



CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA

Distr.
GENERAL

UNEP/CBD/WG8J/2/7
27 de noviembre de 2001

ESPAÑOL
ORIGINAL: INGLÉS

GRUPO DE TRABAJO ESPECIAL DE COMPOSICIÓN
ABIERTA ENTRE PERÍODOS DE SESIONES
SOBRE EL ARTÍCULO 8 j) Y DISPOSICIONES
CONEXAS DEL CONVENIO SOBRE LA
DIVERSIDAD BIOLÓGICA

Segunda reunión

Montreal, 4-8 de febrero de 2002

Tema 7 del programa provisional*

EVALUACIÓN DE LA EFICACIA DE LOS ACTUALES INSTRUMENTOS SUBNACIONALES, NACIONALES E INTERNACIONALES PARTICULARMENTE DE LOS INSTRUMENTOS DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL QUE PUEDAN TENER REPERCUSIONES EN LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS, INNOVACIONES Y PRÁCTICAS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y LOCALES

Nota del Secretario Ejecutivo

Resumen Ejecutivo

Además de los instrumentos oficiales de derechos de propiedad intelectual administrados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y por la Organización Mundial del Comercio en virtud del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (TRIP) existen a nivel nacional y subnacional una diversidad de mecanismos y enfoques que pueden ser utilizados para proteger los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas y locales pertinentes a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica y que están en sinergia con los objetivos del Artículo 8 j) del Convenio sobre la diversidad biológica.

Aunque todavía existe una gran diversidad de opiniones en cuanto a que los diversos mecanismos de derechos de propiedad intelectual sean idóneos y efectivos en proporcionar la protección de los conocimientos e innovaciones y prácticas tradicionales pertinentes a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, hay pruebas de que está surgiendo el consenso de que es necesario contar con una serie de instrumentos y estrategias. En algunos casos, los derechos oficiales de propiedad intelectual tales como las patentes pueden ser utilizados por las comunidades indígenas y locales para proteger y proporcionar beneficios a su propiedad intelectual (respecto a sus innovaciones o invenciones basadas en conocimientos tradicionales), o pueden ser utilizados para defender sus conocimientos tradicionales (en casos en los que la existencia de conocimientos tradicionales como estado de la técnica

* UNEP/CBD/WG8J/2/1.

se manifiesta durante el examen de una solicitud de patente, por lo que se proporcionan motivos de rechazo). Las indicaciones geográficas y las marcas pudieran ser utilizadas para proteger productos procedentes de los conocimientos tradicionales y pudieran servir de fuerte elemento de identificación cultural. Los secretos comerciales pudieran proteger los conocimientos tradicionales, especialmente cuando tales conocimientos estén exclusivamente en poder de un grupo particular de la comunidad. Los acuerdos y contratos basados en principios de consentimiento fundamentado previo, en términos mutuamente convenidos, y en la distribución equitativa de los beneficios están también demostrando tener éxito. En algunos países, el reconocimiento de los sistemas de leyes consuetudinarias permite a las comunidades indígenas y locales utilizar modos tradicionales para proteger sus conocimientos tradicionales. Sin embargo, también es muy variable lo que ocurre de un país a otro (respecto a leyes subnacionales) y entre países haciendo con frecuencia difícil proporcionar una protección completa a los conocimientos tradicionales fuera de las fronteras de su propio país con lo que se señala la necesidad de arreglos regionales y multilaterales. También hay componentes de los conocimientos tradicionales para los cuales los derechos de propiedad intelectual oficiales no proporcionan una protección idónea y por consiguiente, pudiera ser necesario un sistema *sui generis* que proporcione tal protección (p. ej., para conocimientos sagrados).

