes de acceso y participación en los beneficios, a fin de administrar y hacer valer los derechos e intereses de los titulares de conocimientos tradicionales.

A3: Principio de efectividad y accesibilidad de la protección

Las medidas destinadas a proteger los conocimientos tradicionales deben ser eficaces en relación con los objetivos fijados, así como comprensibles, asequibles y accesibles para sus futuros beneficiarios, teniendo en cuenta el contexto cultural, social y económico de los titulares de los conocimientos. Las autoridades nacionales deberán establecer procedimientos de observancia adecuados que permitan tomar medidas eficaces contra la apropiación indebida de conocimientos tradicionales y la violación del principio de consentimiento fundamentado previo.

¹³ Véanse las declaraciones del Grupo Africano (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 95), el Grupo Asiático (WIPO/GRTKF/IC/4/14, Anexo, pág. 3, y WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 120), Comunidad Andina (WIPO/GRTKF/IC/3/17, párr. 240), Brasil (OMPI/GRTKF/IC/2/14, párr. 15), China (párr. 95, WIPO/GRTKF/IC/5/15), Colombia (WIPO/GRTKF/IC/3/17, párr. 222), India (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 140), Nueva Zelandia (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 87), Panamá (WIPO/GRTKF/IC/3/17, párr. 226), Perú (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 76), Turquía (párr. 109, WIPO/GRTKF/IC/4/15), Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/3/17, párr. 213), el Consejo Saami (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 98) y la COICA (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 99).

A.4 Flexibilidad y exhaustividad

12. Este principio guarda relación con la necesidad de respetar el hecho de que se puede lograr una protección eficaz y adecuada valiéndose de una amplia gama de mecanismos jurídicos, y de que un enfoque de criterios demasiado limitados o rígidos podría cercenar la eficacia de la protección, entrar en conflicto con la legislación que pueda estar en vigor para proteger los conocimientos tradicionales, y dificultar las consultas necesarias con los titulares de los conocimientos. Asimismo, el principio guarda relación con la necesidad de basarse en un amplio espectro de mecanismos jurídicos para lograr el objetivo deseado, que es la protección. En concreto, la experiencia ha demostrado que para alcanzar la protección es más probable que sea necesario combinar varias medidas, como los derechos de propiedad y de otro tipo, así como medidas radicalmente nuevas y adaptaciones de derechos de propiedad intelectual vigentes. Este principio ha sido suscrito repetidamente en el Comité como “enfoque exhaustivo” de protección de los conocimientos tradicionales.

13. Ya existe en muchos países una amplia experiencia legislativa y de jurisprudencia en el ámbito de la protección de los conocimientos tradicionales, que pone de manifiesto una enorme diversidad de planteamientos nacionales y regionales. Unos 35 países y determinadas organizaciones regionales ya han promulgado o están elaborando medidas específicas de protección de los conocimientos tradicionales, aunque varían considerablemente sus enfoques. Incluso en los países que han empleado enfoques regionales, como la Legislación Tipo Africana o la Decisión 391 del Pacto Andino, las legislaciones nacionales vigentes poseen distintos elementos jurídicos¹⁴.

14. Por lo tanto, como han señalado muchos miembros del Comité, las disposiciones de protección de los conocimientos tradicionales que se adopten a escala internacional tendrán que dar cabida a los diversos enfoques nacionales y regionales existentes¹⁵. Además, los conocimientos tradicionales y las normas consuetudinarias que les son aplicables son tan variados como el número de comunidades indígenas y locales que existen en el mundo. Una organización indígena lo ha explicado de manera inmejorable: “Cualquier intento por elaborar directrices uniformes para el reconocimiento y la protección de los conocimientos de los pueblos indígenas corre el riesgo de reducir esta rica diversidad de la jurisprudencia a un “modelo” único que no se adecue a los valores, concepciones o normas de las sociedades indígenas”¹⁶.

15. En respuesta a esas opiniones, este principio confirma el enfoque en que se basa el presente documento y el documento WIPO/GRTKF/IC/7/6, de establecer una distinción entre los posibles principios internacionales, por una parte, y la elección de los mecanismos jurídicos nacionales que apliquen esos principios, por otra. Gracias a esto los países pueden tener la capacidad adecuada para decidir de qué modo desean proteger los conocimientos

¹⁴ Véase el documento “Reseñas sobre las reformas actuales de protección de los conocimientos tradicionales mediante la propiedad intelectual” (WIPO/GRTKF/IC/3/7).

¹⁵ Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 72), Grupo Africano (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 73), Canadá (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 79), Siria (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 80), Nueva Zelandia (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 88), *Kaska Dena Council* (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 59).

¹⁶ *Four Directions Council*, “Forests, Indigenous Peoples and Biodiversity”, documento presentado a la Secretaría del CDB, 1996 (traducción de la Oficina Internacional).

tradicionales, y las doctrinas e instrumentos jurídicos que se aplican en la práctica para alcanzar objetivos comunes.

16. Se trata de un enfoque relativamente común en el ámbito de la propiedad intelectual. Los instrumentos internacionales *sui generis* de protección de determinados tipos de propiedad intelectual, como la protección de los esquemas de trazado de circuitos integrados, establecen principios generales y dan cabida a amplias diferencias en las legislaciones de los signatarios¹⁷. Aun cuando los instrumentos internacionales creen normas sustantivas mínimas para las legislaciones nacionales, se acepta que la elección de los mecanismos jurídicos es competencia de las autoridades nacionales. Esto sucede especialmente en el caso de las formas de protección que están evolucionando y que se están desarrollando a escala internacional (véanse las referencias a la Convención de Washington y a la Convención de Roma en el párrafo 17 de la sección principal del presente documento).

17. Por lo tanto, los principios fundamentales expuestos en el presente documento tienen por fin otorgar la máxima flexibilidad a las autoridades nacionales en relación con la terminología, los beneficiarios, la duración de la protección, las esferas del Derecho y los mecanismos jurídicos concretos que tengan que utilizarse para aplicar los principios. El requisito general de protección y las normas internacionales de carácter general pueden aplicarse en la práctica mediante una diversidad de mecanismos jurídicos nacionales, desde distintos tipos de derechos de propiedad intelectual a formas adaptadas de los mismos, pasando por la legislación general de competencia desleal y diversos mecanismos jurídicos de carácter general que sobrepasan el ámbito de la legislación en materia de propiedad intelectual propiamente dicha (como el Derecho penal, el Derecho de daños, los regímenes de acceso y participación en los beneficios, las leyes normas, el Derecho contractual o los principios de responsabilidad). En el presente documento se expone el principio en rasgos generales, y en el documento WIPO/GRTKF/IC/7/6 se explican en mayor detalle la flexibilidad y exhaustividad correspondientes.

18. En el curso de la labor del Comité, la protección preventiva y positiva ha sido considerada como parte complementaria e indispensable de todo enfoque global de protección de los conocimientos tradicionales. Una forma de protección estaría incompleta sin la otra. En consecuencia, numerosos miembros del Comité han propuesto que la complementariedad de las medidas de protección preventiva y positiva constituya un principio general de protección de los conocimientos tradicionales¹⁸. Como ha señalado la Delegación del Brasil, “en las propuestas de planteamientos combinados para la protección de los conocimientos tradicionales tendrá que incluirse necesariamente el uso de medidas de protección

¹⁷ WIPO/GRTKF/IC/6/6, en el que se hace referencia, por ejemplo, al Artículo 1.1 del Acuerdo sobre los ADPIC; el Artículo 7 de la Convención de Roma; el Artículo 2 del Convenio sobre Satélites; el Artículo 8 del Convenio de Lisboa; el Artículo 4 del Tratado de Washington, y el Artículo 3 del Convenio Fonogramas.

¹⁸ Véanse las declaraciones del Grupo Africano (WIPO/GRTKF/IC/6/12, Anexo, pág. 1), Grupo Asiático (OMPI/GRTKF/IC/2/10, Anexo, pág. 3, párr. 7.b)ii), la Comunidad Europea y sus Estados miembros (WIPO/GRTKF/IC/3/16), Brasil (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 90), Canadá (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 78), India (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 80), República Islámica del Irán (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 85), Sudáfrica (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 67), Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 93) y la ARIPO (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 96).

preventivas”¹⁹. De ahí que en la cuestión general de la lucha contra la apropiación indebida se aborde la protección preventiva y la positiva.

A4: Principio de flexibilidad y exhaustividad

1. Debe respetarse la diversidad de los conocimientos tradicionales que poseen unos y otros pueblos y comunidades, tenerse en cuenta las circunstancias nacionales y el contexto y el acervo jurídicos, y otorgar suficiente flexibilidad para que las autoridades nacionales puedan determinar el medio apropiado de aplicar los presentes principios en el marco de los mecanismos legislativos vigentes y de otros mecanismos específicos, adaptando la protección de modo que se tomen en consideración los objetivos políticos propios de cada sector.
2. A los fines de la protección podrán contemplarse derechos de propiedad y medidas de otro tipo, y recurrirse a los derechos de propiedad intelectual vigentes (incluidas medidas destinadas a mejorar la aplicación y la accesibilidad en la práctica de dichos derechos), las ampliaciones o adaptaciones *sui generis* de derechos de propiedad intelectual, y determinadas legislaciones *sui generis*. Entre las medidas de protección deben figurar medidas preventivas destinadas a impedir la adquisición ilegítima de derechos de propiedad industrial sobre los conocimientos tradicionales o los recursos genéticos conexos, y medidas positivas para establecer prerrogativas jurídicas en relación con los titulares de conocimientos tradicionales.

19. Este principio corresponde a una norma general de flexibilidad expresada en otros instrumentos internacionales relativos a la propiedad intelectual, los conocimientos tradicionales o los recursos genéticos, por ejemplo, el Acuerdo sobre los ADPIC (Artículo 1) y las Directrices de Bonn (párrafo 7.g)). Se proponen dos formas de flexibilidad²⁰ en los sistemas vigentes de protección de los conocimientos tradicionales y en las declaraciones efectuadas en el Comité: la “flexibilidad vertical”, que corresponde a las opciones nacionales contempladas en el marco internacional, y la “flexibilidad horizontal”, que corresponde a las opciones específicas de protección de los conocimientos tradicionales en distintos sectores.

20. *Flexibilidad vertical*: Muchos países han establecido o están estableciendo medidas nacionales *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales²¹. Por lo tanto, en los principios internacionales para la protección de los conocimientos tradicionales se debe tener en cuenta esta diversidad de enfoques. Además, los principios tendrán que funcionar coherentemente en distintos marcos jurídicos, como los regímenes de acceso y participación en los beneficios, las legislaciones nacionales vigentes en materia de propiedad intelectual, la legislación relativa a los derechos de los indígenas y el Derecho constitucional. Este principio rector afirma la flexibilidad pertinente a ese respecto.

¹⁹ Brasil (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 69).

²⁰ Esta distinción se basa en la bibliografía existente sobre flexibilidad al aplicar los marcos jurídicos de protección de la propiedad intelectual. Véase, por ejemplo, Xichun, Pan. *Flexibility of the TRIPS Agreement with Regard to Patent Protection*. Universidad de Lund, (2002), pp. 36-37.

²¹ Además de las medidas *sui generis* que fueron presentadas al Comité en su quinta sesión, al parecer se están preparando y promulgando en numerosos países otras legislaciones *sui generis* que afectan a los conocimientos tradicionales, por ejemplo, en Botswana, Islas Cook, India, Kazajstán, Pakistán, Sri Lanka y Zimbabwe.

21. *Flexibilidad horizontal*: Es posible que el uso detallado de medidas de protección de los conocimientos tradicionales tenga que reflejar distintos objetivos políticos en sectores específicos y tenga que estar integrado a los distintos sistemas normativos de cada sector en el ámbito nacional. Esto añade otra dimensión de flexibilidad, al permitir que existan diferencias en los distintos sectores. Por ejemplo, a escala nacional se han elaborado distintas medidas para reglamentar la medicina tradicional, las prácticas agrícolas tradicionales, los conocimientos tradicionales vinculados a los recursos genéticos y las industrias basadas en la tradición (como las artesanías). El Comité ha considerado que debe existir la flexibilidad necesaria para adaptar la protección a las distintas necesidades políticas de esas esferas normativas, así como a las características concretas de los conocimientos tradicionales en esos sectores²². Ese tipo de distinciones sectoriales son evidentes en las legislaciones *sui generis* que se centran en un sector en particular, como la agricultura o la medicina tradicionales. En varios instrumentos internacionales también se tiene en cuenta la protección de los conocimientos tradicionales en sectores específicos, por ejemplo, los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica en el contexto de la conservación de esta última o las disposiciones del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (ITPGR) relativas a los derechos de los agricultores, creando de esta manera un entorno normativo específico para esos sectores. En las formas convencionales de protección *sui generis* de la P.I. también se suelen tener en cuenta los aspectos particulares del sector al que están destinadas (por ejemplo, los derechos de obtentor y la protección de los circuitos integrados). Mediante el principio de flexibilidad horizontal se reconocería que la protección de los conocimientos tradicionales tiene que estar coordinada con los objetivos políticos y los mecanismos normativos existentes en las esferas conexas y hallarse en concordancia con ellos, y que, por lo tanto, es posible establecer diferencias entre los distintos sectores.

22. El principio se basa en definiciones de la protección preventiva y positiva que han sido elaboradas por el Comité en el pasado²³. El principio no estipula modo concreto alguno de aplicar las formas complementarias de protección, habida cuenta de la necesidad de que haya flexibilidad.

A.5 Principio de equidad y participación en los beneficios

23. Un principio de equidad amplio es fundamental para el Derecho general de P.I.²⁴ y también queda sobreentendido en la mayoría de los instrumentos jurídicos que no guardan relación con la P.I. y que se ocupan de la protección de los conocimientos tradicionales²⁵. Muchos miembros del Comité²⁶ han propuesto alguna forma de equidad o trato equitativo, y dicho principio se halla entre los considerados por el Comité en su sexta sesión²⁷. En la

²² Véanse las declaraciones del Grupo Asiático (WIPO/GRTKF/IC/4/14, Anexo, pág. 4 y pág. 7), la República de Corea (párr. 93, WIPO/GRTKF/IC/5/15), Nepal, en nombre del SAARC, (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 14), Nueva Zelandia (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 138), Noruega (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 33) y la Cámara de Comercio Internacional (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 161).

²³ WIPO/GRTKF/IC/Q.4, WIPO/GRTKF/IC/6/8, WIPO/GRTKF/IC/2/6.

²⁴ Artículo 7 del Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC.

²⁵ Artículo 8.j) del CDB; Artículo 17.c) de la UNCCD; Sección IV.D de las Directrices de Bonn.

²⁶ Por ejemplo, Sudáfrica (WIPO/GRTKF/IC/5/15, párr. 115), Egipto (WIPO/GRTKF/IC/5/15, párr. 165 y 197), el Grupo Africano (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 12) y Zambia (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 156).

²⁷ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/6/4, párr. 24, y WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 217.

mayoría de las medidas *sui generis* vigentes se contempla alguna forma de equidad en calidad de principio rector²⁸.

24. Este principio se aplica de manera general y particular a los conocimientos tradicionales²⁹. El Comité reconoció de manera general que la equidad forma parte de las cuestiones relativas a los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y el folclore/ECT³⁰ cuando aprobó su programa de trabajo inicial en 2001. De este modo, se pone de manifiesto un principio general del Derecho de P.I. en el sentido de que la protección debe promover el bienestar social y económico, y un equilibrio entre los derechos y las obligaciones³¹.

25. Este principio, que es aplicable más directamente a los conocimientos medioambientales tradicionales³², se centra más concretamente en la participación equitativa en los beneficios derivados del uso de conocimientos tradicionales a la hora de alcanzar objetivos medioambientales, como la conservación y el uso sostenible de los recursos naturales o la lucha contra la desertificación³³. Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación (UNCCD) exige que los titulares de conocimientos, experiencias y prácticas tradicionales y locales “se beneficien directamente, *en forma equitativa* en condiciones mutuamente convenidas, de cualquier uso comercial de los mismos o de cualquier adelanto tecnológico derivado de dichos conocimientos”³⁴. En otros acuerdos medioambientales multilaterales se contempla un principio de equidad en sus objetivos³⁵ y en algunos casos se estipula que estos últimos se llevarán a la práctica mediante la adopción de medidas a escala nacional para compartir en forma justa y equitativa los resultados de la investigación y el desarrollo y los beneficios derivados de la utilización de los correspondientes recursos y conocimientos³⁶.

26. El principio se expone en rasgos generales para servir de guía a la elaboración de los principios específicos de protección que figuran más adelante, velando por que el uso comercial de los conocimientos tradicionales esté sujeto a la participación equitativa en los beneficios, como aspecto particular del principio general de equidad³⁷. El Comité ya ha determinado cuáles son los instrumentos jurídicos utilizados habitualmente para aplicar este principio, a saber, la responsabilidad pecuniaria y las condiciones mutuamente convenidas, es decir, los arreglos contractuales, en combinación con el consentimiento fundamentado previo.

²⁸ Legislación Tipo Africana (Objetivo d), Parte I); Medida del Brasil (Artículo 1.III); Ley de Diversidad Biológica de Costa Rica (Artículos 1, 3, 9, 4 y 10.4); Ley del Perú (Artículo 5.b) y 46); Ley de Portugal (Preámbulo, párr. 1); Ley de Artes y Oficios de los Estados Unidos (Art. 105).

²⁹ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/6/4, párr. 24.

³⁰ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/1/3, párr. 7.

³¹ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/1/3, párr. 7 y el Artículo 7 del Acuerdo sobre los ADPIC.

³² Véase Mugabe y otros, *Protecting Traditional Environmental Knowledge*.

³³ Véase, por ejemplo, el Artículo 1 del CDB y de la UNCCD.

³⁴ Véase el Artículo 17.c) de la UNCCD.

³⁵ Tres ejemplos de esos acuerdos son el Artículo 1 del CDB, los Artículos 16.g) y 17.c) de la UNCCD y los Artículos 3.1 y 4.2.a) de la CNMUCC. Véase asimismo, *Social Conflict and Environmental Law: Ethics, Economics and Equity*. Eds A. Greenbaum, A. Wellington and E. Baar (1995).

³⁶ Véase el Artículo 15.7 del CDB.

³⁷ Véase el documento presentado por el GRULAC (WO/GA/26/9, Anexo I, pág. 3).

Cuando estos instrumentos se apliquen a los conocimientos tradicionales vinculados a los recursos genéticos, deberán funcionar en concordancia con los regímenes de acceso y participación en los beneficios aplicables a dichos recursos. Este principio de equidad, y su aplicación por medio de regímenes de responsabilidad pecuniaria y de participación en los beneficios, está expresado de alguna forma en la mayoría de las medidas nacionales de protección de los conocimientos tradicionales presentadas al Comité³⁸, en numerosas declaraciones de miembros del Comité³⁹, en varios documentos de trabajo presentados por los grupos regionales⁴⁰, y en varias respuestas al cuestionario sobre la protección de los conocimientos tradicionales del documento OMPI/GRTKF/IC/2/5. La aplicación en la práctica y los elementos básicos del principio se hallan en concordancia con instrumentos de Derecho indicativo como las Directrices de Bonn⁴¹.

A5: Principio de equidad y participación en los beneficios

1. En la protección debe velarse por un justo equilibrio entre los derechos y los intereses de quienes desarrollan, preservan y perpetúan los conocimientos tradicionales, por un lado, y los de quienes los utilizan y disfrutan, por otro; debe tenerse en cuenta también la necesidad de conciliar preocupaciones políticas diversas; y la necesidad de que las medidas concretas que se adopten con ese fin sean proporcionales a los objetivos de protección y al mantenimiento de un justo equilibrio de intereses.
2. Los titulares de conocimientos tradicionales deben tener derecho a una participación justa y equitativa en los beneficios provenientes de la utilización de esos conocimientos. Cuando los conocimientos tradicionales estén vinculados a recursos genéticos, la distribución de los beneficios deberá estar en concordancia con las medidas previstas en el Convenio sobre la Diversidad Biológica en lo que respecta a la participación en los beneficios derivados de la utilización de esos recursos.

27. Este principio fue examinado por el Comité en el documento WIPO/GRTKF/IC/6/4 (párrafo 23), sobre la base de varias propuestas relativas generalmente a la equidad en la protección de los conocimientos tradicionales en general (el primer elemento) y concretamente en la distribución y participación en los beneficios derivados de los conocimientos tradicionales (el segundo elemento). Entre las formas de “participación equitativa en los beneficios” figuran el ejercicio de derechos exclusivos, las normas de responsabilidad pecuniaria y el uso de marcos de acceso y participación en los beneficios en

³⁸ Véase la Legislación Tipo Africana y las Legislaciones del Brasil, Costa Rica, Filipinas, India, Perú, y Portugal mencionadas en la nota 1.