Sin embargo, los titulares de los conocimientos tradicionales carecen con frecuencia del saber y de los recursos financieros para aprovecharse del sistema de propiedad intelectual ya sea en su forma actual ya sea en una que haya evolucionado y es necesario que tengan apoyo al respecto. Aunque hay algunas dificultades filosóficas, legales y conceptuales (tales como las relativas a la definición de novedad), el hecho de que las normas actuales de propiedad intelectual no pueden adaptarse perfectamente a elementos de los conocimientos tradicionales que sean dignos de protección no debería considerarse como obstáculo insuperable. La propiedad intelectual ha evolucionado continuamente para proteger nuevos asuntos básicos tales como los diseños de soporte lógico y la configuración, la emergencia de los cuales no se preveía incluso hace veinte años. Dada su índole evolutiva y adaptable no es inconcebible que los principios de propiedad intelectual puedan proporcionar una protección efectiva a los conocimientos tradicionales. Lo mismo que en el pasado, el sistema puede evolucionar para satisfacer nuevas necesidades, incluidas las de los titulares de los conocimientos tradicionales.

Recomendaciones propuestas

En base a esta evaluación, el grupo de trabajo pudiera establecer prioridades para la labor ulterior y recomendar que la Conferencia de las Partes:

1. *Preste apoyo* a la labor del Comité intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual;
2. *Pida* a las Partes y gobiernos y a organizaciones no gubernamentales pertinentes que presten asistencia a las comunidades indígenas y locales a fin de desarrollar estrategias conducentes a proteger sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales en base a una “mezcla” de enfoques, incluido el uso de los actuales mecanismos de propiedad intelectual, la aplicación de leyes consuetudinarias, medidas *sui generis*, el uso de arreglos contractuales, registros de conocimientos tradicionales y directrices y códigos de práctica y, de ser necesario, proporcionen a tales comunidades la capacidad necesaria (particularmente el asesoramiento jurídico);
3. *Pida* al Grupo de trabajo especial de composición abierta entre períodos de sesiones sobre el Artículo 8 j) y disposiciones conexas del Convenio sobre la diversidad biológica que determine las normas mínimas para un sistema *sui generis* de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas

tradicionales pertinentes a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica que sea complementario de los enfoques actuales y que pueda tener una aplicación internacional;

4. *Pida* al Secretario Ejecutivo que establezca un sistema de notificación de leyes y de otros mecanismos adoptados por Partes y gobiernos para la protección de conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales que permitan a las Partes y gobiernos supervisar la aplicación del Artículo 8 j) con miras a establecer normas de prácticas óptimas;

5. *Inste* a las Partes y gobiernos que todavía no lo hayan hecho a adoptar medidas para establecer o mejorar los vínculos operacionales entre sus oficinas nacionales de propiedad intelectual y las comunidades indígenas y locales para coordinar mejor e instaurar medidas que protejan sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales pertinentes a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, particularmente respecto a las iniciativas de documentación de conocimientos tradicionales y a registros de esos conocimientos tradicionales basados en la comunidad;

6. *Pida* a las Partes y gobiernos, con la asistencia de organismos internacionales de desarrollo y otras organizaciones pertinentes, según proceda, y con la participación e intervención de las comunidades indígenas y locales del caso, que emprendan proyectos piloto por medio de los cuales los titulares de los conocimientos tradicionales pueden someter a prueba los medios de protección de los conocimientos tradicionales aplicando los actuales regímenes de derecho de propiedad intelectual y métodos contractuales;

7. *Pida* al Grupo de trabajo especial sobre el Artículo 8 j) que teniendo en cuenta la labor de la Organización Mundial de la propiedad intelectual examine la viabilidad de establecer una base de datos internacional o un registro mundial de conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales pertinentes a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, entre otros fines para prestar asistencia a las oficinas nacionales de propiedad intelectual cuando consideren solicitudes que susciten el asunto de estado de la técnica en relación con el uso de los conocimientos tradicionales. Al examinar la viabilidad de establecer tal base de datos o registro, el grupo de trabajo debería considerar:

- a) su ubicación y arreglos administrativos;
- b) quién debería tener acceso a la información almacenada en el registro o base de datos y en qué términos y condiciones;
- c) protocolos para guardar, tener acceso y retirar información y datos;
- d) métodos óptimos para la clasificación y normalización de los datos;
- e) requisitos de seguridad y métodos óptimos de lograr la seguridad de la información almacenada en el registro o base de datos;
- f) la situación jurídica de la información almacenada en el registro y base de datos; y
- g) vínculos con los registros de conocimientos tradicionales nacionales y de las comunidades indígenas y locales.