³⁹ Grupo Africano (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 12), la Comunidad Europea y sus Estados miembros (WIPO/GRTKF/IC/3/16, pág. 5), la Comunidad Andina (WIPO/GRTKF/IC/3/17, párr. 240), Brasil (WIPO/GRTKF/IC/2/14, Anexo, párr. 15), Francia (WIPO/GRTKF/IC/5/15, párr. 14), Panamá (WIPO/GRTKF/IC/3/17, párr. 226), Perú (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 127, y WIPO/GRTKF/IC/3/17, párr. 221), Estados Unidos de América (WIPO/GRTKF/IC/4/13, párr. 9), Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/3/17, párr. 213) y Zambia (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 156).

⁴⁰ Véanse los documentos presentados por el Grupo Africano (WIPO/GRTKF/IC/3/15, Anexo, pág. 3, y OMPI/GRTKF/IC/1/10, Anexo, Propuestas 3.3.c) y 3.4.d)), la Comunidad Europea y sus Estados miembros (OMPI/GRTKF/IC/1/8, Anexo III, párr. 34), el GRULAC (WO/GA/26/9, Anexo I, pág. 2, y Anexo II, pág. 4, y OMPI/GRTKF/IC/1/5, Anexo I, pág. 2).

⁴¹ Véase la Sección IV.D de las Directrices de Bonn.

condiciones mutuamente convenidas y mediante el consentimiento fundamentado previo (incluidos en los principios sustantivos que se exponen más adelante). El segundo elemento tiene en cuenta especialmente los conocimientos tradicionales vinculados a los recursos genéticos, habida cuenta de la necesidad de que la participación equitativa en los beneficios esté en consonancia con los marcos jurídicos aplicables a los recursos genéticos y, por extensión, a los conocimientos tradicionales conexos.

A.6 Concordancia con los sistemas jurídicos vigentes

28. Las medidas jurídicas de protección de los conocimientos tradicionales fuera de su contexto tradicional original tendrán que aplicarse en consonancia con el entorno jurídico general, y podrían resultar ineficaces o gravosas si se contraponen a los sistemas jurídicos generales. En el caso de la protección de los conocimientos tradicionales, esto atañe especialmente a la relación con los regímenes que rigen los recursos genéticos, que a menudo están vinculados a los conocimientos tradicionales, y a la relación con los derechos de propiedad intelectual vigentes. En este principio se tienen en cuenta esas necesidades específicas.

29. El objeto de la protección se limita a los conocimientos tradicionales como tales y no se extiende a los derechos sobre el material físico (que se rigen y se definen de manera independiente en los regímenes jurídicos vigentes). Sin embargo, como en la protección se incluyen los conocimientos tradicionales que están vinculados a los recursos genéticos, varios miembros del Comité han señalado que estos principios deben estar en consonancia con las legislaciones que rigen el acceso a los recursos genéticos o coordinarse con ellas. Varios grupos regionales⁴² han propuesto que la protección de los conocimientos tradicionales esté siempre coordinada con las medidas y legislaciones que rigen esos recursos⁴³. En el CDB (Artículo 3) se afirma la soberanía nacional sobre los recursos genéticos.

30. Los sistemas vigentes de propiedad intelectual, adaptados y ampliados en los casos necesarios, han sido utilizados ampliamente para proteger los conocimientos tradicionales contra varias formas de utilización o apropiación indebidas, y proporcionan un medio de satisfacer al menos parcialmente los objetivos de protección definidos⁴⁴. Igualmente, la debida protección de los conocimientos tradicionales no debe ir en detrimento de los derechos de propiedad intelectual legítimos de terceros, sino que ambos sistemas deben actuar en consonancia y de manera complementaria para obtener una protección sólida y eficaz en defensa de los intereses de los titulares de conocimientos tradicionales y del público en general.

⁴² Grupo Africano (WIPO/GRTKF/IC/6/12, Anexo, pág. 1), GRULAC (WIPO/GRTKF/IC/1/5).

⁴³ Por ejemplo, el Grupo Africano en el documento WIPO/GRTKF/IC/6/12.

⁴⁴ Véanse amplios ejemplos de ello en los documentos WIPO/GRTKF/IC/5/7, WIPO/GRTKF/IC/5/8 y WIPO/GRTKF/IC/6/4.

A6: Principio de concordancia con los sistemas jurídicos vigentes

1. La facultad de otorgar acceso a los recursos genéticos, estén o no vinculados a conocimientos tradicionales, corresponde a los gobiernos nacionales y está sujeta a la legislación nacional. La protección de los conocimientos tradicionales vinculados a recursos genéticos estará en concordancia con la legislación aplicable, si la hubiere, que rija el acceso a esos recursos y la participación en los beneficios derivados de su utilización. Nada de lo dispuesto en los presentes principios se interpretará en el sentido de limitar los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales y la autoridad de los Gobiernos para autorizar el acceso a los recursos genéticos, independientemente de que dichos recursos estén vinculados a conocimientos tradicionales protegidos.
2. La protección de los conocimientos tradicionales debe estar en concordancia con los sistemas de propiedad intelectual vigentes y servirles de apoyo, y debe fomentar la aplicabilidad de los correspondientes sistemas de propiedad intelectual a los conocimientos tradicionales, en aras de sus titulares y de los intereses del público. Nada de lo dispuesto en los presentes principios se interpretará en detrimento de las obligaciones que las autoridades nacionales tengan entre sí en virtud del Convenio de París y otros acuerdos internacionales sobre propiedad intelectual.

31. En el primer párrafo se recuerda el principio establecido, basado en los Artículos 3 y 15.1 del CDB, de que la facultad de reglamentar el acceso a los recursos genéticos como tal corresponde a los gobiernos nacionales. Por lo tanto, en este párrafo se aclara que la protección de los conocimientos tradicionales vinculados a los recursos genéticos debe estar en concordancia con las medidas legislativas, administrativas y políticas mediante las que los gobiernos ejercen su autoridad al reglamentar el acceso a esos recursos. Varios participantes en el Comité señalaron la necesidad de aclarar que la protección de los conocimientos tradicionales no debe limitar la soberanía nacional respecto a los recursos genéticos⁴⁵.

A.7 Respeto de los instrumentos y procesos regionales e internacionales y de cooperación con los mismos

32. Desde su primera sesión, el Comité ha examinado el ámbito de los conocimientos tradicionales en estrecha coordinación y cooperación con otros procesos y organizaciones intergubernamentales. Esto ha quedado reflejado en las decisiones del Comité⁴⁶ y en las respuestas positivas de otros procesos e instancias⁴⁷. De este modo, la coordinación con otros procesos fue considerada un principio general de protección en la sexta sesión del Comité. En el caso de los conocimientos tradicionales, se trata de la coordinación con la labor del CDB, la FAO, el Foro de las Naciones Unidas sobre los Bosques (UNFF), la OMS y la OIT, la

⁴⁵ Véase el documento presentado por el Grupo Africano (WIPO/GRTKF/IC/6/12, Anexo).

⁴⁶ Véanse las declaraciones del Presidente (OMPI/GRTKF/IC/1/13, párr. 128 y 129).

⁴⁷ Véanse las declaraciones de la FAO (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 133, la Secretaría del CDB (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 141), el PNUMA (el estudio conjunto sobre la función de los derechos de propiedad intelectual en la participación en los beneficios, presentado conjuntamente en la séptima Conferencia de las Partes en el CDB), la UNCTAD (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 96), y la FAO (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 133).

UNCCD, la UNCTAD, el PNUMA, el Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, la OMS y la OMC. En la Asamblea General de la OMPI se ha indicado que la atención del Comité debe centrarse en la “dimensión internacional” de su labor “sin perjuicio de la labor que se lleva a cabo en otros foros”, lo que quiere decir que es necesario seguir manteniendo consultas y coordinación con otros organismos y de intercambiar información sobre los avances en otras instancias, y de respetar sus distintos mandatos y competencias.

33. Esto significa asimismo que la protección de los conocimientos tradicionales debe estar en consonancia con las disposiciones de otros instrumentos jurídicos internacionales que se apliquen a los conocimientos tradicionales y servirles de complemento⁴⁸. Por ejemplo, en la Parte IV del ITPGR se reconocen los derechos del agricultor como parte de un instrumento internacional vinculante y en el Artículo 9 se declara 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... la protección de los conocimientos tradicionales de interés para los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura”. No se prevén disposiciones concretas sobre dicha protección, y las medidas específicas que se adopten estarán sujetas a la legislación nacional y entrarán dentro de su ámbito de aplicación. Aun así, en esta clase de disposición se subraya la necesidad de que la protección sea compatible con los objetivos de otros instrumentos internacionales y los complemente.

A7: Principio de respeto de los instrumentos y procesos regionales e internacionales y de cooperación con los mismos

1. La protección de los conocimientos tradicionales debe realizarse en sintonía con los objetivos de otros instrumentos y procesos regionales e internacionales pertinentes, y sin menoscabar los derechos y obligaciones específicos ya establecidos en instrumentos jurídicos vinculantes.
2. Nada de lo dispuesto en los presentes principios afectará la interpretación de otros instrumentos o la labor de otros procesos que se ocupan de la función de los conocimientos tradicionales en esferas políticas conexas, incluida la función de los conocimientos tradicionales en la conservación de la diversidad biológica, la lucha contra la sequía y la desertificación, y la instrumentalización de los derechos de los agricultores reconocidos por los pertinentes instrumentos internacionales y sujetos a la legislación nacional.

34. Este texto se basa en el principio de coordinación con otros foros y procesos pertinentes considerado por el Comité en su sexta sesión (WIPO/GRTKF/IC/6/4, párrafo 29.b)), y tiene por fin afirmar la coherencia con las disposiciones pertinentes de los instrumentos mencionados anteriormente.

⁴⁸ Véanse, por ejemplo, los Artículos 8.j), 10.c), 17.2 y 18.4 del CDB, el Artículo 9 del ITPGR, el Artículo 17.c) de la UNCCD y el Convenio 169 de la OIT.

A.8 Respeto del uso y la transmisión consuetudinarios de los conocimientos tradicionales

35. El respeto de los usos, prácticas y normas consuetudinarios tiene dos fines: velar por que la protección no anule las prácticas consuetudinarias vigentes y utilizar el contexto consuetudinario como guía al aplicar la protección. El uso consuetudinario está protegido en virtud de tres instrumentos internacionales⁴⁹ y de numerosas legislaciones *sui generis* nacionales examinadas por el Comité (como las de la Unión Africana, Brasil, Costa Rica, India, Perú, Portugal y Tailandia)⁵⁰. Además, queda reflejado en instrumentos de Derecho indicativo que se aplican a los recursos genéticos conexos, como las Directrices de Bonn⁵¹. Así pues, numerosos miembros del Comité han declarado que deben fomentarse los usos consuetudinarios de los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos conexos, y que esos usos no deben estar limitados por la protección jurídica reglamentada de dichos conocimientos ni por otros derechos de P.I.⁵². El principio de salvaguardia de los usos consuetudinarios fue examinado por el Comité en su sexta sesión (WIPO/GRTKF/IC/6/4, párr. 27). En varias legislaciones *sui generis* se hace referencia a determinados elementos de las normas consuetudinarias aplicables a los conocimientos tradicionales en el contexto local. Ejemplos de esas legislaciones nacionales o regionales son las legislaciones de Perú, Filipinas y la Unión Africana. El Derecho consuetudinario también ha sido utilizado en los regímenes convencionales de propiedad intelectual a modo de orientación para determinar los intereses equitativos, los recursos jurídicos y la distribución equitativa de las compensaciones que se obtengan por los daños y perjuicios ocasionados por las infracciones; asimismo, puede ser pertinente en los procedimientos de solución de controversias y al determinar las excepciones y limitaciones debidas respecto de los derechos exclusivos.

A8: Principio de respeto del uso y la transmisión consuetudinarios de los conocimientos tradicionales

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

⁴⁹ Véase el Artículo 10.c) del CDB, los Artículos 43.b) y 44.g) de las Directrices de Bonn y el Artículo 9 del ITPGR.

⁵⁰ Véase el Anexo I del documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4.

⁵¹ Véanse los Artículos 43.b) y 44.a) de las Directrices de Bonn.

⁵² Brasil (OMPI/GRTKF/IC/2/14, Anexo, párr. 15), Nueva Zelandia (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 87), Perú (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 76), Suiza (OMPI/GRTKF/IC/1/9, Anexo, pág. 4), Tailandia (WIPO/GRTKF/IC/3/17, párr. 216), la *Assembly of First Nations*, la *Inuit Circumpolar Conference* y el *Métis National Council* (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 117), la *Assembly of First Nations* (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 100), el Consejo Saami (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 98) y la COICA (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 99).

36. El principio está redactado de conformidad con las legislaciones nacionales *sui generis* mencionadas anteriormente, el Artículo 10.c) del CDB y los Artículos 43.b) y 44.g) de las Directrices de Bonn.

A.9 Reconocimiento de las características específicas de los conocimientos tradicionales

37. Lo ideal sería que la protección eficaz y equitativa de los conocimientos tradicionales se basara en el conocimiento de los orígenes, formas, naturaleza y características de los sistemas de conocimientos tradicionales y su contexto tradicional y cultural. Esto serviría para aclarar las características específicas de los conocimientos que deben protegerse fuera de las comunidades tradicionales, la naturaleza de la protección, la identidad de los beneficiarios y sus objetivos. Los niveles y formas de protección deben respetar la naturaleza de los sistemas de conocimientos tradicionales, incluida su diversidad intrínseca, y la concepción global que se tiene de los conocimientos tradicionales en su contexto original.

A9: Principio de reconocimiento de las características específicas de los conocimientos tradicionales

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

B. Principios sustantivos

Antecedentes

38. En esta sección se exponen los principios que podrían ofrecer una orientación más específica sobre la protección de los conocimientos tradicionales. Estos principios tienen por fin alcanzar los objetivos políticos (Parte A) establecidos en el marco de los principios rectores generales (Parte B), y se basan ampliamente en principios, doctrinas y mecanismos jurídicos existentes en el ámbito de la propiedad intelectual y en otros ámbitos, así como en experiencias nacionales y regionales de tipo práctico y legislativo, procedentes de un amplio espectro de países y regiones. En los principios se tiene en cuenta que las legislaciones de propiedad intelectual ya protegen algunos conocimientos tradicionales, y se satisface la petición efectuada por muchos Estados miembros, comunidades y otros, que han solicitado que se examine en particular la materia que no está protegida en virtud de las normas internacionales vigentes (aunque esté protegida de distintas maneras en algunas legislaciones). Aun reconociendo que la materia protegida tiene un alcance amplio, los principios propuestos se basan firmemente en la normativa, la política y la práctica de la P.I. y establecen el debido equilibrio de manera que se complementen los enfoques existentes en ese ámbito.

39. El principio fundamental es la lucha contra la apropiación indebida. Habida cuenta de la diversidad de conocimientos tradicionales y de las distintas necesidades y expectativas de sus titulares han surgido enfoques distintos al dar forma a su protección. Esta diversidad se manifiesta en las distintas preocupaciones planteadas acerca del uso indebido de los conocimientos tradicionales, en las medidas jurídicas ya aplicadas en los sistemas jurídicos nacionales y regionales y en las propuestas de aumentar la protección de dichos

conocimientos. Respetar esta diversidad es una tarea fundamental, a la vez que se elabora una normativa común y orientaciones comunes para el futuro. Sin embargo, un tema que se plantea una y otra vez en el Comité y en otras instancias, y sobre el que al parecer existe consenso, es la importancia de impedir la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales. Los titulares de estos conocimientos han utilizado el término “apropiación indebida” en el Comité⁵³ y en otras instancias⁵⁴ para describir los actos cometidos por terceros que plantean la necesidad de otorgar protección jurídica. Los miembros del Comité han afirmado de forma muy diversa esta premisa básica⁵⁵, declarando por ejemplo que tienen gran interés por “disuadir la utilización abusiva de los conocimientos tradicionales”⁵⁶ y que el “objetivo fundamental de todas las iniciativas de protección de los conocimientos tradicionales” debe ser impedir la apropiación indebida⁵⁷. En estudios preparados fuera del ámbito del Comité⁵⁸, concretamente, en uno del Centro Sur, se ha propuesto “establecer un régimen que reglamente la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales”⁵⁹.

⁵³ Véase la declaración de la Comisión de los Aborígenes e Isleños del Estrecho de Torres (ATSIC), la *Foundation for Aboriginal and Islander Research Action* (FAIRA), la *Assembly of First Nations* (AFN), el *Call of the Earth/Llamado de la Tierra* (COE), la *Canadian Indigenous Biodiversity Network* (CIBN), la Coordinadora de Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA), el Comité de Pueblos Indígenas de la *Creators Rights Alliance* (CRA), el *Hoketahi Moriori Trust*, Rekohu, Aotearoa (Nueva Zelandia), el Consejo Internacional de Tratados Indios (CITI), el *Kaska Dena Council* (KDC) y el Consejo Saami (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 228).

⁵⁴ Véase, por ejemplo, *Intellectual Property Rights for Indigenous Peoples: A Sourcebook* (Tom Greaves, ed. 1994). Véase, asimismo, Howes, D. “Combating Cultural Appropriation in the American Southwest: Lessons from the Hopi Experience Concerning the Uses of Law”. 10 *Can. J. L. y Soc’y*, 129 (1995).

⁵⁵ Grupo Africano (WIPO/GRTKF/IC/6/12, Anexo, “Objetivos”; WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 73, 188, 222), GRULAC (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 189), Botswana (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 215), Brasil (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 69, 91), la Comunidad Europea y sus Estados miembros (WIPO/GRTKF/IC/3/16, Anexo, pág.4), Estados Unidos de América (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 157), India (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 81, 197), Indonesia (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 50), Kenya (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 199), Nueva Zelandia (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 41) y el *Consumer Project on Technology* (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 102).

⁵⁶ Estados Unidos de América (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 157).

⁵⁷ Brasil (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 69, 91).

⁵⁸ Véase Correa, C. “Protecting Traditional Knowledge: Lessons From National Experiences”. Documento de trabajo. *Seminario UNCTAD/Secretaría del Commonwealth sobre los elementos de los sistemas nacionales sui generis para la preservación, la protección y la promoción de los conocimientos, las innovaciones y las prácticas tradicionales y las posibilidades de establecer un marco internacional* (4 a 6 de febrero de 2004): pp. 28-31 y 40 (en adelante “*Seminario UNCTAD/Commonwealth sobre sistemas sui generis para los conocimientos tradicionales y las posibilidades de establecer un marco internacional*”). Véanse especialmente los capítulos titulados “*Preventing misappropriation*” y “*Conclusions*”. Véase igualmente el documento de trabajo principal del mismo seminario de la UNCTAD, titulado “*Preserving, Protecting and Promoting Traditional Knowledge: National Actions and International Dimensions*” (pág. 7).

⁵⁹ Véase, Correa, C. “Update on international developments relating to the Intellectual Property protection of traditional knowledge including traditional medicine”, *Documento de trabajo N.º 18 del Centro Sur* (marzo de 2004): pp. 11, 14 (“*Recommendations and Conclusions*”); Lettington, R. y Nnadozie, K. *A Review of the Intergovernmental Committee on Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore at WIPO*. Estudio especial N.º 12 del Centro Sur (2003), párr. 65, 66 y 67; Capítulo IV.g (“*Misappropriation regime*”) en Correa, C.

Además, otros organismos intergubernamentales pertinentes, como la UNCTAD y el CDB, han llegado igualmente a la conclusión de que establecer un “régimen que reglamente la apropiación indebida” sería una manera adecuada de abordar la protección internacional de los conocimientos tradicionales.

40. El deseo compartido de impedir los actos de apropiación indebida constituye un principio fundamental que aclara y estructura los elementos comunes de las opiniones manifestadas en el Comité acerca de la utilización y la apropiación indebidas de los conocimientos tradicionales. En particular, en el Comité se han puesto de manifiesto tres aspectos generales de la apropiación indebida: la adquisición por terceros de derechos de propiedad intelectual ilegítimos sobre los conocimientos tradicionales; la adquisición de conocimientos tradicionales sin el consentimiento fundamentado previo, cuando este último sea necesario, y el uso comercial y sin contrapartidas o el uso inequitativo de dichos conocimientos con ánimo de lucro, sin que se produzca la participación en los beneficios.