En su examen, el Grupo de trabajo debería pedir su opinión a las comunidades indígenas y locales, que son expertos en el mantenimiento de registros de conocimientos tradicionales, a las oficinas nacionales de propiedad intelectual y a los expertos jurídicos. El Grupo de trabajo especial debería informar acerca de sus conclusiones a la Conferencia de las Partes en su séptima reunión;

8. *Pida* a las Partes y gobiernos, a las comunidades indígenas y locales y a las organizaciones pertinentes que intercambien experiencias nacionales entre los países en los que se ha logrado avanzar en cuanto a incorporar a la legislación nacional los elementos de las leyes consuetudinarias pertinentes a la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas y locales;

9. *Invite* a Partes y gobiernos, organizaciones de las comunidades indígenas y locales y a otras organizaciones pertinentes a que presenten monografías y otra información pertinente al Secretario Ejecutivo respecto a:

a) las experiencias relativas y la aceptación de los sistemas de leyes consuetudinarias que protegen los conocimientos tradicionales pertinentes a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en los marcos jurídicos, internacionales, regionales, nacionales, subnacionales y locales;

b) el desarrollo de estrategias por las que las comunidades indígenas y locales protejan sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales destacando los enfoques utilizados, el método de aplicación y los problemas enfrentados; y

c) el establecimiento de vínculos operacionales entre las oficinas nacionales de propiedad intelectual y las comunidades indígenas y locales para facilitar la protección de sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales pertinentes a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica;

10. *Pida* al Secretario Ejecutivo que divulgue las monografías y la información a la que se hace referencia en el párrafo 9 precedente por conducto del mecanismo de facilitación.

I. INTRODUCCIÓN

1. De conformidad con la tarea 11 del programa de trabajo sobre la aplicación del Artículo 8 j) y disposiciones conexas aprobado por la Conferencia de las Partes en el párrafo 1 de la decisión V/16, el Grupo de trabajo ha de evaluar los instrumentos subnacionales, según proceda, los nacionales y los internacionales existentes, en especial los instrumentos de los derechos de propiedad intelectual, que puedan llegar a tener consecuencias para la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales, con miras a determinar sinergias entre esos instrumentos y con los objetivos del Artículo 8 j).

2. Para prestar ayuda al Grupo de trabajo en esta tarea, el Secretario Ejecutivo ha preparado una evaluación de los instrumentos pertinentes teniendo en cuenta las monografías presentadas en respuesta a lo indicado en el párrafo 13 de la decisión V/16 y según se solicitó en los párrafos 10 b) y 15 de la decisión IV/9. Además, se ha extraído información pertinente de informes temáticos y nacionales proporcionados por las Partes y de otros documentos pertinentes que proporcionaron las comunidades indígenas y locales, organismos internacionales y organizaciones e instituciones no gubernamentales pertinentes. A este respecto, se han tenido también en consideración las notas sobre antecedentes, las notas de estudio de expertos y los informes de la Reunión de expertos sobre sistemas y experiencias nacionales para proteger los conocimientos, innovaciones y practicas tradicionales, organizada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y celebrada en Ginebra del 30 de octubre al 1 de noviembre de 2000, y la primera y segunda sesiones del Comité Intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), celebradas en Ginebra del 30 de abril al 3 de mayo de 2001, y del 10 al 14 de diciembre de 2001, respectivamente, así como el documento de la OMPI *Informe sobre las necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares de conocimientos tradicionales: OMPI Informe relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales (1998-1999)* (Ginebra, 2001). En el documento se tiene también en cuenta el trabajo en curso sobre la protección de los conocimientos tradicionales que está siendo emprendido tanto por la UNCTAD como por la OMPI en estos dos foros.