41. Bajo la orientación de los miembros del Comité⁶⁰, la atención que ha de prestarse necesariamente a la “lucha contra la apropiación indebida”⁶¹ forma parte del “enfoque combinado” suscrito. En este enfoque se aplica una serie de instrumentos jurídicos adaptados para abordar los tres aspectos fundamentales de la apropiación indebida señalados en el Comité. Por lo tanto, los principios de protección dan forma al uso combinado de varios instrumentos jurídicos sólidamente instituidos. Entre estos instrumentos, que ya han sido examinados exhaustivamente por el Comité, figuran el principio del consentimiento fundamentado previo, las normas de responsabilidad pecuniaria, los derechos exclusivos, la lucha contra la competencia desleal y las normas sobre prácticas comerciales desleales. Las prácticas, usos y normas consuetudinarios, y los acuerdos suscritos por los titulares de conocimientos tradicionales proporcionan la orientación y el contexto debidos para la aplicación de estos mecanismos jurídicos esenciales. Por lo tanto, los principios sustantivos configuran una forma de protección que proporciona protección preventiva, además de aplicar adecuadamente el consentimiento fundamentado previo, y fomentar la participación equitativa en los beneficios derivados de los usos industriales y comerciales de conocimientos tradicionales realizados sin ánimo de lucro, y la sensibilización respecto de las normas consuetudinarias y los acuerdos que suscriban los titulares de los conocimientos.

[Continuación de la nota de la página anterior]

Protection and promotion of traditional medicine. Ginebra: Centro Sur (2002): pp. 102-106. (Traducción de la Oficina Internacional)

⁶⁰ Véanse las declaraciones del Grupo Africano (OMPI/GRTKF/IC/1/10, Anexo, pág. 6, párr. 3.3.d) y 3.4), el GRULAC (WIPO/GRTKF/IC/1/5, Anexo I, pág. 2, y Anexo II, pág. 4), Brasil (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 68), Estados Unidos (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 75), Japón (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 69), Nueva Zelandia (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 87), Noruega (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 70) y Perú (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 76).

⁶¹ Nueva Zelandia (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 41).

42. Estos principios sustantivos aplicarán los objetivos de protección en concordancia con los principios rectores generales. De este modo, contribuirán a definir una manera común de entender la protección a nivel internacional, caracterizada por los elementos siguientes:

- la protección es equilibrada y proporcionada, dados los amplios intereses públicos y los intereses específicos de las comunidades de titulares de conocimientos tradicionales, y en ella se reconoce el uso y las prácticas honestas y el dominio público legítimo, velando por sancionar toda conducta estrictamente inequitativa;
- se sanciona la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales, que es un acto de competencia desleal;
- los beneficios derivados de los usos comerciales o industriales de los conocimientos tradicionales son distribuidos equitativamente;
- se aplica a los conocimientos tradicionales el principio del consentimiento fundamentado previo en concordancia con la legislación nacional e internacional vigente;
- las autoridades nacionales poseen la máxima flexibilidad para aplicar los principios de manera compatible con sus propios sistemas jurídicos, sus políticas nacionales y las necesidades de los sectores interesados;
- los titulares de conocimientos tradicionales participan plenamente en los procedimientos de protección de sus conocimientos y ejercen un control absoluto sobre ellos;
- no resultan perjudicados los derechos de propiedad intelectual legítimos;
- todas las legislaciones vigentes de conocimientos tradicionales descritas al Comité están en concordancia con la perspectiva internacional común;
- se integran de manera complementaria la protección preventiva y la protección positiva de los conocimientos tradicionales;
- las autoridades nacionales pueden optar por reconocer u otorgar derechos de propiedad particulares y *sui generis* a los conocimientos tradicionales, tanto en el caso de titulares particulares como comunitarios, con arreglo a sus propios sistemas jurídicos y políticas nacionales, y a las necesidades de los sectores interesados.

43. En los principios se expresa una concepción *sui generis* de la apropiación indebida que comprende todas esas características, pero que es compatible con los principios y doctrinas fundamentales del Derecho de P.I. y de las esferas conexas del Derecho. Esto es posible gracias a la idea, examinada en el Comité y en muchos otros estudios, de que la noción básica de apropiación indebida está profundamente enraizada en las normas relativas a la competencia desleal y en conceptos relacionados con ella, como el enriquecimiento injusto, la utilización de activos sin contrapartidas, la imitación servil y el aprovechamiento indebido del beneficio ajeno; la apropiación indebida tiene que ver generalmente con el uso no autorizado de activos intangibles. Otros conceptos relacionados con la apropiación indebida tratan de la

represión de actos que tengan por fin aprovecharse de conductas engañosas o fraudulentas o actos de competencia contrarios a las prácticas leales. Estas doctrinas generales han evolucionado y han sido interpretadas de formas distintas, dando lugar a una base doctrinal aplicable a distintas esferas del Derecho de P.I. (como queda reconocido en varios de los tratados vigentes).

44. No resulta novedoso el uso de las normas sobre competencia desleal para proteger ciertos aspectos de los conocimientos tradicionales contra la apropiación indebida, y ya ha funcionado satisfactoriamente en varias jurisdicciones. En varios estudios se ha demostrado que “los tribunales de casi todos los países se basan periódicamente en los principios aplicables a la apropiación indebida... para poner coto a los métodos de imitación que, de manera flagrante, son inmorales o distorsionan el mercado”⁶². En la labor del Comité se ha puesto de manifiesto un amplio uso de la legislación general relativa a la competencia desleal para proteger los conocimientos tradicionales, como en el caso de Hungría, Perú, Portugal y la República de Corea⁶³. Miembros del Comité, como China, Estados Unidos de América y Japón⁶⁴, grupos regionales, como el GRULAC, la CE, la SAARC y la SADC⁶⁵, otras organizaciones intergubernamentales, como la UNCTAD y la Secretaría del Commonwealth⁶⁶, analistas políticos que no pertenecen al Comité, como el ICTSD y el Centro Sur⁶⁷, y un número creciente de profesores universitarios que debaten las bases teóricas de la protección de los conocimientos tradicionales⁶⁸ han efectuado propuestas específicas en el sentido de que podrían aplicarse a la protección de los conocimientos tradicionales la doctrina de la apropiación indebida, la legislación relativa a la competencia desleal y el Derecho de daños (incluida la normativa sobre el enriquecimiento injusto).

⁶² Véase Reichman, J., “Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms”. 94 *Columbia Law Review*. 1994; pág. 2432 (traducción de la Oficina Internacional).

⁶³ Perú (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 76); respuestas de Hungría (pág. 68), República de Corea (pág. 72) y Portugal (pág. 106) al cuestionario OMPI/GRTKF/IC/2/5.

⁶⁴ China (OMPI/GRTKF/IC/1/13, párr. 31); Estados Unidos de América (WIPO/GRTKF/IC/3/17, párr. 223 y WIPO/GRTKF/IC/5/INF/6); Japón (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 70); Perú (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 76).

⁶⁵ Véanse las recomendaciones del taller de expertos de la SAARC y las conclusiones del taller de expertos de la SADC.

⁶⁶ Véase el Informe del *Seminario UNCTAD/Commonwealth sobre los elementos de los sistemas nacionales sui generis para la preservación, la protección y la promoción de los conocimientos, las innovaciones y las prácticas tradicionales y las posibilidades de establecer un marco internacional* (4 a 6 de febrero de 2004): pág. 13 (“Tort of Misappropriation”). Véase asimismo la pág. 25, en la que se propone un protocolo internacional para luchar contra la apropiación indebida.

⁶⁷ Por ejemplo, la propuesta de que en el régimen que reglamente la lucha contra la apropiación indebida debe incorporarse la legislación relativa a la competencia desleal, efectuada por Dutfield, G. “Protecting Traditional Knowledge and Folklore: A review of progress in diplomacy and policy formulation”. *Proyecto UNCTAD/ICTSD de creación de capacidad en relación con los derechos de propiedad intelectual y el desarrollo sostenible (2002)*: véase el capítulo sobre “*Misappropriation regime*” (pág. 30).

⁶⁸ Por ejemplo, véase “Appropriation and the Tort of Misappropriation” (Sección 5.c) en Karjala, D. y R. Paterson “Looking Beyond Intellectual Property in Resolving Protection of the Intangible Cultural Heritage of Indigenous Peoples”, *11 Cardozo J. Int’l & Comp. L.*, 657. Los autores declaran que si puede hacerse extensiva a los conocimientos tradicionales la importancia que se concede actualmente a los derechos patrimoniales en el Derecho de daños, según parece, el espíritu subyacente a la doctrina de la apropiación indebida está en consonancia con las reivindicaciones indígenas en la causa de la empresa INS.

45. Esta tendencia a establecer un régimen que reglamente la apropiación indebida basado en las normas sobre competencia desleal ha dado lugar a una propuesta de Noruega que tiene por fin establecer una norma general internacional que obligue a los estados a proporcionar protección contra la explotación desleal de conocimientos tradicionales. Esta norma protegería a los conocimientos tradicionales como tales sin requisitos de examen o inscripción previos, de manera “simple y flexible”⁶⁹. Noruega observó las medidas contra la competencia desleal previstas en el Artículo 10*bis* del Convenio de París y propuso que se utilice dicho instrumento “como un modelo para examinar el marco de un sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales”. Esta norma general podría complementarse con “directrices de aplicación acordadas a nivel internacional”. El Presidente propuso que, al volver a considerar los elementos de la protección *sui generis* de los conocimientos tradicionales, (WIPO/GRTKF/IC/3/8), se estudiara la posibilidad de proporcionar protección a los conocimientos tradicionales de manera análoga a la prevista en el Artículo 10*bis* del Convenio de París en relación con la competencia desleal, propuesta que fue aprobada por el Comité⁷⁰.

46. La evolución de una nueva “norma general internacional” que se base en cierta medida en el modelo del Artículo 10*bis*, o lo aplique, cuenta con varios precedentes sólidos en el Derecho internacional de la P.I.⁷¹, especialmente en lo que atañe a la protección de la información no divulgada y los datos de prueba (“[a]l garantizar una protección eficaz contra la competencia desleal, de conformidad con lo establecido en el Artículo 10*bis* del Convenio de París (1967), los Miembros protegerán la información no divulgada... y los datos que se han sometido a los gobiernos o a organismos oficiales”⁷²), y al alcance de la protección de las indicaciones geográficas. Por supuesto, los conocimientos tradicionales de tipo confidencial pueden protegerse como información no divulgada, y éste es uno de los mecanismos de protección que pueden aplicarse en ese marco. En las normas internacionales de protección *sui generis* aplicables a los circuitos integrados y a los fonogramas también se contempla explícitamente la legislación sobre competencia desleal como uno de los modos de protección; de distintas maneras, este tipo de legislación también ha sido utilizado para proteger otros elementos, como las marcas no registradas y determinados diseños, y para otorgar protección contra las imitaciones serviles.

47. La experiencia histórica ha puesto de manifiesto la utilidad de aplicar los principios de la competencia desleal a la protección *sui generis* de nueva materia. Los miembros del Comité han señalado además otros factores, sugiriendo que la protección de los conocimientos tradicionales hallaría una base útil en la doctrina general aplicable a la apropiación indebida:

⁶⁹ Noruega (WIPO/GRTKF/IC/3/17, párr. 227).

⁷⁰ Párrafo de decisión (WIPO/GRTKF/IC/3/17, párr. 249).

⁷¹ La AIPPI ha determinado que “el concepto moderno de protección contra la competencia desleal está destinado a proteger no solamente a los competidores sino también a los consumidores y al público en general y que los actos contrarios a las prácticas comerciales leales deben ser considerados como actos de competencia desleal” (traducción de la Oficina Internacional).

⁷² Artículo 39.1 del Acuerdo sobre los ADPIC.

- La lucha contra la apropiación indebida comprende la protección preventiva y la positiva;
- no existen requisitos onerosos para los titulares de conocimientos tradicionales a la hora de establecer derechos, ni la obligación de inscribir los conocimientos tradicionales en bases de datos o divulgarlos;
- se minimizan los costos impuestos a las autoridades nacionales y los costos sociales que conlleva establecer un sistema de protección;
- el principio general de la apropiación indebida constituye un marco que permite otorgar a los titulares de conocimientos tradicionales acceso a beneficios equitativos, ya sea mediante un régimen de responsabilidad pecuniaria o procedimientos que rigen el acceso y la participación en los beneficios;
- en función de los sistemas jurídicos nacionales, no es necesario promulgar disposiciones legislativas en algunas jurisdicciones;⁷³
- la doctrina está en concordancia con la evolución general de los principios de la propiedad intelectual, afirmando su aplicación a una nueva esfera prioritaria, pero en consonancia con su evolución natural;
- se establece una norma de respeto de los conocimientos tradicionales y la protección jurídica eficaz contra la apropiación indebida;
- se aplica igualmente a los conocimientos tradicionales que forman parte del dominio público, sin tener que extraer los conocimientos de ese dominio para otorgar protección a sus titulares;
- la base jurídica para hacer valer los derechos puede ser la *adquisición y el uso* desleales de los conocimientos;
- impide los usos desleales sin exigir el establecimiento de un régimen de derechos de propiedad privados, condición que algunos sectores interesados han considerado inadecuada en el caso de los conocimientos tradicionales;
- no exige la fijación, el registro o la compilación de los conocimientos tradicionales en bases de datos, condiciones que también han sido consideradas inadecuadas por algunos sectores en el caso de los conocimientos tradicionales.

B.1: Protección contra la apropiación indebida

48. Varias legislaciones *sui generis* protegen a los conocimientos tradicionales contra la apropiación indebida empleando elementos de la legislación relativa a la competencia desleal. En el Decreto Ley N.º 118 de Portugal, que supone la primera Ley *sui generis* europea de protección de los conocimientos tradicionales, se crea el vínculo entre la protección *sui generis* de los conocimientos tradicionales, por una parte, y el concepto de apropiación

⁷³ Resulta similar a este respecto la aplicación del Artículo 10bis del Convenio de París.

indebida en la legislación sobre competencia desleal, por otra, incluido el registro de las indicaciones geográficas y las denominaciones de origen⁷⁴. La legislación *sui generis* del Perú “ha adoptado elementos de la protección existente en el ámbito de la represión de la competencia desleal y los ha aplicado a los conocimientos tradicionales”⁷⁵. De hecho, los legisladores de esta Ley informaron al Comité de que “el alcance de la protección otorgada por esta Ley se inspira en la denominada cláusula general utilizada en la represión de la competencia desleal”⁷⁶.

49. En el principio de lucha contra la apropiación indebida, expuesto en esta sección, se establece en primer lugar una norma básica para combatir los actos de apropiación indebida⁷⁷, a continuación se proporciona una descripción general y no exclusiva de la apropiación indebida, y por último se establecen los actos específicos de apropiación indebida que deben ser prohibidos. Esta estructura es paralela a la del Artículo 10*bis* del Convenio de París, que trata de la represión de la competencia desleal⁷⁸.

B.1: Protección contra la apropiación indebida

1. Los conocimientos tradicionales deben estar protegidos contra los actos de apropiación indebida.

50. En este principio se articula la opinión generalmente expresada de que los conocimientos tradicionales no deberán ser apropiados indebidamente y de que es necesario establecer alguna forma de protección para alcanzar ese objetivo. La amplia gama de enfoques de protección jurídica considerados por el Comité tiene en común el efecto de restringir la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales de distintas maneras específicas. En el sistema jurídico general está sólidamente inscrita una norma contra la apropiación indebida de activos intangibles (como el buen hombre, la reputación, los conocimientos especializados y los secretos comerciales), y a menudo se considera como parte de las normas sobre competencia desleal en el Derecho de P.I. y en la legislación conexas. Esto da a entender que el principio general contra la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales constituiría un punto de apoyo común para la protección, apropiando los distintos enfoques de protección sobre la base del marco jurídico vigente.

⁷⁴ En el sexto párrafo del preámbulo de la Ley de Portugal se declara que “la descripción de este material [es decir, los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales conexos], cuya identidad será definida de manera *sui generis* ..., refuerza los fundamentos mediante los que se establecerán procedimientos para proteger las denominaciones de origen y las indicaciones geográficas y otorga cierta clase de protección contra su apropiación indebida”. (Traducción de la Oficina Internacional).

⁷⁵ Perú (WIPO/GRTKF/IC/5/INF/6, Anexo V, párr. 5).

⁷⁶ Perú (WIPO/GRTKF/IC/5/INF/6, Anexo V, párr. 49).

⁷⁷ Bodenhausen, G. *Guía del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial*. Publicación N.º 116(S) de la OMPI, (en adelante “Guía del Convenio de París”), pp. 156–160.

⁷⁸ El Artículo 10*bis* del Convenio de París reza lo siguiente: “*Competencia desleal*: 1) los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal. 2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial. 3) En particular deberán prohibirse: cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; [...]”.

51. La naturaleza de la “apropiación indebida” se esclarece mediante una definición general y ejemplos específicos de ese tipo de actos, respectivamente. De esta manera, se aplica lo prescrito por el Comité en el sentido de tomar como modelo el Artículo 10*bis* del Convenio de París. En esta declaración general se expone un principio amplio de manera parecida a la del primer párrafo del Artículo 10*bis*, que ha podido aplicarse y desarrollarse de manera flexible. De este modo, cabe disponer la protección sin exigir la promulgación de legislación específica en algunos sistemas jurídicos. De la misma manera, el Artículo 10*bis* del Convenio de París fue suscrito en el entendimiento⁷⁹ de que “los Estados miembros no estarían obligados a introducir una legislación *especial* al respecto, si su legislación general ya existente –por ejemplo, las disposiciones del derecho civil dirigidas contra los actos ilícitos– bastara para asegurar una protección eficaz contra la competencia desleal”⁸⁰. Un enfoque similar podría reducir al mínimo los costos de transacción que conlleva establecer un régimen efectivo contra la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales, y aprovechar al máximo la concordancia con los principios de propiedad intelectual vigentes. Utilizando la estructura del Artículo 10*bis* como modelo es posible establecer una norma específica y respetar el principio rector de flexibilidad y exhaustividad, haciendo posibles la evolución y el desarrollo de medidas jurídicas para combatir la apropiación indebida en consulta con los titulares de conocimientos tradicionales. En el documento WIPO/GRTKF/IC/7/6 se ponen de manifiesto las opciones disponibles en los sistemas nacionales para aplicar esta norma.

Naturaleza general de la apropiación indebida

2. Toda adquisición o apropiación de conocimientos tradicionales por medios desleales o ilícitos constituye un acto de apropiación indebida. La apropiación indebida también puede consistir en obtener beneficios comerciales a partir de la adquisición o apropiación de conocimientos tradicionales cuando la persona que los utilice sepa, o no sepa por negligencia grave, que han sido objeto de adquisición o apropiación por medios desleales; así como otras actividades comerciales contrarias a los usos honestos y mediante las cuales se obtengan beneficios inequitativos a partir de los conocimientos tradicionales.

52. La naturaleza de la apropiación indebida se describe de manera general y no exhaustiva. Se sugiere la existencia de un vínculo con las normas sobre competencia desleal al incidir en que la adquisición se realice *por medios desleales*. Al igual que en el Artículo 10*bis* del Convenio de París, el término “medios desleales” puede definirse con respecto a los marcos jurídicos concretos vigentes en la legislación nacional, en concordancia con otras esferas del Derecho de P.I. La jurisprudencia nacional aclarará y fortalecerá el efecto de este principio en lugar de crear una nueva normativa partiendo de cero. Por ejemplo, en las legislaciones nacionales cabe aclarar que entre los “medios desleales” figuran el robo, el soborno, la coacción, la impostura, el incumplimiento de contrato o la instigación al incumplimiento, el abuso de confianza, u otros actos impropios similares⁸¹. En lugar de limitar el alcance de la

⁷⁹ Véase la Conferencia de Revisión de 1911 del Convenio de París, *Actes des Washington*, pp. 305 y 255; la Conferencia de Revisión de 1925, *Actes de La Haye*, pp. 472 y 578.

⁸⁰ Guía del Convenio de París, pág. 157.

⁸¹ Véase, por ejemplo, la definición de “medios indebidos” de la Ley de Secretos Comerciales de los Estados Unidos, la definición del término “acto de adquisición indebida” del Artículo 2.3.1), de la Ley de Competencia Desleal de la República de Corea, y la definición similar del Artículo 2.1)iv) de la Ley de Competencia Desleal del Japón. Véase asimismo el término “adquisición por medios desleales” en los Artículos 31 y 41 de la Ley de Marcas de la

protección, el marco existente puede fortalecer su eficacia y accesibilidad en la práctica. En el documento WIPO/GRTKF/IC/7/6 se ilustra la manera en que este enfoque actuaría en consonancia con varias legislaciones nacionales⁸². Teniendo en cuenta la elaboración de principios sobre la competencia desleal en otros instrumentos⁸³, este principio incluye asimismo los actos que se beneficien injustamente de la adquisición o apropiación de conocimientos tradicionales, de manera que pueda extenderse adecuadamente el alcance de la protección más allá del acto inicial de apropiación indebida, de modo similar a la protección de información no divulgada por medio de las normas sobre competencia desleal.

Actos de apropiación indebida

3. En particular, deben preverse medidas jurídicas para impedir:

i) la adquisición de conocimientos tradicionales mediante robo, soborno, coacción, fraude, violación de lo ajeno, incumplimiento de contrato o instigación al incumplimiento, abuso de confianza o instigación al abuso, incumplimiento de las obligaciones fiduciarias o de las derivadas de otro tipo de relación confidencial, engaño, impostura, suministro de información engañosa al obtener el consentimiento fundamentado previo para acceder a los conocimientos tradicionales u otros actos desleales o deshonestos;

ii) la adquisición o el control de los conocimientos tradicionales en violación de las medidas jurídicas que exigen el consentimiento fundamentado previo como condición para acceder a los conocimientos, y el uso de conocimientos tradicionales que conlleve el incumplimiento de condiciones mutuamente acordadas para obtener el consentimiento fundamentado previo en relación con el acceso a esos conocimientos;

iii) alegaciones o aseveraciones falsas sobre la titularidad o el control de los conocimientos tradicionales, en particular, la adquisición, reivindicación o aseveración de derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales por terceros que sepan que dichos derechos no tienen validez, habida cuenta de la naturaleza de los conocimientos y de las condiciones relativas al acceso a los mismos; y

iv) el uso comercial o industrial de conocimientos tradicionales sin compensar de manera justa y adecuada a los titulares reconocidos de los conocimientos, cuando se haga con ánimo de lucro y otorgue una ventaja tecnológica o comercial a su usuario, y que sería legítimo compensar a los titulares de los conocimientos habida cuenta de las circunstancias en las que el usuario los ha adquirido.

[Continuación de la nota de la página anterior]

República Popular de China (2001) y el Artículo 2 de la Ley de Prácticas Comerciales de Dinamarca, de 1994.

⁸² Véase, por ejemplo, el Artículo 1.2) de la Ley de Secretos Comerciales de los Estados Unidos.

⁸³ Véase, por ejemplo, la nota a pie de página 10 del Artículo 39.2 del Acuerdo sobre los ADPIC, en la que la expresión “de manera contraria a los usos comerciales honestos” se define en el sentido de “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”.

53. Esta lista se basa en el tercer párrafo del Artículo 10*bis* del Convenio de París y constituye una lista inclusiva de los actos específicos que, como mínimo, se considerarán actos de apropiación indebida. Esta lista respeta el principio de flexibilidad y exhaustividad al permitir utilizar en la legislación nacional una amplia gama de medios jurídicos. Gracias a los términos “en particular” se ofrece la posibilidad de considerar actos adicionales como formas de apropiación indebida; entre este tipo de actos figuran los beneficios comerciales desleales obtenidos de productos basados en los conocimientos tradicionales⁸⁴. Esta lista puede modificarse en el futuro, al igual que ha sucedido con la evolución y aplicación posterior del Artículo 10*bis*⁸⁵. Por ejemplo, la lista de actos de competencia desleal contenida en el tercer párrafo del Artículo 10*bis* fue ampliada en la Conferencia de Revisión de 1958, añadiendo el tercer ejemplo de actos de competencia desleal que figuran actualmente en el Convenio (párrafo 10*bis*.3)).

54. En la lista se sintetizan actos específicos de apropiación indebida que han sido reconocidos en el Comité. Entre ellos figura la adquisición ilícita (por medio del robo, el engaño o el incumplimiento de contrato). Asimismo, se contempla la aplicación a los conocimientos tradicionales del principio del consentimiento fundamentado previo; este principio ha sido puesto de relieve en bastantes ocasiones en el Comité y fue apoyado en la sexta sesión al examinar el documento WIPO/GRTKF/IC/6/4⁸⁶. El principio se aplica a la adquisición de conocimientos cuando se violen los mecanismos nacionales del consentimiento fundamentado previo y al quebrantamiento de las cláusulas acordadas como condición para el acceso. Esto debe estar en consonancia con las obligaciones específicas creadas en virtud de la Directiva Europea 98/44⁸⁷ y el sistema de parques nacionales de los Estados Unidos⁸⁸, así como en las leyes de acceso y participación en los beneficios de más de 34 países. En el tercer punto se reconoce la necesidad de contar con la protección preventiva, tomando como base la labor anterior del Comité⁸⁹. El último punto guarda relación con los usos comerciales o industriales que se apropien indebidamente del valor de los conocimientos tradicionales, cuando sea razonable prever que los titulares de dichos conocimientos participarán en los beneficios derivados de ese uso. Dadas las circunstancias en que se adquieren los conocimientos, cabe esperar que existirá una compensación o una participación en los beneficios, en consonancia con los principios de justicia y equidad. En la práctica, puede variar considerablemente la manera exacta en que quede reconocido este principio en la legislación nacional: cabe establecer una analogía general con las normas sobre las denominadas “propuestas de ideas”, que habitualmente pueden inscribirse en las categorías de apropiación indebida o apropiación ilícita, incumplimiento de las obligaciones fiduciarias o de

⁸⁴ Por ejemplo, véanse los conceptos “desleal” en la Ley de Artes y Oficios de los Estados Unidos de América y en la Ley del Perú.

⁸⁵ La lista de actos específicos de competencia desleal (Artículo 10*bis*, párr. 3) fue aumentada progresivamente, incluyendo los actos capaces de crear confusión, las aseveraciones falsas capaces de desacreditar a los competidores, y de inducir al público a error. La lista fue ampliada en la Conferencia de Revisión de 1958, en Lisboa, añadiendo el tercer ejemplo de actos de competencia desleal, que están incluidos actualmente en el Convenio de París (párrafo 10*bis*.3)). Véase las *Actes de Lisbonne*, pp. 725, 784, 106 y 118.

⁸⁶ Véase el párr. 22 del WIPO/GRTKF/IC/6/4.

⁸⁷ Véase la Directiva de la CE 98/44 sobre la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas (1998) y la Comunicación de la Comisión Europea sobre la aplicación de las Directrices de Bonn.

⁸⁸ WIPO/GRTKF/IC/4/13.

⁸⁹ Documentos OMPI/GRTKF/IC/2/6, WIPO/GRTKF/IC/3/5, WIPO/GRTKF/IC/3/6, WIPO/GRTKF/IC/5/8 y WIPO/GRTKF/IC/6/8.

las derivadas de otro tipo de relación confidencial, incumplimiento de contrato explícito o implícito, o enriquecimiento injusto sobre la base de un cuasicontrato o de un contrato implícito que se derive de las circunstancias en que se haya adquirido la idea. De modo parecido, este principio y el principio conexo que figura en el apartado B.6 hacen referencia a las circunstancias en que se adquieren los conocimientos tradicionales y a la posibilidad de que se prevean obligaciones basadas en los principios de equidad y justicia, de carácter más general.

Protección general contra la competencia desleal

4. Los titulares de conocimientos tradicionales también deben estar protegidos contra otros actos de competencia desleal, incluidos los actos enumerados en el Artículo 10bis del Convenio de París. Entre estos actos figuran las aseveraciones falsas o engañosas mediante las que se indica que un producto o servicio ha sido producido o suministrado con la participación o la aprobación de los titulares de los conocimientos tradicionales o que la explotación comercial de los productos o servicios beneficia a los titulares de los conocimientos tradicionales.

55. Complementando los principios generales de la apropiación indebida, en este principio se aclara que los actos específicos de competencia desleal que ya figuran en el Artículo 10bis se aplican directamente a los conocimientos tradicionales. Por ejemplo, el principio proporciona protección contra los siguientes actos:

a) sugerir falsamente que existe una relación con el establecimiento, los productos o las actividades comerciales de una comunidad titular de conocimientos tradicionales: por ejemplo, sería un acto de competencia desleal ofrecer un producto en venta acompañado de una descripción en la que se indique falsamente que el producto ha sido producido o patrocinado por la comunidad tradicional⁹⁰. Asimismo, sería el caso en el que se ofrecen servicios médicos y otro tipo de servicios comerciales sobre los que se indique de manera falsa, engañosa o fraudulenta que son genuinamente indígenas o tradicionales⁹¹.

b) pronunciar aseveraciones falsas que desacrediten el establecimiento, los productos o las actividades comerciales de los titulares de conocimientos tradicionales en el ejercicio del comercio. Por ejemplo, las alegaciones falsas de que determinados productos medicinales tradicionales son peligrosos o ineficaces pueden ser consideradas actos de competencia desleal⁹²;

⁹⁰ En los Estados Unidos de América ya existe una forma limitada o particular de ese tipo de protección con arreglo a un mecanismo *sui generis* a saber, la Ley de Artes y Oficios. Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF/6 (Anexo IX, pág. 6).

⁹¹ Los titulares de conocimientos tradicionales expresaron esta necesidad de protección adicional en Minnesota durante las misiones exploratorias de la OMPI sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales. Véase el *Informe de las misiones exploratorias de la OMPI*, pp. 124, 141 y la nota de pie de página 1 (Misión exploratoria a Norteamérica).

⁹² La necesidad de protección adicional contra dichos actos fue expresada en la misión exploratoria de la OMPI sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales en China y el Perú. Véanse las “Necesidades y expectativas de los titulares de conocimientos tradicionales”, OMPI, 2000, pág. 189, y el “*Report on WIPO Fact-finding Mission to China*” de próxima publicación.

c) inducir al público a error acerca del uso de conocimientos tradicionales en la puesta a punto y fabricación de productos o servicios. Entre estos actos figura la venta de productos medicinales supuestamente considerados como productos aborígenes cuando se basen en fuentes similares, pero sin ser productos genuinos de la medicina indígena⁹³;

d) sugerir falsamente que los titulares de conocimientos tradicionales han participado en la creación de determinados productos comerciales o los han patrocinado, o que se benefician de la explotación comercial de productos basados en dichos conocimientos. Entre estos actos figuran las declaraciones en las que se indique que determinados cosméticos están siendo comercializados por medio de acuerdos de participación en los beneficios suscritos entre la parte que los comercializa y los titulares de conocimientos tradicionales, cuando de hecho no existan ese tipo de acuerdos⁹⁴.

Reconocimiento del contexto consuetudinario

56. La noción de apropiación indebida de los conocimientos tradicionales se define de manera general a fin de que sea interpretada más restrictivamente en virtud de la legislación nacional. No obstante, en los principios rectores se sugiere que conceptos tales como “medios desleales”, “beneficios equitativos” y “apropiación indebida” deben estar guiados en casos concretos por el contexto tradicional y los acuerdos consuetudinarios de los titulares de conocimientos tradicionales. Este contexto y estos acuerdos pueden estar plasmados en los protocolos o prácticas tradicionales de la comunidad o estar codificados en sistemas jurídicos consuetudinarios⁹⁵. Recientemente se ha observado en el Comité que las normas “consuetudinarias de las comunidades locales pueden desempeñar una función importante al reglamentar el acceso a los conocimientos tradicionales y distribuir los beneficios que puedan surgir de ellos”⁹⁶.

⁹³ Los titulares de conocimientos tradicionales expresaron esta necesidad durante las misiones exploratorias de la OMPI. Véanse las declaraciones de los titulares de conocimientos tradicionales en Minnesota, en “Necesidades y expectativas de los titulares de conocimientos tradicionales” en las pp. 124 y 141 y la nota a pie de página 1 (Misiones exploratorias a Norteamérica).

⁹⁴ Se trata de un ejemplo expuesto en el *WIPO/UNEP Study on the Role of Intellectual Property Rights in the Sharing of Benefits Arising from the Use of Biological Resources and Associated Traditional Knowledge*. Publicación N.º 769 (E) de la OMPI.

⁹⁵ Véase “Sistemas no estructurados de propiedad intelectual y derecho consuetudinario” en el *Informe relativo a las misiones exploratorias de la OMPI sobre las necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares de los conocimientos tradicionales*, pág. 59.

⁹⁶ Estados Unidos de América, WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 76.

Reconocimiento del contexto consuetudinario

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

57. Este enfoque está en concordancia con la mención y el respeto de las normas, prácticas y acuerdos consuetudinarios que fueron considerados en la sexta sesión del Comité (párrafo 46, WIPO/GRTKF/IC/6/4). En varias legislaciones *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales ya se aplica dicho principio, por ejemplo, en la Legislación Tipo Africana, así como en las leyes del Perú y Filipinas. En el documento WIPO/GRTKF/IC/7/6 se explican más detalladamente los medios mediante los que pueden aplicarse dichos aspectos de la protección en los sistemas jurídicos nacionales. Por ejemplo, el Derecho consuetudinario ya ha sido utilizado en los sistemas de propiedad intelectual como guía para determinar la capacidad legal de las comunidades, y el tipo de compensación y su distribución como medida de reparación por la infracción de derechos de propiedad intelectual. En el contexto de la legislación sobre confidencialidad también se ha determinado que el uso de conocimientos tradicionales que incumpla los deberes sagrados o ceremoniales constituye un incumplimiento de las obligaciones fiduciarias.

B.2: Forma jurídica de protección

58. Las medidas de protección de los conocimientos tradicionales, ya sean medidas *sui generis* o legislaciones generales adaptadas, manifiestan una amplia gama de formas y doctrinas jurídicas, alcance de la protección y procedimientos. Por ejemplo, entre las legislaciones y medidas de protección de los conocimientos tradicionales examinadas por un grupo de expertos nacionales en la quinta sesión del Comité figuran las siguientes:

- Legislaciones relativas a la propiedad industrial: Ley de Patentes (China), Ley de Marcas (Estados Unidos de América) y Ley sobre represión de la competencia desleal (Perú);
- el Derecho de daños (Estados Unidos de América);
- legislaciones de acceso y participación en los beneficios (Brasil, Costa Rica, Portugal);
- legislación sobre los derechos de los pueblos indígenas (Filipinas); y
- derechos exclusivos específicos sobre los conocimientos tradicionales como tales.

59. Las formas jurídicas de protección van desde los derechos de propiedad exclusivos sobre todas las “innovaciones, prácticas, conocimientos y tecnologías comunitarios”⁹⁷, hasta los derechos de propiedad aplicables únicamente a los conocimientos tradicionales en sectores específicos como la agricultura tradicional⁹⁸, la medicina tradicional⁹⁹ o la artesanía

⁹⁷ Legislación Tipo Africana.

⁹⁸ Ley de Portugal.

indígena¹⁰⁰, y la protección *sui generis* sin ningún tipo de derecho de propiedad exclusivo¹⁰¹. Algunas formas de protección están sujetas al registro de los conocimientos en bases de datos¹⁰², para otras no es necesario el registro¹⁰³, y en algunos casos el registro es facultativo¹⁰⁴. Dada la diversidad de formas jurídicas de protección de los conocimientos tradicionales, no es de extrañar que en las sesiones anteriores del Comité no se haya alcanzado consenso sobre la aplicación de derechos de propiedad privados a la protección de los conocimientos tradicionales. En cualquier caso, los derechos de propiedad exclusivos no constituyen una opción política aislada en el Derecho de P.I.: “la ‘propiedad intelectual’ influye en cierta manera en las formas contiguas de responsabilidad civil”¹⁰⁵.

60. Teniendo en cuenta la referencia hecha en el Comité a un “enfoque combinado” de protección de los conocimientos tradicionales y el principio de “flexibilidad y exhaustividad” expuesto en el presente documento, esta diversidad de formas de protección jurídica a escala nacional no supone un obstáculo a la elaboración de principios internacionales para la protección. De hecho, en los instrumentos internacionales *sui generis* para la protección de la propiedad intelectual se otorga una amplia libertad a las autoridades nacionales a la hora de aplicar los principios sustantivos. El Tratado de Washington, citado anteriormente, hace referencia a la ley sobre derecho de autor, patentes, modelos de utilidad, diseños industriales, competencia desleal “o cualquier otra ley o cualquier combinación de dichas leyes”¹⁰⁶. Por lo tanto, el principio que figura a continuación está en consonancia con este enfoque y con el principio general de flexibilidad y exhaustividad.

61. Además de la diversidad de derechos exclusivos que existe en las medidas *sui generis* vigentes, y que constituye una limitación impuesta necesariamente a las iniciativas de armonización internacional de normas sobre derechos de propiedad privados, los titulares de conocimientos tradicionales y los miembros del Comité expresaron el temor de que este tipo de derechos no sean adecuados para proteger los conocimientos tradicionales, dadas las características específicas de estos últimos¹⁰⁷. En concreto, se expresó el temor de que la protección jurídica de los conocimientos tradicionales por medio de derechos de propiedad exclusivos pueda:

- fragmentar los sistemas de conocimientos tradicionales o empañar su carácter global;
- crear conflictos entre las comunidades o titulares de conocimientos tradicionales que posean conocimientos parecidos o idénticos;
- limitar la transmisión tradicional de los conocimientos tradicionales dentro de la comunidad original;

[Continuación de la nota de la página anterior]

⁹⁹ Ley de Tailandia.

¹⁰⁰ Ley de Artes y Oficios de los Estados Unidos.

¹⁰¹ Ley del Perú.

¹⁰² Ley de Portugal.

¹⁰³ Medida del Brasil.

¹⁰⁴ Legislación Tipo Africana.

¹⁰⁵ W.R. Cornish, *Intellectual Property*, (1999), pág. 761 (traducción de la Oficina Internacional).

¹⁰⁶ Señalado por la Delegación de Siria (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 80) como modelo de protección de los conocimientos tradicionales; véase el Artículo 4 del Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados (1989).

¹⁰⁷ Véase Acción Internacional por los Recursos Genéticos (GRAIN), “The great protection racket: Imposing IPRs on traditional knowledge,” *Seedling* (abril de 2004).

- menoscabar la ética de distribución y custodia colectiva de los conocimientos tradicionales;
- faltar al respeto de los valores tradicionales, ceremoniales, sagrados o religiosos de los conocimientos tradicionales;
- dar lugar a incentivos dañinos para los titulares de conocimientos tradicionales (por ejemplo, hacer pasar nuevos productos por productos basados en la tradición, deformar las tradicionales para obtener ventajas comerciales, etcétera);
- crear incentivos para el uso insostenible de recursos genéticos relacionados con los conocimientos tradicionales;
- dar lugar a que se desintegren las instituciones tradicionales y estructuras sociales basadas en los conocimientos tradicionales;
- limitar indebidamente el acceso a los conocimientos tradicionales o a los recursos biológicos conexos, así como su utilización, de manera que se ponga en peligro su conservación;
- elevar los costos de transacción para la transmisión y conservación de los conocimientos tradicionales;
- permitir la apropiación sin contrapartidas de innovaciones basadas en los conocimientos tradicionales por partes distintas de los innovadores de base;
- sustituir la custodia comunal por la titularidad individual de los conocimientos tradicionales;
- permitir a personas distintas de los verdaderos titulares tradicionales de los conocimientos adquirir derechos de propiedad sobre ellos.

62. De hecho, en un estudio realizado por el Centro Sur se concluye que “principios que son fundamentales para la existencia e identificación del personal de la comunidad [tradicional]”, y que están reflejados en sistemas jurídicos consuetudinarios, están “a menudo basados en derechos provisionales de uso en lugar de derechos de propiedad exclusivos”, circunstancia que se da por igual en distintas comunidades y regiones¹⁰⁸. En consecuencia, los titulares de conocimientos tradicionales y otros miembros del Comité que pertenecen a organizaciones no gubernamentales han señalado que los derechos de propiedad privados “son inadecuados para proteger los conocimientos tradicionales [y] acelerarán sin duda la desintegración y destrucción de los conocimientos tradicionales y su transformación en artículos de consumo”¹⁰⁹.

63. Dados los temores expresados por un amplio sector de participantes en el Comité, en los principios no se imponen derechos de propiedad privados a los conocimientos tradicionales. Como declaró la Delegación del Brasil, los derechos de propiedad privados son “sistemas de los que es necesario proteger a los conocimientos tradicionales, en lugar de sistemas de protección”¹¹⁰. Por lo tanto, en los principios contenidos en el presente documento no se aplican ese tipo de derechos a los conocimientos tradicionales, y en su lugar se emplean “doctrinas jurídicas alternativas al formular políticas sobre estas cuestiones”¹¹¹.

¹⁰⁸ Véase Lettington, R. y Nnadozie, K. *A Review of the Intergovernmental Committee on Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore at WIPO*. Documento de Trabajo N.º 12 del Centro Sur (2003), párr. 24, punto 5. (Traducción de la Oficina Internacional)

¹⁰⁹ GRAIN, nota a pie de página N.º 107, sección: “*Acknowledge the irrelevance of IPRs*”, (traducción de la Oficina Internacional)

¹¹⁰ Brasil (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 69).

¹¹¹ Brasil (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 69).