3. En el presente documento se actualiza la información que figura en la nota del Secretario Ejecutivo sobre formas legales y otras apropiadas de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañan estilos de vida tradicionales pertinentes a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica preparada para la primera reunión del Grupo de trabajo (UNEP/CBD/WG8J/1/2); y la síntesis de monografías e información pertinente sobre el Artículo 8 j) y disposiciones conexas del Convenio sobre la diversidad biológica, distribuida como documento de información en la misma reunión (UNEP/CBD/WG8J/1/INF/2). En el presente documento no se incluye la evaluación de mecanismos voluntarios para la protección de los conocimientos tradicionales tales como códigos de ética, directrices para la realización de investigación. Tales mecanismos son el tema de un documento de información sobre recopilación y reseña de instrumentos y directrices actuales, códigos de ética y otras actividades pertinentes al programa de trabajo sobre la aplicación del Artículo 8 j) y disposiciones conexas (UNEP/CBD/WG8J/2/INF/1) preparado para la presente reunión del Grupo de trabajo.

4. También se toma en consideración la labor del grupo de expertos y la del Grupo de trabajo especial sobre acceso y distribución de beneficios señalándose la necesidad de mantener las comunicaciones e intercambiar información con el grupo de trabajo sobre acceso y distribución de beneficios, según se encargó mediante el párrafo 11 de la decisión V/26 A. En esta nota se analizan asuntos de interés particular para el grupo de expertos y para el grupo de trabajo según lo indicado en el

informe de su primera reunión (UNEP/CBD/COP/5/8, párrs. 130 a) - c), y 131 a) - d)); y se tiene en cuenta el informe de la segunda reunión del grupo de expertos (UNEP/CBD/WG-ABS/1/2). Dos documentos que han sido preparados para la primera reunión del Grupo de trabajo especial sobre acceso y distribución de beneficios son también particularmente pertinentes: la nota del Secretario Ejecutivo acerca de la Función de los derechos de propiedad intelectual en los arreglos de acceso y distribución de beneficios (UNEP/CBD/WG-ABS/1/4); y la nota del Secretario Ejecutivo sobre Elementos por considerar en la elaboración de directrices y otros enfoques para acceso a los recursos genéticos y distribución de beneficios (UNEP/CBD/WG-ABS/1/3).

5. Los instrumentos que puedan tener implicaciones para la protección de los conocimientos tradicionales han sido evaluados desde dos perspectivas, a saber:

a) la eficacia de las formas de propiedad intelectual que sean más pertinentes a los requisitos del Convenio sobre la diversidad biológica (patentes, derechos de criadores de plantas, secretos comerciales, marcas, indicaciones geográficas y derechos de autor) con la amplitud con la que puedan ser utilizados para proteger a los titulares de los conocimientos tradicionales frente a una apropiación inadecuada de sus conocimientos tradicionales (por ejemplo mediante el reconocimiento de los conocimientos tradicionales como estado de la técnica en las solicitudes de patente); y

b) la disponibilidad y conveniencia de tales sistemas de derechos de propiedad intelectual para los titulares de los conocimientos tradicionales como medio de proteger y beneficiarse de sus innovaciones basadas en conocimientos tradicionales y para defender frente a una infracción sus derechos de propiedad intelectual.

6. En la presente nota, se utiliza la expresión “conocimientos tradicionales” en el sentido de conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañan estilos de vida tradicionales pertinentes a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica.

II. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES PERTINENTES A LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

7. Hay varios instrumentos y procesos en vigor a nivel internacional que son pertinentes para la protección de los conocimientos tradicionales y que se indicarán brevemente en esta sección. Además de los instrumentos de propiedad intelectual administrados por la OMPI, los otros instrumentos principales son el Acuerdo sobre aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (TRIP) administrado por la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Convenio internacional para la protección de nuevas variedades de plantas (UPO), y el Tratado internacional sobre recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura administrado por la Comisión sobre recursos genéticos para la alimentación y la agricultura de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. Se menciona también la Convención de lucha contra la desertificación en la que se incluyen varias disposiciones relativas a conocimientos y saber tradicionales y que corresponden a los requisitos del Artículo 8 j) del Convenio sobre la diversidad biológica. El proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las poblaciones indígenas y los principios y directrices para la protección del patrimonio de las poblaciones indígenas incluye también disposiciones importantes.