64. Sin embargo, numerosos miembros del Comité ya han previsto derechos exclusivos en el caso de determinados conocimientos tradicionales¹¹², y muchos titulares han optado libremente por hacer uso de ellos. Los sistemas de protección de los conocimientos tradicionales que se aplican en esos países otorgan derechos exclusivos bajo determinadas condiciones y, por lo tanto, en los principios que figuran en el recuadro B.2 se reconoce simplemente que pueden otorgarse dichos derechos, en función de las legislaciones y políticas nacionales. Así pues, se otorga a las autoridades nacionales la flexibilidad absoluta y la opción de decidir si conceden derechos exclusivos, de conformidad con el sistema jurídico nacional, las necesidades de los sectores interesados, la base de los conocimientos tradicionales, las estructuras del mercado y los objetivos políticos generales existentes a escala nacional. Como los derechos exclusivos abarcan tanto los derechos de propiedad intelectual convencionales como los derechos *sui generis*, en el principio se hace referencia de manera genérica a los derechos exclusivos que ya han sido establecidos a escala internacional por medio del Convenio de París y el Acuerdo sobre los ADPIC. Sin embargo, no se exige a los países que otorguen derechos exclusivos o establezcan sistemas de propiedad privada para los conocimientos tradicionales.

B2: Forma jurídica de protección

1. La protección podrá instrumentarse por medio de una ley especial sobre los conocimientos tradicionales, de legislación sobre propiedad intelectual, incluidas leyes sobre la competencia desleal y el enriquecimiento indebido, del Derecho de daños o Derecho de responsabilidad civil, del Derecho penal, de leyes relativas a los intereses de los pueblos indígenas, de regímenes de acceso y participación en los beneficios, o de cualquier otra ley o combinación de esas leyes.
2. La protección no tiene por qué otorgarse por medio de derechos de propiedad exclusivos, aunque puedan concederse esos derechos, cuando proceda, a los titulares de los conocimientos tradicionales, haciendo uso de los sistemas vigentes o de sistemas *sui generis* de derechos de propiedad intelectual, de conformidad con las necesidades y las aspiraciones de los titulares de los conocimientos, y teniendo en cuenta las legislaciones y políticas nacionales y las obligaciones internacionales.

65. En este principio se aplica el principio de flexibilidad y exhaustividad, y se refleja la práctica puesta de manifiesto por los países que ya han aplicado formas *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales. Su estructura se basa en el Artículo 4 del Tratado de Washington y permite a las autoridades nacionales elegir la manera más eficaz de alcanzar la protección de los conocimientos tradicionales, dado el contexto jurídico específico en que se aplicará esta última. Asimismo, en el principio se aclara que los mecanismos deben aplicar el requisito general de combatir la apropiación indebida, y se contempla específicamente el principio de consentimiento fundamentado previo y de participación equitativa en los beneficios que se desarrolla posteriormente.

¹¹² Por ejemplo, los países que aplican la Legislación Tipo Africana (a saber, Nigeria, Zambia), China, Costa Rica, Estados Unidos de América, Filipinas, Portugal y Tailandia (véanse, además, las respuestas al cuestionario que figura en el documento OMPI/GRTKF/IC/2/5).

B.3: Alcance general de la materia protegida

66. Habitualmente, las normas internacionales de propiedad intelectual se remiten al ámbito nacional al determinar el alcance preciso de la materia protegida. Esta práctica está en conformidad con la flexibilidad debida y con el reconocimiento internacional de las distintas formas de sistemas de conocimientos tradicionales existentes en muchos países. A escala nacional, cada legislación protege distintos tipos de materia. En estos principios no puede expresarse preferencia por ninguna de esas legislaciones, sino simplemente describir claramente el alcance de los conocimientos tradicionales. Esta descripción se basa en una definición que ha sido elaborada y modificada en sesiones anteriores del Comité¹¹³. En esencia, para que la materia intangible forme parte de los “conocimientos tradicionales”, deberá ser “tradicional”, en el sentido de estar relacionada con tradiciones transmitidas de una generación a otra, así como consistir en “conocimientos”, es decir, ser producto de la actividad intelectual.

67. Gracias a esto podrá llevarse a cabo el debido proceso de consulta y desarrollo político y legislativo a escala nacional, de manera que las decisiones específicas sobre la materia protegida correspondan al ámbito de aplicación nacional y regional. En las legislaciones vigentes ya se pone de manifiesto la diversidad de términos utilizados para referirse a esa materia, práctica que debe tener cabida en un enfoque internacional inclusivo. Se ha manifestado gran preocupación por el hecho de que la protección de los conocimientos tradicionales imponga formas y estructuras jurídicas artificiales a sistemas de conocimientos tradicionales variados y sutiles y el de que distorsione o debilite el contexto tradicional. Por lo tanto, es fundamental señalar que la forma de protección considerada no tiene por fin sustituir ese proceso de consulta y desarrollo.

B3: Alcance general de la materia protegida

1. Los presentes principios guardan relación con la protección de los conocimientos tradicionales contra la apropiación y el uso indebidos fuera de su contexto tradicional, y no deben interpretarse en el sentido de limitar o definir las concepciones diversas y globales de los conocimientos dentro del contexto tradicional
2. A los fines únicamente de los presentes principios, por “conocimientos tradicionales” se entenderá el contenido o el fundamento de los conocimientos que resulta de actividades y conocimientos intelectuales en un contexto tradicional, en particular, los conocimientos especializados, capacidades, innovaciones, prácticas y enseñanzas que forman parte de los sistemas de conocimientos tradicionales, y los conocimientos encarnados en el modo de vida tradicional de un pueblo o comunidad, o contenidos en sistemas codificados de conocimientos transmitidos de una generación a otra. El término no se limita a ningún ámbito concreto de la técnica, y puede abarcar los conocimientos agrícolas, medioambientales y medicinales, así como todo conocimiento derivado de los recursos genéticos.

¹¹³ Véanse, por ejemplo, los documentos WIPO/GRTKF/IC/3/9, WIPO/GRTKF/IC/4/8, WIPO/GRTKF/IC/5/8, WIPO/GRTKF/IC/5/12 y WIPO/GRTKF/IC/6/4.

68. En el primer párrafo se aclara que este régimen protegería los conocimientos tradicionales como tales y, por lo tanto, no se aplicaría a las ECT/folclore. En el principio también se reconoce que en su totalidad estos principios manifiestan una perspectiva internacional común en la que se describe un régimen *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales, es decir, un régimen adaptado específicamente a sus características. La segunda frase del principio se basa en el Artículo 2.1) del Convenio de Berna, que establece el alcance de la materia protegida por dicho Convenio, proporcionando en primer lugar una definición general y no exclusiva de la materia y enumerando a continuación una lista ilustrativa de elementos que entran dentro de la protección¹¹⁴.

B.4: Criterios en los que se basa la protección

69. Las disposiciones jurídicas y leyes *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales establecen diversos criterios en los que se basa la protección, aunque comparten determinados elementos comunes. En varias legislaciones *sui generis* no se especifica explícitamente las condiciones de la protección, como en la Legislación Tipo Africana y en las leyes de Costa Rica, Tailandia y Filipinas. En otros casos, como en la Legislación Tipo Africana y en la Ley de Costa Rica, los requisitos de protección están dictados por un proceso consultivo que llevan a cabo las autoridades nacionales competentes. Los requisitos exigidos en las legislaciones vigentes para el reconocimiento de derechos *sui generis* sobre los conocimientos tradicionales son: el carácter colectivo, la relación con la diversidad biológica, la creación y el desarrollo de los conocimientos por los pueblos indígenas, la residencia del creador de los conocimientos en la jurisdicción pertinente, la creación de los conocimientos después de una determinada fecha, el registro de los conocimientos y una descripción que permita utilizarlos a terceros. La Ley de Portugal otorga protección adicional a los conocimientos tradicionales no divulgados y a los que sean nuevos desde el punto de vista comercial. En algunos casos, se contempla un procedimiento de examen sustantivo.

70. En general los presentes principios tienen por fin combatir la apropiación indebida en lugar de crear derechos de propiedad sobre los conocimientos tradicionales. En aras de la flexibilidad, se reconocen los elementos que están presentes en los sistemas vigentes y que se hallan en concordancia con un enfoque amplio de protección de la propiedad intelectual, y los elementos que establezcan un vínculo tradicional importante y una relación entre los conocimientos y sus titulares que sirva de fundamento a la reivindicación de apropiación indebida si no se respeta esa relación.

¹¹⁴ El enfoque fue propuesto en sucesivos documentos, a saber, WIPO/GRTKF/IC/3/9, WIPO/GRTKF/IC/4/8, WIPO/GRTKF/IC/5/12, WIPO/GRTKF/IC/6/4, y recibió el apoyo general de los miembros del Comité (véanse los documentos WIPO/GRTKF/IC/3/15, WIPO/GRTKF/IC/4/15, WIPO/GRTKF/IC/6/14).

B4: Criterios en los que se basa la protección

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

- i) se crean y preservan en un contexto tradicional y se transmiten de una generación a otra;
- ii) están particularmente vinculados a un pueblo o comunidad indígena o tradicional, que los preserva y transmite de una generación a otra; y
- iii) son parte integrante de la identidad cultural de un pueblo o comunidad indígena o tradicional que es reconocido como su titular porque sobre ellos ejerce su custodia, conservación, titularidad colectiva o responsabilidad cultural como resultado de un sentimiento que le obliga a preservar, utilizar y transmitir esos conocimientos o le lleva a considerar que la apropiación indebida o la utilización denigrante de esos conocimientos serían nocivas u ofensivas; este tipo de relación podría expresarse oficial u oficiosamente en las prácticas, protocolos o leyes consuetudinarios o tradicionales.

71. Este principio no tiene por fin enumerar todas las características concretas de los conocimientos tradicionales que consideran como condiciones necesarias para la protección los criterios establecidos en las numerosas legislaciones *sui generis* vigentes en ese ámbito. Los conocimientos tradicionales que cumplan esos criterios entrarán dentro de las definiciones de materia protegida en las legislaciones *sui generis* vigentes. Sin embargo, los términos “al menos” aclaran que los encargados de formular políticas pueden optar por una definición más amplia para satisfacer las necesidades y circunstancias nacionales. De este modo, los principios estarán en concordancia con los sistemas *sui generis* que ya existen en los Estados miembros del Comité y que han sido descritos en su sesiones.

B.5: Beneficiarios de la protección

72. Dado que varias comunidades o individuos pueden ser titulares de conocimientos tradicionales al mismo tiempo, identificar a los titulares pertinentes ha sido considerado generalmente una tarea difícil al otorgar protección a los conocimientos tradicionales mediante derechos de propiedad intelectual. Si se comparan las experiencias de distintos países, se pone de manifiesto varios elementos comunes aunque han sido adoptados distintos enfoques al respecto. Todas las legislaciones crean un vínculo entre el derecho a beneficiarse de la protección y cierta forma de titularidad o custodia reconocidas de los conocimientos tradicionales. En la mayoría de los casos, los titulares de conocimientos tradicionales y quienes tienen derecho a beneficiarse serán las comunidades, aunque en algunos casos también pueden ser otras personas físicas o jurídicas. Este enfoque ha sido aceptado por numerosos participantes en el Comité¹¹⁵ y está en consonancia con los principios de receptividad a las aspiraciones de las comunidades pertinentes y de reconocimiento de las características y formas específicas de los conocimientos tradicionales. Asimismo, está en

¹¹⁵ Por ejemplo, véase Fiji (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 81); Consejo Saami (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 98); Programa de Salud y Medio Ambiente (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 105).

concordancia con la práctica establecida en la OMPI a partir de las consultas con los titulares de conocimientos tradicionales que tuvieron lugar en 1998 y 1999.

Conocimientos tradicionales compartidos por varias comunidades

73. En algunos casos, dos o más comunidades de un país pueden tener derechos que se superpongan sobre los mismos conocimientos tradicionales o conocimientos muy parecidos. En varias legislaciones, como en las de Perú, Portugal, Estados Unidos de América y la Unión Africana, la solución consiste en crear un órgano independiente, como una Junta o un Fondo, que pueda adquirir y ejercer derechos en nombre de todos los titulares de conocimientos tradicionales del país o la región y distribuir los beneficios resultantes¹¹⁶. Entre las opciones que existen para resolver la cuestión jurídica de los beneficiarios en dichos casos está la cotitularidad de los derechos y la posibilidad de que las comunidades posean derechos por separado sobre los mismos conocimientos o conocimientos parecidos, y la obligación de que las comunidades que proporcionan el consentimiento fundamentado previo o poseen derechos sobre determinados conocimientos tradicionales informen a otras comunidades que posean conocimientos similares. Otra posible salida a este problema sería conferir los derechos al Estado o a un órgano estatutario que los mantenga en fideicomiso al servicio de las comunidades titulares.

“Conocimientos tradicionales regionales”

74. Comunidades pertenecientes a distintos países e incluso regiones pueden reivindicar los mismos conocimientos tradicionales o conocimientos parecidos (“conocimientos tradicionales regionales”). En dichos casos los Estados han propuesto utilizar, entre otras opciones, sistemas nacionales o internacionales de registro y notificación, la solución alternativa de controversias, la gestión colectiva y el establecimiento de organizaciones de solución de controversias, o algunos de estos mecanismos combinados¹¹⁷. Algunos comentaristas han propuesto que se creen sociedades de recaudación que se ocupen de estas cuestiones¹¹⁸. Los mecanismos y organizaciones regionales existentes, como la ARIPO, la ASEAN, la Comunidad Andina, la OEP, el CCG, la SAARC, la SADC y la OAPI, todos los cuales han mostrado un interés activo por la protección de los conocimientos tradicionales¹¹⁹, pueden desempeñar una función importante a la hora de resolver la cuestión de los “conocimientos tradicionales regionales”. En el documento WIPO/GRTKF/IC/5/8 (párrafo 131) se establece una analogía con el problema de establecer las “condiciones prácticas” y la necesidad de proporcionar un “trato equitativo” en el caso de las indicaciones geográficas homónimas¹²⁰. En último término, la solución no consistirá en establecer normas complejas, sino que tendrá que basarse en la práctica. A este respecto, puede ser fundamental la función que desempeña el Derecho consuetudinario, al determinar las formas de custodia y titularidad y orientar los procedimientos de solución de controversias.

¹¹⁶ Por ejemplo, el Artículo 2.g) de la Ley de Artes y Oficios de los Estados Unidos y el Artículo 37 de la Ley del Perú.

¹¹⁷ Véanse, por ejemplo, las respuestas al cuestionario de la OMPI de 2001 del Canadá, Colombia, Egipto, Federación de Rusia, Gambia, Indonesia, Jamaica, Kirguistán, Malasia, México y Rumania. Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10.

¹¹⁸ Drahos, P. “Indigenous Knowledge, Intellectual Property and Biopiracy: Is a Global Bio-Collecting Society the Answer?” *European Intellectual Property Review* (2000), pág. 245.

¹¹⁹ WIPO/GRTKF/IC/5/15, párr. 48, 50 y 51.

¹²⁰ Véase el Artículo 23.3 del Acuerdo sobre los ADPIC.

Derechos de los miembros de las comunidades

75. Como se ha puesto de manifiesto en varios casos recientes que han tenido lugar en el ámbito de la propiedad intelectual en relación con los conocimientos tradicionales y las ECT/folclore, el derecho a los beneficios derivados del uso de los conocimientos tradicionales puede corresponder a determinados miembros de una comunidad, como los sanadores tradicionales, los agricultores, los propietarios de trampas para animales o las sociedades de sanadores de la comunidad¹²¹. Esta cuestión ha sido tenida en cuenta en la jurisprudencia reciente al referirse a las normas, protocolos y acuerdos consuetudinarios que permiten a las comunidades reconocer a los beneficiarios internos de la protección con arreglo a sus propias normas, protocolos y acuerdos.

B5: Beneficiarios de la protección

La protección de los conocimientos tradicionales debe redundar principalmente en beneficio de los titulares de los mismos, de conformidad con lo enunciado en los “criterios en los que se basa la protección”. En particular, la protección debe beneficiar a los pueblos y comunidades indígenas y tradicionales que desarrollan los conocimientos, los mantienen y se identifican culturalmente con ellos y tratan de transmitirlos de una generación a otra, así como a ciertos individuos que gozan de reconocimiento en el seno de estos pueblos y comunidades. En la medida de lo posible y si resulta adecuado, a la hora de conceder el derecho a gozar de los beneficios de la protección deben tenerse en cuenta los protocolos, acuerdos, leyes y prácticas consuetudinarios de esos pueblos y comunidades. Los beneficios de la protección deben estar en sintonía con el contexto social y cultural de los beneficiarios, y con sus necesidades y aspiraciones.

76. Este principio se basa en la práctica establecida al comienzo del programa de trabajo de la OMPI sobre la protección de los conocimientos tradicionales, que consiste en designar a sus titulares como los beneficiarios de la protección. Esta práctica se remonta a las *Misiones exploratorias de la OMPI sobre las necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares de conocimientos tradicionales*, y ha resultado ser un enfoque ampliamente ratificado¹²². En el principio se reconoce que los protocolos, normas y acuerdos consuetudinarios de las comunidades constituyen una orientación importante al reconocer a los beneficiarios concretos de la protección en el seno de las comunidades, en concordancia con la jurisprudencia existente en las esferas convencionales del Derecho de P.I. En el documento WIPO/GRTKF/IC/7/6 se describen nuevamente las opciones y mecanismos que pueden utilizarse para aplicar este principio en los sistemas jurídicos nacionales.

¹²¹ Por ejemplo, la sociedad *plathi* de sanadores tradicionales de las tribus Kani, como se pone de manifiesto en el estudio sobre la función de los derechos de propiedad intelectual en la participación en los beneficios derivados del uso de recursos biológicos y conocimientos tradicionales conexos, OMPI/UNEP(2004).

¹²² Véanse, por ejemplo, los informes sucesivos del Comité y del Grupo de Trabajo del CDB sobre el Artículo 8.j).

B.6: Compensación equitativa y reconocimiento de los titulares de los conocimientos

77. Cabe considerar como actos de apropiación indebida de los conocimientos tradicionales el uso de los conocimientos sin compensar equitativamente a sus titulares y el no reconocer a los titulares de conocimientos tradicionales como la fuente de los conocimientos, aun cuando no existan derechos de propiedad exclusivos. Mediante el trato equitativo y el reconocimiento de los titulares se reconoce el valor que tienen los conocimientos tradicionales para la comunidad, la necesidad de respetar la contribución intelectual reflejada en el valor que pueden tener los conocimientos tradicionales para usos industriales y comerciales, y el sentido general de que el uso de las contribuciones intelectuales ajenas es en sí desleal si no es recompensado y reconocido.

78. Existe una preocupación fundamental por que la compensación y el reconocimiento sean adecuados al contexto cultural y a las necesidades y aspiraciones de las comunidades tradicionales. Los beneficios no tienen por qué ceñirse a los aspectos financieros, y de hecho puede considerarse esta postura como una comercialización inaceptable de los conocimientos tradicionales transformados en mercancías que está en conflicto con los valores comunitarios.

79. En su sexta sesión (WIPO/GRTKF/IC/6/4) el Comité examinó exhaustivamente un principio general de equidad y participación en los beneficios que suscitó numerosas opiniones favorables. La equidad es un principio establecido en el derecho de propiedad intelectual y es un objetivo que exige aplicar una serie de medidas e instrumentos políticos en el ámbito de los conocimientos tradicionales. Una de las opciones consiste en establecer normas de responsabilidad pecuniaria que otorguen el “derecho a la compensación” por los usos comerciales ulteriores, pero no el derecho a impedir que se produzcan esos usos¹²³, y mediante los que no se retiran los conocimientos del dominio público, por lo que este arreglo puede compararse más o menos a la creación de un “dominio público de pago”. Las normas de responsabilidad pecuniaria para los conocimientos tradicionales habían sido planteadas en 1993 por el Servicio de Investigación del Congreso de los Estados Unidos de América¹²⁴, fueron propuestas al Comité por los países del GRULAC en su primera sesión¹²⁵, han sido

¹²³ Véase, Reichman, J. *Of Green Tulips and Legal Kudzu: Repackaging Rights in Subpatentable Innovation*. Vanderbilt Law Review, Vol. 53, N.º 6 (2000), pág. 1743.