8. Se señala también que lo mismo que el impacto de la propiedad intelectual en el comercio está siendo cada vez más reconocido es también cada vez más común que en los acuerdos de comercio regionales y multilaterales se incluyan capítulos sobre propiedad intelectual que establecen normas mínimas y disposiciones para imponerlas.

A. Instrumentos de derecho de propiedad intelectual administrados por la OMPI

9. La OMPI administra varios instrumentos pertinentes a la protección de los conocimientos tradicionales. Estos principalmente se refieren a patentes; marcas; indicaciones geográficas; dibujos industriales; actos de supresión de competencia injusta (incluida la protección de secretos comerciales); y derechos de autor y otros correspondientes. La OMPI ha emprendido una evaluación a fondo de los puntos fuertes y los puntos débiles de estas formas de propiedad intelectual, en cuanto a su idoneidad para la protección de los diversos componentes de los conocimientos tradicionales. ^{1/}

10. Los siguientes asuntos están siendo considerados por el Comité Intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore de la OMPI, por ser de importancia directa para la labor sobre la protección de los conocimientos tradicionales que está siendo emprendida en relación con el Artículo 8 j):

- a) el desarrollo de “prácticas contractuales de guía”, directrices y cláusulas modelo de propiedad intelectual para ser insertadas en los acuerdos de acceso;
- b) delineación del alcance del asunto estudiado para fines de una definición de conocimientos tradicionales respecto a la aplicación de la protección de la propiedad intelectual;
- c) evaluación de información sobre la disponibilidad y ámbito de la protección de la propiedad intelectual para fines de conocimientos tradicionales dentro del alcance del asunto estudiado que se delinea en relación con el subpárrafo b) precedente;
- d) revisión de los criterios existentes y desarrollo de nuevos criterios para la integración eficaz de la documentación sobre conocimientos tradicionales al estado de la técnica objeto de búsqueda; y
- e) la relación entre derecho consuetudinario relativo a conocimientos tradicionales y sistemas oficiales de propiedad intelectual. ^{2/}

B. Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio

11. En el Acuerdo TRIP se incluyen disposiciones sobre normas relativas a la disponibilidad, ámbito y utilización de los derechos de propiedad intelectual, a la imposición de los derechos de propiedad intelectual, a la adquisición y mantenimiento de los derechos de propiedad intelectual y procedimientos conexos, a la prevención y solución de controversias y a arreglos de transición e institucionales. Además de las formas de derechos de propiedad intelectual protegidos en virtud de los instrumentos administrados por la OMPI, en el Artículo 39 de TRIP se prevé la protección de información no divulgada frecuentemente mencionada en el contexto del acuerdo como “secretos comerciales”. En el Acuerdo TRIP se prevé que la información no divulgada que haya de protegerse es aquella que:

^{1/} OMPI 2001a, *Informe sobre las necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares de conocimientos tradicionales: OMPI Informe relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales (1998-1999)*. Ginebra.

^{2/} Véase WIPO/GRTKF/IC/1/3, 16 de marzo de 2001. anexo 4.

- a) se ha mantenido secreta en el sentido de que no es, como un cuerpo ni en la configuración y ensamblaje precisos de sus componentes, generalmente conocida o fácilmente accesible a personas de círculos que normalmente tratan con la clase de información en cuestión;
- b) tiene valor comercial por ser secreta; y
- c) ha estado sometida a etapas razonables, dadas las circunstancias, para mantener su carácter secreto por la persona que legalmente está en control de la información. ^{3/}

12. Varios de los que han analizado el documento señalaron que tales disposiciones pueden ser utilizadas para proteger determinados tipos de conocimientos tradicionales que están consuetudinariamente mantenidos en secreto por miembros particulares (o por un grupo) de una comunidad indígena o local tal como Shamans. ^{4/} Se examinará más a fondo este asunto en la sección siguiente.

C. *Convenio Internacional para la protección de obtenciones vegetales (UPOV)*

13. Los derechos de criadores de obtenciones vegetales son una forma de derecho de propiedad intelectual establecidos en virtud del Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales, conocido en general como Convenio UPOV que concede un certificado de plantador de especies vegetales a aquellos que crían nuevas variedades de especies vegetales. Estos son dos convenios de cooperación UPOV de fechas 1978 y 1991. Se utilizan los derechos de criador de especies vegetales que son un derecho jurídicamente imponible para proteger nuevas variedades de especies vegetales concediendo al titular los derechos comerciales exclusivos de presentar al mercado la nueva variedad o sus materiales reproductivos. El propietario puede dirigir la producción, venta y distribución de la nueva variedad, recibir regalías de la venta de especies vegetales o puede vender o conceder licencias para sus derechos. El derecho no se extiende sin embargo al uso de cosechas de plantadores (es decir, el plantador no paga una regalía sobre la cosecha producida); a la variedad en la cría de especies vegetales ni impide que el plantador conserve la semilla para la producción de otra cosecha en su terreno. Las nuevas variedades pueden venderse habitualmente hasta doce meses dentro del país de origen y cuatro años fuera del país de origen y todavía continúan siendo admisibles para derechos de criador de especies vegetales. Los derechos de criador de especies vegetales se extienden en general (dependiendo del país) hasta un plazo de 25 años respecto a árboles y viñedos y a un período de 15 a 20 años para otras especies. En los derechos de criador de plantas se incluyen en general exenciones para criadores e investigación que permiten el uso no comercial de variedades protegidas. ^{5/}

14. Según la revisión de 1991 del Convenio UPOV, se definen los criadores de plantas como aquellos que crían, descubren o desarrollan nuevas variedades de cosechas. Para ser admisible la protección, la variedad de especies vegetales debe ser distintiva, estable, uniforme y nueva. Para ganar estos derechos el solicitante deber estar en condiciones de demostrar por un ensayo comparativo que su variedad es distinta de la mayoría de variedades similares de conocimiento común. Un solicitante de protección de variedades de plantas ha de presentar una descripción por escrito de la variedad y muestras en forma de

^{3/} Acuerdo TRIP Artículo 39.2.

^{4/} Véase, por ejemplo, Dutfield G 1999. *Background paper on Intellectual Property Rights and Plant Genetic Resources with particular reference to seeds and plant varieties*. Preparado para el proyecto de la IUCN sobre el Convenio sobre la diversidad biológica y el régimen de comercio internacional. Oxford Centre for the Environment, Ethics and Society, Oxford University, UK. p. 70.

^{5/} Posey DA and Dutfield G 1996. *Beyond Intellectual Property: Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities*. International Development Research Centre, Ottawa, Canada. p. 88.

semillas, una planta seca o una planta viva para ser examinadas y para una demostración conclusiva de su estabilidad y homogeneidad mediante ensayos de propagación.

15. Hasta 1991, se concedieron derechos exclusivos por parte del Convenio UPOV para impedir la venta de la parte reproductiva o vegetativa que se propaga de la planta y para la producción comercial para fines de comercialización de la variedad. Sin embargo, la revisión de 1991 amplió la protección desde la parte de propagación de la variedad hasta los materiales cosechados de toda la planta. Por lo tanto, si alguno utiliza semillas protegidas en una forma no autorizada el criador tiene el derecho de apoderarse no solamente del material cosechado sino también de otras partes de los resultados de la falsificación. En la revisión de 1991 de UPOV se aclara también la exención de los agricultores o los privilegios que permiten a los agricultores guardar las semillas de una variedad protegida para utilizarlas como semillas en subsiguientes estaciones pero no para venderlas hasta el punto en que con límites razonables la exención de los agricultores no es una infracción del Convenio.