¹²⁴ “Cabe crear una autoridad central que recaude las regalías procedentes de los beneficios... derivados de los conocimientos tradicionales y las distribuya equitativamente entre todos los pueblos indígenas. [...] En cuanto al folclore científico, quizás puedan combinarse el concepto de dominio público de pago y el objetivo de compensar directamente al grupo en el que tiene su origen. Cuando haya más de un grupo que haya aportado conocimientos a la hora de examinar e investigar una planta, la autoridad central podría recaudar y distribuir las regalías equitativamente”. Propuesta efectuada por el ex Director del *American Folklife Center* en 1992 y conclusiones posteriores del Servicio de Investigación del Congreso de los Estados Unidos de América en 1993: *American Law Division (Ackerman y otros), Biotechnology, Indigenous Peoples and Intellectual Property Rights*, Servicio de Investigación del Congreso de los Estados Unidos de América (16 de abril de 1993) pág. 65 y nota de pie de página N.º 280 (el término “folclore científico” se utilizó de manera homóloga al término “conocimientos tradicionales en sentido estricto” utilizado por el Comité) [Se ha combinado el texto de la nota a pie de página y el texto principal]. (Traducción de la Oficina Internacional)

¹²⁵ El GRULAC propuso un “derecho a compensación” en lugar de un derecho de propiedad exclusivo para los conocimientos tradicionales que se hallan en el dominio público: “[En el caso de] los conocimientos y prácticas sobre plantas y animales, medicina natural, tratamientos

[Sigue la nota en la página siguiente]

propuestas recientemente en el *Informe del PNUD sobre desarrollo humano* (2004)¹²⁶, han sido aplicadas a la protección de los conocimientos tradicionales en varias legislaciones *sui generis*¹²⁷, y han sido expuestas detalladamente en varias publicaciones recientes sobre la protección de los conocimientos tradicionales¹²⁸. Asimismo, forman parte de las medidas *sui generis* que están examinando dos organizaciones regionales, a saber, la Asociación de Cooperación Regional del Asia Meridional (SAARC) y la Comunidad para el Desarrollo del África Austral (SADC). En la sexta sesión del Comité, se observó que debe examinarse además el uso de los regímenes de responsabilidad pecuniaria¹²⁹ y existe el interés general por utilizar este mecanismo como parte de un enfoque combinado de protección de los conocimientos tradicionales¹³⁰.

80. Dichas propuestas conllevan el derecho a la compensación, pero no reconocen el derecho a impedir el posterior uso de los conocimientos tradicionales, que es de lo que se trata precisamente en las normas de responsabilidad pecuniaria. Mediante dichas normas se establece un sistema de utilización previa y de pago posterior, con arreglo al cual se permite utilizar los conocimientos tradicionales sin la autorización de los titulares de derechos, aunque se exige una compensación posterior por los usos industriales y comerciales durante cierto período de tiempo, si los conocimientos tradicionales proporcionan ventajas tecnológicas al usuario.

[Continuación de la nota de la página anterior]

médicos, conocimientos alimenticios, cosméticos y perfumería, etc.; en los cuales existe un valor agregado intelectual y que se encuentra en el dominio público... lo que se debería explorar es el establecimiento de derechos de titularidad colectiva o individual, *con base en un derecho a compensación por utilización*. No parece conveniente buscar un derecho de exclusión típico a la propiedad intelectual, pues el objeto de protección se encuentra en el “dominio público”. *Más bien se privilegia un sistema que permita obtener y canalizar, hacia los legítimos generadores de esos conocimientos, una justa compensación o distribución equitativa de beneficios por el uso o la explotación comercial efectuada por terceros”.*

OMPI/GRTKF/IC/1/5, Anexo I, pp. 5–6 (párr. V.1) [Se han excluido las notas a pie de página].

¹²⁶ *Informe sobre desarrollo humano*. PNUD (2004), pág. 96: “una propuesta denominada enfoque de responsabilidad compensatoria contempla derechos tanto para el titular de la patente como para el propietario del conocimiento tradicional. Si bien el titular de la patente tendría que solicitar obligatoriamente una licencia para utilizar el recurso del conocimiento tradicional, el propietario del conocimiento tradicional tendría derecho a comercializar la invención patentada después de pagar las regalías al titular de la patente. Gracias a este mecanismo, no se limita el progreso científico y la distribución de los beneficios adquiere importancia económica”.

¹²⁷ Por ejemplo, la Legislación Tipo Africana y la Ley del Perú; véanse igualmente las referencias al uso de los conocimientos tradicionales mediante el pago de una compensación en la Ley de Biodiversidad de Costa Rica (Artículo 10.6).

¹²⁸ Véase, por ejemplo, la publicación de la ICTSD/UNCTAD, “*Protecting Traditional Knowledge and Folklore: A review of progress in diplomacy and policy formulation*”. Proyecto de la UNCTAD/ICTSD de fomento de la capacidad sobre los derechos de propiedad intelectual y el desarrollo sostenible. Para anteriores propuestas, véanse Reichman, J. *Of Green Tulips and Legal Kudzu: Repackaging Rights in Subpatentable Innovation*. *Vanderbilt Law Review* Vol. 53, N.º 6 (2000) pág. 1743, y Lewis and Reichman, *Using Liability Rules to Promote and Protect Innovation in Developing Countries: A Law and Economics Primer*, 2004.

¹²⁹ Brasil (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 69).

¹³⁰ Nueva Zelandia (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 87); Noruega (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 70); *Consumer Project on Technology* (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 102); Programa de Salud y Medio Ambiente (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 105).

B6: Compensación equitativa y reconocimiento de los titulares de los conocimientos

1. El uso comercial o industrial de los conocimientos tradicionales debe estar sujeto a una compensación justa y adecuada en beneficio del titular de los mismos, cuando se haga con ánimo de lucro y otorgue ventajas tecnológicas o comerciales, y que sería legítimo compensar a los titulares de los conocimientos habida cuenta de las circunstancias en las que se hayan adquirido. En particular, el uso debe ser objeto de compensación cuando se haya accedido a los conocimientos, o éstos hayan sido adquiridos, de forma que pueda esperarse razonablemente que los beneficios se compartirán de manera equitativa, y cuando el usuario sea consciente de que los conocimientos están vinculados especialmente a determinado pueblo o comunidad. La compensación deberá efectuarse de forma que responda a las necesidades expresadas de los titulares de los conocimientos tradicionales y resulte adecuada desde el punto de vista cultural.
2. El uso de conocimientos tradicionales con fines no comerciales no tiene por qué estar sujeto a compensación alguna, pero deberá fomentarse la participación adecuada en los beneficios derivados de dicho uso, incluido el acceso a los resultados de las investigaciones y la participación de la comunidad de origen de los conocimientos en actividades investigativas y educativas.
3. Quienes utilicen los conocimientos tradicionales fuera de su contexto tradicional deben hacer todo lo posible por identificar la fuente y el origen de los conocimientos, reconocer a sus titulares como artífices de los mismos y utilizar y hacer referencia a los conocimientos de manera que se respeten y se reconozcan los valores culturales de sus titulares.

81. En este principio se complementa la referencia general a la participación equitativa en los beneficios que figura en la descripción general de apropiación indebida (principio B.1) y se desarrolla el concepto de reconocimiento y respeto de los titulares de conocimientos tradicionales al hacer uso de sus conocimientos. En este caso únicamente serán objeto de compensación los usos comerciales o industriales de los conocimientos tradicionales, puesto que los beneficios monetarios se derivan fundamentalmente de esos usos, y constituyen el fundamento de la compensación. El principio se aplica únicamente en los casos en que los conocimientos tradicionales hayan sido utilizados con ánimo de lucro y otorguen ventajas tecnológicas al usuario en el comercio o la industria. El pago de la compensación se efectúa directamente al titular de los conocimientos tradicionales en caso de que pueda ser identificado. En caso contrario, la compensación será pagada a las autoridades nacionales pertinentes que la utilizarán en beneficio de todos los titulares de conocimientos tradicionales del país en cuestión. En el documento WIPO/GRTKF/IC/7/6 figuran otras informaciones generales sobre el régimen de compensación y ejemplos de disposiciones que ilustran la manera en que han sido aplicados estos principios en los sistemas jurídicos nacionales.

B.7: Principio de consentimiento fundamentado previo

82. La aplicación de los principios del consentimiento fundamentado previo a los conocimientos tradicionales ha sido un aspecto fundamental del debate relativo a la protección de los conocimientos tradicionales desde la creación del Comité, y constituyó el enfoque de protección de dichos conocimientos que contó con un apoyo más amplio en la sexta sesión¹³¹. Dicho principio ha sido propuesto en una amplia serie de documentos presentados por los miembros del Comité o los grupos regionales¹³², y estaba presente en las siete medidas *sui generis* aplicables a los conocimientos tradicionales descritas por los miembros del Comité en la quinta sesión¹³³. Asimismo, ha sido aplicado por medio de autorizaciones, sistemas contractuales o leyes específicas¹³⁴. Como principio, significa que los titulares de conocimientos tradicionales (o sus agentes autorizados) deben ser informados acerca del posible uso de los conocimientos y deben otorgar su consentimiento al uso propuesto, como condición para acceder a dichos conocimientos. A fin de aplicar este principio será necesario disponer algún mecanismo jurídico que establezca la manera en que se exija en la práctica: entre otras opciones, están los sistemas de autorizaciones, las negociaciones contractuales, los derechos exclusivos y el uso de cláusulas de confidencialidad o de protección de secretos comerciales¹³⁵.

83. Por lo tanto, al aplicar en la práctica el principio de consentimiento fundamentado previo es posible negociar “condiciones mutuamente convenidas” respecto del acceso a los conocimientos tradicionales. Estas condiciones pueden plasmarse en forma de autorizaciones o arreglos contractuales. La aplicación del principio de consentimiento fundamentado previo no elimina los conocimientos tradicionales del dominio público; sin embargo, se aclara que cuando se producen determinados actos de acceso a dichos conocimientos existe la obligación de informar al titular de los conocimientos del uso que se tenga intención de hacer, así como de sus consecuencias, y de acordar condiciones mutuamente convenidas para la participación en los beneficios. Dado el apoyo general con que cuenta la utilización del consentimiento fundamentado previo, en la sexta sesión del Comité se apoyó su inclusión en el enfoque combinado de protección de los conocimientos tradicionales¹³⁶. Aun cuando se ha sugerido que no se trata de un “derecho natural”, se ha reconocido que la aplicación práctica de este principio podría ser “una práctica valiosa”¹³⁷ y un “[objetivo valioso]”¹³⁸ conjuntamente con

¹³¹ Véase, por ejemplo, Brasil (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 68); Canadá (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 78); República Islámica del Irán (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 85); México (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 73); Nueva Zelanda (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 87); Noruega (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 70); Perú (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 76); Estados Unidos de América (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 75); Consejo Saami (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 98); COICA (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 99); CCI (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 103); *Kaska Dena Council* (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 103); ATSIK (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 104).

¹³² Por ejemplo, el GRULAC (OMPI/GRTKF/IC/1/5, Anexo II) y el Grupo Africano (WIPO/GRTKF/IC/6/12).

¹³³ Véase el Anexo I del documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4.

¹³⁴ Véase la intervención de los Estados Unidos de América (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 76).

¹³⁵ Véase la intervención de los Estados Unidos de América (WIPO/GRTKF/IC/4/14, Anexo, párr. 8).

¹³⁶ Véase WIPO/GRTKF/IC/6/14, *passim*.

¹³⁷ Véase la intervención de los Estados Unidos de América (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 76).

¹³⁸ Véase la intervención de los Estados Unidos de América (WIPO/GRTKF/IC/5/15, párr. 118).

el acceso a la participación en los beneficios derivados de los conocimientos tradicionales. Este principio queda expresado de manera que se halle en concordancia con las Directrices de Bonn, que proporcionan orientación para el establecimiento de sistemas conexos destinados a proteger los recursos genéticos. Sigue existiendo la flexibilidad necesaria para aplicar el principio de conformidad con las prioridades, necesidades, políticas y legislaciones nacionales, dado que ya ha sido aplicado de distintas maneras.

84. Habida cuenta del principio de respeto de los procesos internacionales y de cooperación con los mismos, también debe considerarse la labor realizada en otras instancias sobre los mecanismos del consentimiento fundamentado previo, especialmente cuando los conocimientos tradicionales están vinculados a los recursos genéticos. Por ejemplo, en las Directrices de Bonn (Sección IV.C) se proporciona orientación sobre los sistemas de consentimiento fundamentado previo y se especifican determinados aspectos fundamentales para la aplicación del principio. Aunque las Directrices de Bonn guardan relación principalmente con el acceso a los recursos genéticos, también se ocupan de los conocimientos tradicionales conexos (párrafo 9). Por lo tanto, al aplicar el principio de consentimiento fundamentado previo a los conocimientos tradicionales también deben tenerse en cuenta las Directrices de Bonn, así como las legislaciones vigentes en el ámbito de los conocimientos tradicionales y las declaraciones efectuadas en el Comité.

85. A fin de que el consentimiento esté “fundamentado”, es importante que los titulares de conocimientos tradicionales tomen parte en el proceso de toma de decisiones que permite acceder a sus conocimientos. Este objetivo se logra de distintas maneras en las legislaciones *sui generis* vigentes:

- los titulares de los conocimientos pertinentes otorgan directamente el consentimiento fundamentado previo¹³⁹;
- los titulares de conocimientos tradicionales mantienen consultas o celebran audiencias con una autoridad nacional que se encarga de otorgar oficialmente el consentimiento fundamentado previo¹⁴⁰; y
- se combinan los dos enfoques precedentes¹⁴¹.

86. Las condiciones de acceso varían en función de los fines para los que se solicite (comerciales o de investigación, por ejemplo)¹⁴². Los usos consuetudinarios de conocimientos tradicionales pueden estar expresamente exentos de la normativa de acceso¹⁴³. Es posible que se apliquen condiciones específicas de acceso a determinadas instituciones nacionales¹⁴⁴. Aun cuando el acceso sea otorgado en último término por el Estado, en algunas legislaciones la comunidad local/indígena o el titular de los conocimientos puede

¹³⁹ Por ejemplo, la Ley del Perú y la Ley de Filipinas.

¹⁴⁰ Por ejemplo, la Ley de Biodiversidad de la India y la Ley de Portugal.

¹⁴¹ Por ejemplo, la Legislación Tipo Africana y la Ley de Biodiversidad de Costa Rica.

¹⁴² Por ejemplo, la Ley del Perú y la Ley de Portugal.

¹⁴³ Por ejemplo, la Legislación Tipo Africana (Artículo 2.2.ii)) y la Ley de Biodiversidad de la India (Artículo 7).

¹⁴⁴ Por ejemplo, la Medida del Brasil y la Ley de Biodiversidad de la India.

denegarlos¹⁴⁵. En este principio se expresan las funciones y responsabilidades relativas al consentimiento fundamentado previo, pero se otorga la flexibilidad plena para adaptar la aplicación del principio a los sistemas jurídicos nacionales, a las necesidades de los sectores interesados y a las estructuras de custodia de los conocimientos.

B7: Principio de consentimiento fundamentado previo

1. El principio del consentimiento fundamentado previo debe regir el acceso a los conocimientos tradicionales o la adquisición directa de los mismos de manos de sus titulares tradicionales, con sujeción a los presentes principios y a las legislaciones nacionales pertinentes.
2. Los sistemas o mecanismos jurídicos previstos para obtener el consentimiento fundamentado previo deben garantizar la certidumbre y la claridad jurídicas; no deben suponer una carga para los titulares tradicionales y los usuarios legítimos de los conocimientos tradicionales; deben garantizar que las restricciones de acceso a los conocimientos tradicionales sean transparentes y estén basadas en fundamentos jurídicos; y deben permitir que se establezcan condiciones consensuadas para la participación equitativa en los beneficios derivados del uso de esos conocimientos.
3. El titular de los conocimientos tradicionales debe tener derecho a otorgar el consentimiento fundamentado previo para el acceso a los conocimientos tradicionales, o aprobar la concesión de dicho consentimiento por medio de la autoridad nacional adecuada, con arreglo a lo previsto en la legislación nacional aplicable.

87. En este principio se otorga amplia flexibilidad para dar cabida a distintos sistemas jurídicos y prioridades políticas nacionales. Podría aplicarse mediante la legislación de acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales (como en el caso de más de 30 legislaciones de este tipo), mediante los sistemas de parques nacionales vigentes, órdenes ejecutivas o administrativas (como es el caso de Filipinas) o legislación independiente. En el principio simplemente se exige que se establezca un contrato o autorización que contenga condiciones mutuamente convenidas entre los usuarios y los proveedores de conocimientos tradicionales, mediante el que se otorgará el consentimiento para acceder a los conocimientos. Además, se aclara que el principio está sujeto a las legislaciones nacionales aplicables que puedan estar en vigor (por ejemplo, las que rigen el acceso a los recursos genéticos). Esto significa que podrían aplicarse mediante un tipo de legislación nacional independiente como parte de los marcos estatutarios vigentes o mediante acuerdos de acceso regidos por el Derecho contractual. Las características de los sistemas o mecanismos jurídicos que aplicarán el consentimiento fundamentado previo se basan en las Directrices de Bonn, que establecen como medida los acuerdos internacionales entre los sectores interesados en cuestión. Asimismo, en el principio se aclara que el consentimiento puede otorgarse por medio de un mecanismo directo o una autoridad intermediaria, en concordancia con las opciones reseñadas.

¹⁴⁵ Por ejemplo, la Legislación Tipo Africana, la Medida del Brasil, la Ley de Biodiversidad de Costa Rica, la Ley del Perú y el Decreto Ley de Portugal.

B.8: Excepciones y limitaciones

88. Como en los demás ámbitos de la protección de la propiedad intelectual, los derechos sobre los conocimientos tradicionales pueden limitarse o ejercerse sin perjudicar excesivamente a los intereses de la sociedad en su conjunto y a otros intereses legítimos. También son necesarias las excepciones para velar por que la protección *sui generis* no dificulte el acceso tradicional de los titulares a sus conocimientos, interrumpiendo sus prácticas tradicionales en las que utilizan, intercambian, transmiten y practican esos conocimientos. De este modo, las debidas excepciones proporcionan las salvaguardias necesarias para que la protección no repercuta negativamente en los sistemas de conocimientos tradicionales y en su evolución¹⁴⁶. Se trata de una limitación consagrada en siete de las 10 leyes *sui generis* descritas en la quinta sesión del Comité. Cabe afirmar que esta limitación del alcance de la protección ha sido aceptada generalmente al ser incorporada en las Directrices de Bonn, en concordancia con el espíritu del Artículo 10.c) del CDB. Entre otras excepciones previstas en las legislaciones *sui generis* vigentes figuran las excepciones relativas al uso de la medicina tradicional en el hogar y en hospitales públicos y el uso de conocimientos tradicionales a los fines de la investigación estrictamente privada y sin ánimo de lucro, o las licencias obligatorias por razones de interés público. En general, la concesión de derechos plantea las excepciones y limitaciones siguientes:

- la exención de los sistemas tradicionales de intercambio de los conocimientos tradicionales entre comunidades;
- la producción de medicinas tradicionales para el uso de las familias y para su uso en locales de salud pública;
- el uso para fines personales, con fines de investigación y otros usos no comerciales;
- la adopción de las medidas necesarias para preservar y desarrollar los conocimientos tradicionales, así como para promover la innovación tradicional;
- la continuación del uso anterior de buena fe por terceros;
- la ausencia de limitaciones o perjuicios ocasionados a otros derechos de propiedad intelectual; y
- la no aplicación de los derechos concedidos a la utilización habitual¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Véase GRAIN, *The Great Protection Racket*, nota a pie de página 107, y Lettington, R. *Customary Laws and Practices in Kenya*.

¹⁴⁷ WIPO/GRTKF/IC/6/4, párr. 83.

89. Además de las exclusiones que se aplican a la apropiación indebida en general, en las legislaciones existentes se contemplan exclusiones específicas del requisito del consentimiento fundamentado previo. Por ejemplo, Perú ha descrito la manera en que, en su legislación *sui generis*, “se otorga una condición jurídica distinta a los conocimientos que pertenecen al dominio público”. En el caso de los conocimientos que ya han sido divulgados al público fuera de la comunidad tradicional¹⁴⁸, “no se exige el consentimiento fundamentado previo, sino cierto grado de participación en los beneficios”¹⁴⁹. Esta excepción aplicable a los conocimientos tradicionales ya divulgados está en concordancia con la propuesta realizada por el GRULAC en la quinta sesión del Comité, que hace referencia al consentimiento fundamentado previo en el caso de los conocimientos que no formen parte del dominio público¹⁵⁰. En cualquier caso, cabe afirmar que no es posible exigir el consentimiento fundamentado previo de manera retroactiva, y es posible alcanzar un equilibrio equitativo más amplio por medio del reconocimiento debido y la participación equitativa en los beneficios.

B8: Excepciones y limitaciones

1. La protección permanente de los conocimientos tradicionales no debe ir en detrimento de:
 - i) la disponibilidad permanente de esos conocimientos para la práctica, el intercambio, el uso y la transmisión consuetudinarios por parte de sus titulares;
 - ii) el uso de la medicina tradicional en el hogar, en hospitales públicos y con otros fines de salud pública; y
 - iii) otras prácticas honestas o usos leales de los conocimientos tradicionales, incluido todo uso de buena fe que se haya hecho antes de la introducción de la protección.
2. En particular, las autoridades nacionales podrán excluir del principio de consentimiento fundamentado previo el uso leal de los conocimientos tradicionales que ya estaban a disposición del público en general, siempre y cuando los usuarios de esos conocimientos proporcionen una compensación equitativa por los usos industriales y comerciales de dichos conocimientos.

90. En este principio se aclara que la protección de los conocimientos tradicionales no debe obstaculizar las pautas tradicionales de uso e intercambio de dichos conocimientos, en concordancia con las legislaciones vigentes y el debate sobre este principio que tuvo lugar en la sexta sesión¹⁵¹. Entre los actos de los titulares de conocimientos tradicionales que no se verán afectados por el régimen de protección figuran los actos necesarios para que el sistema

¹⁴⁸ En el Artículo 13 se dispone que “un conocimiento colectivo se encuentra en el dominio público cuando haya sido accesible a personas ajenas a los pueblos indígenas, a través de medios de comunicación masiva, tales como publicaciones, o, cuando se refiera a propiedades, usos o características de un recurso biológico que sean conocidas masivamente fuera del ámbito de los pueblos y comunidades indígenas”.

¹⁴⁹ Ponencia del Perú en la quinta sesión del Comité.

¹⁵⁰ GRULAC (WIPO/GRTKF/IC/1/5, Anexo I, pág. 6, párr. V.2).

¹⁵¹ Éste es igualmente el espíritu del Artículo 10.c) del CDB.

de conocimientos tradicionales siga evolucionando en un marco de innovación permanente: la práctica, el intercambio, el uso y la transmisión de los conocimientos por y entre los titulares de los conocimientos. La segunda excepción se basa en las disposiciones concretas de la Ley de Tailandia, en las que se pone de manifiesto el interés público en el uso de la medicina tradicional. Se propone establecer una excepción general sobre los usos o actos leales en la que se contemplarían los usos de buena fe de los conocimientos tradicionales anteriores a la introducción de protección jurídica específica, excepción que podría aplicarse a actos tales como el uso de semillas conservadas en granja o de material de reproducción o de multiplicación que pueda estar vinculado a conocimientos protegidos. Esta disposición está sujeta a lo dispuesto en la legislación nacional y garantiza la concordancia con el Artículo 9.3 del ITPGR, relativo a los derechos del agricultor. El segundo elemento se ocupa del consentimiento fundamentado previo en relación con conocimientos tradicionales que ya hayan sido divulgados al público, cuestión mencionada anteriormente.

B.9: Duración de la protección

91. La duración de los derechos generalmente es fundamental para lograr un equilibrio normativo apropiado respecto de la protección de la P.I.¹⁵². En el debate en torno a los conocimientos tradicionales se hace hincapié en la necesidad de contar con una protección más duradera, que se perpetúe de generación en generación; éste es uno de los argumentos que se esgrimen a favor de la protección de los conocimientos por medios *sui generis* y en detrimento de las legislaciones convencionales de propiedad intelectual. Por lo tanto, algunas legislaciones *sui generis* no prevén disposiciones específicas sobre vencimiento y pérdida de derechos. Por ejemplo, la Legislación Tipo Africana estipula que los derechos intelectuales comunitarios “permanecerán inalienables en todo momento” (Artículo 23.1)). En otras legislaciones *sui generis* se prevén plazos de protección específicos que oscilan entre siete y 30 años, plazos de 50 años contados a partir del momento de la aplicación del derecho, y 50 años contados a partir del fallecimiento del titular de los derechos, con posibilidad de renovación: en algunos casos esos plazos concretos pueden renovarse o ampliarse.

92. A menudo, los titulares de conocimientos tradicionales han solicitado un tipo de protección que no esté sujeta a un plazo concreto¹⁵³. La protección general de los conocimientos tradicionales contra la apropiación indebida (distinta de la opción específica consistente en crear derechos de propiedad particulares) puede enmarcarse dentro de las formas de protección que no crean necesariamente derechos exclusivos, sino que tienen en cuenta el tipo de relación particular existente entre el beneficiario de la protección y la materia protegida, y que expira en el momento en que cesa esa relación: por ejemplo, la protección del buen nombre, la reputación, los derechos de la personalidad, la confidencialidad y las

¹⁵² Para los comentarios técnicos sobre el vencimiento y la pérdida de los derechos, véanse las intervenciones de la Comunidad Andina (WIPO/GRTKF/IC/3/17, párr. 240), Brasil (OMPI/GRTKF/IC/2/14. Anexo, párr. 15), Fiji (WIPO/GRTKF/IC/3/17, párr. 236), Tailandia (WIPO/GRTKF/IC/3/17, párr. 216) y Zambia (WIPO/GRTKF/IC/3/17, párr. 232).

¹⁵³ Comisión de los Aborígenes e Isleños del Estrecho de Torres (ATSIC), *Foundation for Aboriginal and Islander Research Action (FAIRA)*, *Assembly of First Nations (AFN)*, *Call of the Earth/Llamado de la tierra (COE)*, *Canadian Indigenous Biodiversity Network (CIBN)*, Coordinadora de Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA), Comité de Pueblos Indígenas de la *Creators Rights Alliance (CR)*, *Hoketehi Moriori Trust*, *Rekohu*, Aotearoa (Nueva Zelanda), Consejo Internacional de Tratados Indios (CITI), *Kaska Dena Council (KDC)* y Consejo Saami (WIPO/GRTKF/IC/6/14, párr. 228).

normas sobre competencia desleal en general. En el principio relativo a los criterios en los que se basa la protección (B.4) se propone ese tipo de relación particular entre los conocimientos y sus titulares. Con esto se sugiere que los motivos para otorgar la protección dejarán de existir cuando cese ese tipo de relación, creando un posible vínculo entre la duración de la protección y la concordancia con los criterios en los que se basa la propia protección.

B9: Duración de la protección

La protección de los conocimientos tradicionales contra su apropiación indebida permanecerá en vigor en tanto en cuanto dichos conocimientos satisfagan los criterios de protección, en particular, mientras sean mantenidos por sus titulares, sigan estando vinculados especialmente a ellos y sean parte integrante de su identidad colectiva. Si está previsto otorgar protección adicional contra otros actos en virtud de determinadas legislaciones o medidas nacionales o regionales, se deberá especificar la duración de la protección con arreglo a esas legislaciones o medidas.

93. En este principio se aplicará el enfoque examinado anteriormente. Sin embargo, se aclara las formas de protección más específicas (como las que confieren derechos exclusivos) pueden estar sujetas a determinados plazos, como sucede actualmente en varios sistemas nacionales. En consecuencia, en la segunda frase se aclara que cabe prever una duración específica de la protección en caso de que se proporcione un tipo de protección adicional o específica, como en los casos citados anteriormente.

B.10 Aplicación en el tiempo

94. La protección con efecto retroactivo puede plantear problemas, ya que el material protegido puede haber sido utilizado de buena fe por terceros pensando que era del dominio público; en ese caso, han de respetarse sus derechos e intereses. Asimismo, en el marco tradicional de los conocimientos tradicionales, cabe suponer que los defensores de la protección deseen contar con cierto grado de protección retroactiva. En el ámbito de los conocimientos tradicionales, en sesiones anteriores se ha apuntado que una manera de resolver este problema es restringir la protección a los conocimientos que tengan novedad comercial¹⁵⁴. En las legislaciones vigentes se ponen de manifiesto varias opciones:

- i) la retroactividad de la ley, que significa que dichas utilizaciones de conocimientos tradicionales estarán sujetas asimismo a la autorización prevista en la nueva norma o reglamento;
- ii) la no retroactividad, que significa que únicamente se aplicará la norma o el reglamento a las utilizaciones que no hayan comenzado antes de su entrada en vigor; y
- iii) una solución intermedia, en virtud de la cual las utilizaciones recientes que estén sujetas a autorización conforme a la nueva norma o reglamento pero hayan comenzado (sin autorización) antes de su entrada en vigor, deben ser puestas en conformidad con la

¹⁵⁴ WIPO/GRTKF/IC/6/4, párr. 75. Véanse los criterios relativos a la “novedad comercial” establecidos por el Convenio de la UPOV y el Tratado de Washington, en particular.

legislación en la medida de lo posible dentro de un plazo determinado, a reserva del trato equitativo que han de recibir los derechos adquiridos por terceros de buena fe.

B10: Aplicación en el tiempo

La protección de los conocimientos tradicionales que se introduzca de conformidad con los presentes principios deberá aplicarse a todo acto de adquisición, apropiación y uso de los conocimientos que se produzca a partir de dicha introducción. Toda adquisición y todo uso que se hayan hecho poco antes de introducirse la protección de los conocimientos tradicionales deben reglamentarse en la medida de lo posible dentro de un plazo de tiempo razonable después de la entrada en vigor de la protección y con sujeción a un trato equitativo de los derechos adquiridos por terceros de buena fe. Se permitirá que continúe el uso anterior, de buena fe y prolongado, pero instando al usuario a que reconozca la fuente de los conocimientos tradicionales en cuestión y comparta los beneficios con los titulares originales de los conocimientos.

95. En este principio se establece un equilibrio equitativo y práctico teniendo en cuenta la tercera opción expuesta en el párrafo anterior. En líneas generales el principio está en concordancia con el enfoque adoptado en algunos sistemas de propiedad intelectual, aunque otra opción bastante utilizada es la de no proteger de manera retroactiva los conocimientos tradicionales que ya sean considerados parte del dominio público. Sin embargo, como han señalado los participantes en el Comité, los titulares de conocimientos tradicionales ponen en duda las razones que dan pie a que deba considerarse legítimamente que determinados elementos de sus conocimientos han pasado a formar parte del dominio público en el sentido de que pueden ser utilizados gratuitamente. Por lo tanto, el principio supone una manera de resolver en la práctica un problema normativo. Esto se halla en concordancia con las excepciones y limitaciones propuestas en el principio B.8.

B.11: Formalidades

96. Las legislaciones *sui generis* vigentes adoptan distintos enfoques al prescribir requisitos formales para la protección. En algunas se estipula expresamente que la adquisición de derechos *sui generis* no está sujeta a formalidades (por ejemplo, la Legislación Tipo Africana y las Leyes de Costa Rica y del Perú); en varias se establecen registros de conocimientos tradicionales pero no se vinculan expresamente a la adquisición de derechos (la Legislación Tipo Africana, y las Leyes del Brasil, Costa Rica y la India); en otras se exige expresamente el registro como condición para aplicar medidas *sui generis* (China, Estados Unidos de América, Portugal y Tailandia). Sin embargo, en otras leyes no se especifica el procedimiento de adquisición de los derechos¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Véase la propuesta técnica relativa a los requisitos formales de adquisición de los derechos, efectuada por el Grupo Africano (OMPI/GRTKF/IC/1/10, Anexo, pág. 6, Propuesta 3.3.a)). Otros países han hecho comentarios de carácter técnico sobre los requisitos formales de adquisición de los derechos (a saber, Bolivia (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 151), Brasil (WIPO/GRTKF/IC/3/17, párr. 220), Panamá (WIPO/GRTKF/IC/4/15, párr. 157), República Dominicana (WIPO/GRTKF/IC/3/17, párr. 215, Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/3/17, párr. 213).

97. Se han manifestado fuertes temores acerca de la obligación de inscribir o registrar los conocimientos tradicionales como condición previa para la protección: en parte, esto se debe a que el registro de los conocimientos tradicionales puede facilitar su posterior difusión y acelerar su apropiación indebida, perjudicando o suplantando los modos tradicionales de transmisión (incluidas las tradiciones orales) y a que puede considerarse un requisito gravoso para las comunidades tradicionales. Al igual que en el marco de la legislación relativa a la competencia desleal, puede obtenerse la protección sin poner como requisito la catalogación o el registro de la materia protegida. Como señaló la Delegación de Noruega, “uno de los aspectos de ese enfoque del problema implicaría que los conocimientos tradicionales se protegerían como tales sin requisitos de examen o inscripción previos”¹⁵⁶. En la práctica esto significa que los vínculos necesarios entre el usuario, el titular de los conocimientos y los propios conocimientos quedarían establecidos en determinados casos. Por este motivo, cabe contemplar otros posibles medios de registro o inscripción para promover la predecibilidad y la claridad, si están en consonancia con los intereses de los titulares de conocimientos tradicionales y los del público en general.

B11: Formalidades

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

98. En este principio se aclara que la salvaguardia general contra la apropiación indebida no estará sujeta al registro de los conocimientos tradicionales en bases de datos, registros u otro tipo de formalidades. Sin embargo, podrá ser necesario el registro o la inscripción si se crean mecanismos de protección particulares, más cercanos a los derechos exclusivos, como es el caso, de hecho, en varios países. En consecuencia, en este principio se aclara que podrán contemplarse dichas formalidades al otorgar protección adicional, sujeta a las legislaciones y normas nacionales. Además, se aclara que el registro o la inscripción debidos pueden contribuir a crear un clima de transparencia y seguridad, y a fomentar la conservación de los conocimientos tradicionales, por lo que de este modo pueden servir a los intereses de los titulares de conocimientos tradicionales en algunas circunstancias.

¹⁵⁶ Noruega (WIPO/GRTKF/IC/3/17, párr. 227).

B.12: Coherencia con el marco jurídico general

99. De manera inevitable, la protección de los conocimientos tradicionales incidirá en los sistemas jurídicos pertenecientes a otros ámbitos, sobre todo en los de la protección de la propiedad intelectual y las esferas conexas del Derecho, como la reglamentación de los recursos genéticos. Por lo tanto, conviene aclarar la relación existente con el marco jurídico general en el que debe aplicarse dicha protección. Por ejemplo, varias de las legislaciones vigentes que proporcionan protección a los conocimientos tradicionales están estrechamente vinculadas a los regímenes que rigen los elementos de la diversidad biológica. Estos dos tipos de protección están coordinadas e integradas de distintas maneras:

- un sistema de consentimiento fundamentado previo puede estar creado principalmente para reglamentar el acceso a los elementos tangibles de la diversidad biológica, pero también contempla los conocimientos tradicionales conexos en su ámbito de protección (por ejemplo, las Leyes de Costa Rica y de la India);
- los sistemas paralelos de consentimiento fundamentado previo aplicables a los conocimientos tradicionales y a los recursos biológicos conexos pueden estar integrados en una única ley (por ejemplo, la Legislación Tipo Africana y la medida del Brasil);
- un sistema de consentimiento fundamentado previo aplicable a los conocimientos tradicionales puede funcionar independientemente del régimen de acceso a los recursos genéticos (por ejemplo, la Ley del Perú).

100. Este principio tiene por fin establecer la coherencia entre los sistemas de consentimiento fundamentado previo aplicables a los conocimientos tradicionales y a los elementos de la diversidad biológica conexos, sin determinar qué tipo de relación y grado de integración deben tener, de conformidad con el principio de flexibilidad y exhaustividad.

101. Igualmente, es posible proteger los conocimientos tradicionales, al menos en cierta medida, utilizando formas directas, adaptadas o ampliadas de la protección de la propiedad intelectual, como ha sido ampliamente constatado en el Comité¹⁵⁷. Aunque en estos principios no se especifican detalladamente las distintas formas de protección de la propiedad intelectual que han sido aplicadas satisfactoriamente a los conocimientos tradicionales, puede ser útil subrayar que el sistema de propiedad intelectual y las medidas específicas destinadas a impedir la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales no se hallan enfrentados entre sí, y que de hecho estas últimas medidas son compatibles con los principios fundamentales del sistema de propiedad intelectual.

¹⁵⁷ Por ejemplo, véanse los documentos WIPO/GRTKF/IC/4/7, WIPO/GRTKF/IC/4/8 y WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4.

B12: Coherencia con el marco jurídico general

1. En el caso de los conocimientos tradicionales que guarden relación con elementos de la diversidad biológica, el acceso a esos conocimientos, así como su uso, estará en concordancia con las legislaciones nacionales que rijan el acceso a esos elementos de la diversidad biológica. La autorización de acceso a los conocimientos tradicionales no implica la autorización para utilizar los recursos genéticos conexos y viceversa.
2. La protección de los conocimientos tradicionales debe estar en concordancia con los sistemas de propiedad intelectual vigentes y favorecer la aplicabilidad de las correspondientes normas internacionales de propiedad intelectual en beneficio de los titulares de los conocimientos tradicionales.
3. Nada de lo dispuesto en los presentes principios deberá interpretarse en detrimento de las obligaciones que las autoridades nacionales tengan entre sí en virtud del Convenio de París y otros acuerdos internacionales sobre propiedad intelectual.

102. En este párrafo se contempla la coherencia con la reglamentación de acceso a los recursos genéticos vinculados a los conocimientos tradicionales, permitiendo que determinadas formas de acceso sean independientes entre sí, cuando proceda. Esta frase es la homóloga del párrafo 37 de las Directrices de Bonn y refleja la independencia que tiene el consentimiento fundamentado previo aplicable a los conocimientos tradicionales y a los elementos de la diversidad biológica, y que queda establecida por las Directrices, en comparación con el consentimiento fundamentado previo aplicable al acceso a los recursos genéticos. De manera similar, en el principio se trata de aclarar que la protección de los conocimientos tradicionales no va en perjuicio de las obligaciones contempladas en los acuerdos sobre propiedad intelectual.

B.13: Administración de la protección y observancia

103. La protección de los conocimientos tradicionales se gestiona y se administra de distintas maneras en virtud de las medidas vigentes. Sin embargo, habitualmente se señalan determinados procedimientos y autoridades nacionales que pueden garantizar la eficacia y la claridad en la protección de los conocimientos tradicionales. En este principio se señalan algunas de las tareas fundamentales que aparecen una y otra vez en los sistemas de protección vigentes, sin mencionar de manera concreta ninguna forma de estructura institucional.

104. Las autoridades nacionales pueden desempeñar una función específica al hacer valer la protección de los conocimientos tradicionales. En general, la eficacia y la equidad de las medidas de protección estarán en función del enfoque adoptado al respecto. Un enfoque eficaz de protección tendrá que basarse en aclarar los distintos aspectos que conllevan las tareas de observancia. Esta es la lógica en la que se fundamenta el concepto de “pirámide de observancia” de los conocimientos tradicionales, examinada en artículos recientes y en otros ámbitos¹⁵⁸. Uno de los objetivos de la Legislación Tipo Africana es la observancia de los

¹⁵⁸ Véase Drahos, P. “Towards an International Framework for the Protection of Traditional Group Knowledge and Practice,” Seminario de la UNCTAD– Secretaría del Commonwealth sobre los

[Sigue la nota en la página siguiente]

derechos, para lo cual se estipulan disposiciones específicas. La Ley de Artes y Oficios de los Estados Unidos de América contiene amplias disposiciones sobre observancia, que constituyen algunas de las disposiciones más sólidas de todas las legislaciones *sui generis* sobre los conocimientos tradicionales que han sido descritas al Comité: quien venda un producto sugiriendo falsamente que ha sido producido por los pueblos indígenas podrá ser objeto de multas muy severas y de una pena de prisión, sanciones que aumentarán en caso de reincidencia. La Oficina de Artes y Oficios Indios tiene una función específica al supervisar las violaciones de esa Ley¹⁵⁹. También se ha subrayado la conveniencia de recurrir a la solución alternativa de controversias¹⁶⁰. En el documento WIPO/GRTKF/IC/6/6 se explican detalladamente los fundamentos en que se basa este enfoque.

B13: Administración de la protección y observancia

1. La o las autoridades nacionales o regionales competentes deben estar capacitadas para:
 - i) distribuir información acerca de la protección de los conocimientos tradicionales y realizar campañas de sensibilización del público para informar a los titulares de conocimientos tradicionales y otros sectores interesados sobre la disponibilidad y el alcance de la protección de los conocimientos tradicionales y sobre sus mecanismos de observancia;
 - ii) determinar si un acto en el que esté involucrado un conocimiento tradicional constituye un acto de apropiación indebida o un acto de competencia desleal;
 - iii) determinar si ha sido otorgado el consentimiento fundamentado previo para el acceso a los conocimientos tradicionales, así como para su uso;
 - iv) determinar el pago de una compensación equitativa; determinar si un usuario de conocimientos tradicionales debe pagar una compensación equitativa y en caso afirmativo, velar por que el pago sea efectivo y por que la compensación equitativa se distribuya a quien proceda;
 - v) determinar si se ha adquirido, mantenido o infringido un derecho sobre los conocimientos tradicionales, y establecer los recursos aplicables;
 - vi) prestar asistencia, cuando sea posible y en la manera adecuada, a los titulares de conocimientos tradicionales a fin de que adquieran, ejerciten y hagan valer sus derechos sobre esos conocimientos.

[Continuación de la nota de la página anterior]

elementos de sistemas nacionales sui generis para la preservación, protección y promoción de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales y opciones para establecer un marco internacional (febrero de 2004). Véase el capítulo titulado “An International Enforcement Pyramid on TGKP” en la pág. 39.

¹⁵⁹ Véase el documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4, Anexo.

¹⁶⁰ GRULAC (WIPO/GRTKF/IC/1/5, Anexo I, pág. 9), Grupo Asiático (OMPI/GRTKF/IC/2/10, Grupo Africano (WIPO/GRTKF/IC/3/15).

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

B.14: Protección internacional y regional

105. La dimensión internacional de la propiedad intelectual en general y de la labor del Comité en relación con los conocimientos tradicionales tiene que ver principalmente con el reconocimiento de los titulares extranjeros de derechos para que tengan acceso a los sistemas nacionales de propiedad intelectual en igualdad de condiciones con los titulares autóctonos, la creación de mecanismos prácticos que faciliten la obtención y la administración de derechos de propiedad intelectual en jurisdicciones de otros países, y la elaboración de normas sustantivas de carácter internacional, mediante las cuales se fijan criterios internacionales sobre cómo debe protegerse la propiedad intelectual a nivel nacional (por ejemplo, las normas mínimas de protección), y sobre cómo deben salvaguardarse otros intereses, como los de terceros y los del público en general (son ejemplos de estas normas las excepciones a los derechos de propiedad intelectual y los recursos jurídicos existentes cuando se producen abusos).

106. Además de estos aspectos principales, la dimensión internacional abarca potencialmente una serie de elementos políticos, jurídicos, técnicos y prácticos, que pueden incidir de diversas maneras en las legislaciones e instituciones nacionales y regionales. En el documento WIPO/GRTKF/IC/6/6 se señalaron estos elementos:

- a) coordinación y esclarecimiento de los vínculos con otros elementos de la legislación internacional;
- b) consideración de los actuales instrumentos legislativos y normas internacionales en materia de P.I. aplicables a los conocimientos tradicionales y a las expresiones culturales tradicionales;
- c) interpretación de las normas internacionales en vigor y elaboración de nuevas normas internacionales que sean de aplicación en el tratamiento de los conocimientos tradicionales, las expresiones culturales tradicionales y los recursos genéticos en el marco de ordenamientos jurídicos nacionales, y esclarecimiento de la diversidad de opciones jurídicas de alcance nacional que puedan utilizarse para aplicar las normas internacionales;
- d) mecanismos internacionales por medio de los cuales los nacionales de un país puedan gozar de los derechos de P.I. en una jurisdicción extranjera;
- e) coordinación y articulación de posiciones y objetivos políticos comunes, así como directrices para alcanzarlos;
- f) mecanismos internacionales para posibilitar o simplificar los trámites de notificación o registro como base para el reconocimiento de un derecho de P.I. en el marco de una legislación nacional;
- g) coordinación administrativa, simplificación y cooperación del funcionamiento de los sistemas de derechos de P.I. en el marco de la legislación nacional, contando con las normas de clasificación y catalogación;
- h) coordinación internacional de los mecanismos utilizados en la administración y la gestión colectivas de los derechos de P.I.;

- i) solución de controversias internacionales; y
- j) solución de controversias privadas que comprendan más de una jurisdicción, por medio de instrumentos internacionales o cuasi-internacionales.

107. En el documento WIPO/GRTKF/IC/6/6 se examinaron detalladamente todos y cada uno de esos elementos. Sin repetir toda la información contenida en ese documento, en los párrafos siguientes se señala la información que tiene una importancia especial para los conocimientos tradicionales respecto de alguna de esas cuestiones.

a) Análisis del contexto jurídico internacional en su conjunto

108. La dimensión internacional del mandato del Comité abarca el análisis de la legislación internacional vigente en otras esferas de aplicación del Derecho. Con respecto a los conocimientos tradicionales, entre estas esferas figuran el desarrollo sostenible; la agricultura y la seguridad alimentaria; la diversidad biológica, los bosques y el medio ambiente; la medicina tradicional y la salud pública; los derechos humanos; las normas laborales; las cuestiones de los pueblos indígenas, el comercio y la industria, etcétera. Asimismo, los participantes en el Comité han expresado interés por que se analicen otros instrumentos jurídicos internacionales y se colabore estrechamente con otros organismos y procesos internacionales relacionados con su mandato. Como se ha explicado anteriormente (en el principio de concordancia con otros procesos e instrumentos regionales e internacionales), entre los instrumentos jurídicos y los procesos normativos internacionales que tienen una importancia especial para los conocimientos tradicionales figuran los administrados por el CDB, la FAO, la OIT, el IFF, la UNCCD, la UNCTAD, el PNUMA, el Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas y la OMC, así como los que se están poniendo a punto en esas instancias. En la Asamblea General de la OMPI se indicó que la atención del Comité deberá centrarse en la “dimensión internacional de su labor... sin perjuicio de la labor que se lleve a cabo en otros foros”, con lo que se apuntó a la necesidad de constituir una base de consulta, coordinación e información de los avances que se realicen en otros organismos.

b) Normas internacionales de propiedad intelectual

109. En los tratados existentes en materia de propiedad intelectual se incluyen disposiciones que se corresponden con las experiencias prácticas de que se ha informado en el ámbito de la protección de los conocimientos tradicionales en calidad de propiedad intelectual (véase el principio fundamental de flexibilidad y exhaustividad). En una breve selección se incluirían los siguientes instrumentos legislativos:

- El Convenio de París: la eliminación de la competencia desleal (Artículo 10*bis*), que constituye la base de la elaboración de los principios contenidos en el presente documento); la protección de las patentes; la protección de diseños industriales; la protección de las marcas colectivas y de certificación, la protección de los escudos de armas, las banderas, otros emblemas de Estado, signos y punzones oficiales;
- El Arreglo de Estrasburgo relativo a la Clasificación Internacional de Patentes (1979);
- El Arreglo de Lisboa: la protección de las denominaciones de origen relacionadas con productos que abarquen conocimientos tradicionales;

- El Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas (y su Protocolo): la protección de las marcas de certificación relacionadas con productos de origen tradicional;
 - El Acuerdo de la OMC sobre los ADPIC: se ha informado de que una serie de derechos de P.I. reconocidos en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC podrían ser de aplicación a los conocimientos tradicionales; además de las categorías susceptibles de protección que se han señalado anteriormente, el Acuerdo sobre los ADPIC contempla varias categorías que se han utilizado en la protección de los conocimientos tradicionales, a saber: la información no divulgada (información confidencial o secretos comerciales) y las indicaciones geográficas (categoría más amplia que las denominaciones de origen), vinculando ambas formas de protección a la eliminación de la competencia desleal, de conformidad con el Convenio de París.
- c) Establecimiento de normas internacionales: elaboración de las normas y armonización

110. Se han presentado propuestas para la elaboración de nuevas normas internacionales en el contexto del Comité¹⁶¹, en la Asamblea General de la OMPI¹⁶² y en otros foros diversos¹⁶³. La fijación de normas y la elección del mecanismo adecuado son cuestiones políticas esenciales sobre las que han de reflexionar y tomar decisiones los Estados miembros de la OMPI. Por lo tanto, en el presente documento no se pretende promover ningún resultado concreto ni expresar preferencia alguna, sino sencillamente catalogar y describir objetivamente las opciones posibles, entre las cuales podrían figurar las siguientes:

- Uno o varios instrumentos internacionales con carácter vinculante;
- una declaración o recomendación no vinculante;
- directrices o disposiciones tipo;
- interpretaciones autorizadas o persuasivas de los instrumentos jurídicos existentes, y
- una declaración política internacional, con carácter prioritario, en la que se defiendan los principios clave y se establezcan las necesidades y expectativas de los titulares de conocimientos tradicionales.

111. Estas opciones se vuelven a examinar en el documento WIPO/GRTKF/IC/6/6. En cuanto a los conocimientos tradicionales en particular, en la propuesta del Grupo Africano se contempla la adopción de un acuerdo independiente para los conocimientos tradicionales y las ECT (es decir, no se trata de un arreglo particular circunscrito a un convenio o una unión de más amplio alcance), que sin embargo forma parte de una estructura jurídica internacional más amplia. En cambio, un instrumento sobre los conocimientos tradicionales también podría adoptar la forma de arreglo particular en virtud del Artículo 19 del Convenio de París, con lo

¹⁶¹ Véanse, por ejemplo, las diversas propuestas planteadas en la quinta sesión del Comité (documento WIPO/GRTKF/IC/5/15, bajo los epígrafes “Declaraciones generales” y “Labor futura”).

¹⁶² Véase el documento WO/GA/30/8, “Informe de la Asamblea General de la OMPI”, párrafos 65 a 92, *pássim*.

¹⁶³ Por ejemplo, en el proyecto de Decisión relativa a los conocimientos tradicionales, contenida en el documento de la OMC IP/C/W/404, “Impulsar la revisión del párrafo 3.b) del Artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC, Comunicación conjunta del Grupo Africano.”

que no vendría a ser un “tercer pilar”, sino a formar parte de la protección de la propiedad industrial (junto con el derecho de autor y los derechos conexos, uno de los dos pilares existentes del sistema de propiedad intelectual). El Artículo 19 del Convenio de París se titula “Arreglos particulares” y estipula que “los países de la Unión se reservan el derecho de concertar paralelamente entre sí arreglos particulares para la protección de la propiedad industrial, en tanto que dichos arreglos no contravengan las disposiciones del presente Convenio”¹⁶⁴.

112. Varias disposiciones del Convenio de París se prestan a una mayor elaboración en relación con algunos aspectos de la protección de los conocimientos tradicionales. Como se ha declarado anteriormente, el Artículo 10*bis* constituye un modelo de protección internacional de los conocimientos tradicionales contra la apropiación indebida, propuesto por la Delegación de Noruega y aceptado por el Comité. Tanto el Convenio de París como el de Berna son medios que podrían esclarecer qué tipo de derechos poseen los titulares de derechos en jurisdicciones que no sean las suyas de origen, en particular, mediante el principio de trato nacional. Teniendo en cuenta que los conocimientos tradicionales estén protegidos por derechos de propiedad industrial, cabe recordar que el principio de trato nacional está contemplado en el Convenio de París.

d) Reconocimiento mediante la legislación internacional de los derechos de nacionales fuera de sus países de origen.

113. En la dimensión internacional del sistema convencional de P.I., destaca como piedra angular el mecanismo que permite establecer que los titulares extranjeros de derechos están facultados para recibir protección. Como regla, la norma internacional permite a los titulares extranjeros de derechos un acceso relativamente libre a los sistemas de propiedad intelectual (siempre que sean nacionales de un país que haya contraído los compromisos pertinentes mediante algún tratado), una norma que se remonta a los primeros convenios internacionales del siglo XIX. En virtud de las obligaciones que se estipulan en el Convenio de París, el Convenio de Berna, el Acuerdo sobre los ADPIC y otros tratados de propiedad intelectual, el principio de trato nacional es de aplicación, en términos generales, a la mayor parte de las categorías de protección de P.I. (con algunas excepciones). Además, los Miembros de la OMC (aunque también con algunas excepciones) deben aplicar el principio de nación más favorecida, al menos en relación con la protección de la P.I. que se establece en el Acuerdo sobre los ADPIC. En determinadas circunstancias, también pueden determinarse otros aspectos específicos de la protección de la propiedad intelectual (como la duración del período de protección del derecho de autor) aplicando el principio de reciprocidad.

114. Por el contrario, en algunas formas *sui generis* de protección de la propiedad intelectual establecidas en el marco de legislaciones nacionales, no se contempla necesariamente el acceso automático de los titulares extranjeros al sistema de P.I. o su facultad para recibir protección respecto de los conocimientos tradicionales. Algunos sistemas de registro y reconocimiento de derechos *sui generis* relativos a conocimientos tradicionales se centran en los titulares que sean nacionales del país que otorga la protección o que pertenezcan a comunidades reconocidas por dicho país¹⁶⁵. Un modelo aplicado es el de la protección recíproca. Por ejemplo, la Ley de Tailandia contempla la protección de los conocimientos

¹⁶⁴ Artículo 19 del Convenio de París (1979).

¹⁶⁵ Véanse, por ejemplo, los anexos al documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF/6 y los cuadros que figuran en el documento WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4.

medicinales tradicionales procedentes de otros países con arreglo al principio de reciprocidad¹⁶⁶.

115. En principio, el acceso de los titulares o custodios extranjeros de conocimientos tradicionales a los sistemas nacionales de protección *sui generis* puede suponer diversas formas de reconocimiento. Por ejemplo, puede conllevar:

- el reconocimiento como titular de los derechos de la comunidad indígena o local que cumpla las condiciones pertinentes, o el reconocimiento como titular de los derechos de la personalidad jurídica de un colectivo o una comunidad determinados;
- la facultad para adquirir un derecho relacionado con conocimientos tradicionales o materia conexas, contemplando en esta facultad la capacidad para inscribir en un registro la materia objeto de protección, cuando proceda;
- la participación en los mecanismos oficiales responsables de la administración colectiva de los derechos;
- la participación en las disposiciones relativas a la distribución de beneficios o en cualesquiera otros fondos relacionados con la explotación de los conocimientos tradicionales, y
- las facultades relativas a la observancia de los derechos, comprendidas las acciones *ex officio* emprendidas por las autoridades nacionales o las Fiscalías Generales.

116. De conformidad con algunas legislaciones nacionales, los derechos sobre conocimientos tradicionales están reservados a determinadas clases de individuos o comunidades reconocidas en el marco de la legislación nacional, por ejemplo, determinadas comunidades indígenas o locales. En consecuencia, la concesión de esos derechos a individuos o colectivos extranjeros que los soliciten puede también depender de que cumplan criterios similares, o adaptados, a los que se exigen a esas clases de titulares. Será necesario entonces esclarecer si las condiciones que se exigen a los extranjeros para la obtención de los derechos o beneficios reservados a categorías concretas de titulares deberán evaluarse de conformidad con las leyes del país de origen o de conformidad con las leyes del país que otorgaría la protección.

e) Coordinación de las políticas

117. Parte de la dimensión internacional de la protección de la P.I., y de la promoción de los beneficios económicos y sociales procedentes de la propiedad intelectual, es la coordinación de los planteamientos políticos pertinentes mediante instrumentos que no sean de alcance internacional. La coordinación de las políticas a escala internacional tiene el efecto de

¹⁶⁶ En el Artículo 43 de la Ley se prevé que “los nacionales de otros países que autoricen a los nacionales de Tailandia a solicitar la protección en su país de derechos de propiedad intelectual sobre la medicina tradicional de Tailandia, podrán solicitar la protección de los derechos de propiedad intelectual sobre la medicina tradicional de su país en virtud de la presente Ley”. (Traducción de la Oficina Internacional).

garantizar que al elegir determinadas opciones las autoridades nacionales se basen en una amplia diversidad de experiencias de otros países, que dichas opciones se apliquen de manera coherente y apoyándose mutuamente cuando sea necesario, y que las ventajas de fomentar la toma de conciencia a ese respecto e impulsar los mecanismos de creación de capacidad lleguen a una mayor diversidad de beneficiarios, más allá de los previstos en principio. La coordinación de los planteamientos políticos comprende los siguientes elementos:

- el intercambio de información entre Estados miembros y otras partes interesadas (especialmente los representantes de comunidades indígenas o locales), en relación con prácticas de asesoramiento y de elaboración de políticas, de manera que se reflejen las preocupaciones concretas de las comunidades tradicionales, locales e indígenas;
- el apoyo a redes de titulares de conocimientos tradicionales y a comunidades tradicionales de diferentes países;
- la elaboración de materiales informativos y de creación de capacidad, para su utilización por parte de los titulares de conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales; y
- la creación de un fondo común de experiencias relativas al apoyo a la utilización de los conocimientos tradicionales, que sirva de base para el desarrollo de las comunidades, empresas basadas en comunidades y otras asociaciones comerciales apropiadas.

f) Notificación o registro a escala internacional

118. Además de las normas internacionales (vinculantes o de otro tipo) relativas a la protección de la P.I. a nivel nacional, hay una serie de mecanismos prácticos que simplifican y esclarecen el proceso necesario para la obtención y la protección de los derechos de propiedad intelectual. Por ejemplo, cabe utilizar un sistema internacional para el registro o la notificación de la materia susceptible de protección. De ese modo, con un único trámite centralizado, el solicitante o la parte interesada ponen sobre aviso a otros, potencialmente en muchos países. En el presente documento se ha sugerido anteriormente que, en aras de la transparencia y la seguridad, las autoridades nacionales deben seguir conservando la posibilidad de establecer mecanismos de notificación o de registro, especialmente respecto de los conocimientos tradicionales para los que resulten adecuadas formas de protección más sólidas.

119. Hay varios sistemas internacionales de registro o notificación que ya se aplican a materias relacionadas con los conocimientos tradicionales y a las expresiones culturales tradicionales:

- la protección de escudos de armas, banderas, otros emblemas de Estado, signos y punzones oficiales de control y de garantía, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 6ter del Convenio de París;

- el registro internacional de marcas comerciales, comprendidas las colectivas y las de certificación, relativas a productos tradicionales y a productos con un origen que incluya conocimientos tradicionales, según lo dispuesto en el Sistema de Madrid;
- el registro internacional de denominaciones de origen referidas a productos que incluyan conocimientos tradicionales, de conformidad con lo dispuesto en el Sistema de Lisboa; y
- el registro internacional de diseños industriales originales, elaborados en el marco de los conocimientos tradicionales, de conformidad con lo dispuesto en el Sistema de La Haya.

Hay varios sistemas bilaterales de reconocimiento o notificación, lo cual suscita la pregunta de si sería posible la notificación y la protección recíprocas de los conocimientos tradicionales.

g) Administración y gestión colectivas de los derechos de propiedad intelectual

120. Existen ya sistemas bien constituidos para la administración y la gestión colectivas del derecho de autor y otros derechos conexos. La existencia de estos mecanismos colectivos para la gestión y observancia de los derechos, así como la dimensión internacional de la cooperación entre dichas entidades, han sido señalados en varios procesos intergubernamentales y en los artículos publicados sobre los conocimientos tradicionales¹⁶⁷.

121. Sean cuales fueran los medios jurídicos que lleguen a acordarse a nivel nacional, regional o internacional para proteger los conocimientos tradicionales, surgirá de inmediato la cuestión de hasta qué punto es posible gestionar y hacer valer esos derechos de una manera que resulte al mismo tiempo práctica, coherente con los recursos y capacidades de los titulares de los derechos, y efectiva en el plano internacional de tal modo que sean los verdaderos beneficiarios quienes gocen realmente de los frutos resultantes de la protección de la P.I. en el ámbito de los conocimientos tradicionales. Para resolver esta cuestión habrá que analizar las lecciones prácticas adquiridas en los sistemas existentes de administración colectiva de los derechos de P.I., y la posibilidad de ampliar o adaptar esos mecanismos en beneficio de los titulares de conocimientos tradicionales¹⁶⁸.

C14: Protección internacional y regional

Deben establecerse mecanismos jurídicos y administrativos para prever en los sistemas nacionales una protección eficaz de los conocimientos tradicionales de titulares extranjeros. Deben establecerse medidas destinadas a facilitar, en la medida de lo posible, la adquisición, la gestión y la observancia de dicha protección en beneficio de los titulares extranjeros de conocimientos tradicionales.

¹⁶⁷ Véase el Informe del Seminario UNCTAD/Secretaría del Commonwealth y Drahos, P. (2000), “Indigenous Knowledge, Intellectual Property and Biopiracy: Is a global bio-collecting society the answer?” *European Intellectual Property Review*, 22:245–250.

¹⁶⁸ Drahos, P. (2000), “Indigenous Knowledge, Intellectual Property and Biopiracy: Is a global bio-collecting society the answer?” *European Intellectual Property Review*, 22:245–250.

122. En este principio se establece una norma general de eficacia para los titulares extranjeros de conocimientos tradicionales, sin especificar qué mecanismos jurídicos deben aplicarse (por ejemplo, la protección recíproca, la protección de normas mínimas o el trato nacional). Esto se debe a que hasta ahora no se han debatido suficientemente las opciones disponibles y a la falta de orientación general sobre esta cuestión, puesta de manifiesto en las declaraciones políticas y en la diversidad de enfoques ya adoptados en los sistemas nacionales de protección de los conocimientos tradicionales. En la medida en que se apliquen derechos convencionales de propiedad intelectual a la protección de los conocimientos tradicionales en interés de sus titulares, se aplicarán las obligaciones internacionales existentes (por ejemplo, las previstas en virtud de los Convenios de París y de Berna y del Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC).

[Fin del Anexo II y del documento]