D. Tratado Internacional sobre los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura de la FAO

16. La labor de la Comisión sobre recursos genéticos para la alimentación y la agricultura (CGRFA) de la FAO es pertinente en el contexto del acceso a recursos genéticos de especies vegetales y en particular en lo que se refiere a la aplicación y a la revisión del Compromiso internacional sobre recursos fitogenéticos. En el Compromiso internacional se trata de “asegurar que los recursos fitogenéticos de interés económico y/o social (particularmente para la agricultura) serán explorados, preservados y puestos a disposición de criadores de especies vegetales y para fines científicos”. El Compromiso internacional que no es un instrumento jurídicamente vinculante fue adoptado mediante la Resolución 8/83 de la Conferencia de la FAO de 1983 y fue interpretado y completado mediante tres resoluciones de la conferencia (4/89, 5/89 y 3/91) que introdujeron los conceptos de derechos de agricultores, soberanía nacional sobre recursos fitogenéticos (en cumplimiento del Convenio sobre la diversidad biológica) y un fondo internacional para la aplicación de los derechos de agricultores. El proceso de revisión del Compromiso internacional se lanzó en 1994. ^{6/}

17. La CGRFA completó su tarea de revisar el Compromiso internacional en consonancia con el Convenio sobre la diversidad biológica durante el sexto período de sesiones extraordinario de la comisión celebrado en Roma del 25 al 30 de junio de 2001. El texto del Compromiso internacional revisado según lo preparó la Comisión fue adoptado por la Conferencia de la FAO en noviembre de 2001, a título de tratado internacional sobre los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura. Las disposiciones referentes a los derechos de los agricultores figuran en el Artículo 10 del Tratado.

^{6/} Puede consultarse información pertinente en los siguientes documentos preparados por la Secretaría del CGRFA, en preparación de su octavo período de sesiones ordinario: *Revisión del Compromiso internacional sobre recursos fitogenéticos: Opciones jurídicas e institucionales* (CGRFA/8/9/99), *Informe del presidente de la Comisión sobre recursos genéticos para la alimentación y la agricultura sobre el estado de las negociaciones para la revisión del Compromiso internacional sobre recursos fitogenéticos en armonía con el Convenio sobre la diversidad biológica* (CGRFA-8/99/13), *Proyecto de texto integrado del Compromiso internacional sobre recursos fitogenéticos – Incorporando los elementos del presidente* (CGRFA 8/99/13 anexo), y *Revisión del Compromiso internacional sobre recursos fitogenéticos – Refundición del texto de negociación resultante de las deliberaciones durante el quinto período de sesiones extraordinario de la Comisión sobre recursos genéticos para la alimentación y la agricultura* (CGRFA/IUND/CNT/Rev.1). WIPO, 2000, párr. 33.

E. Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África

18. La Convención de lucha contra la desertificación comprende varios artículos relacionados con los conocimientos tradicionales, a saber los Artículos 16 g), 17 c), 18.2 a) y (b). Estos artículos colectivamente corresponden a las disposiciones de los Artículos 8 j), 17.2 y 18.4 del Convenio sobre la diversidad biológica. En el párrafo 2 a) del Artículo 18: transferencia, adquisición, adaptación y desarrollo de tecnología las Partes se comprometen a hacer inventarios de dichas tecnologías, conocimientos, experiencias y prácticas y de sus posibles aplicaciones con la participación de las poblaciones locales, así como difundir información sobre el particular. Esto sugiere la necesidad de establecer registros de tales tecnologías, conocimientos, etc. El establecimiento de registros como mecanismo para prestar ayuda a la protección de los conocimientos tradicionales se analiza a continuación.

19. Los asuntos relacionados con los conocimientos tradicionales, incluido el establecimiento de comprensión común de la expresión conocimientos tradicionales han sido estudiados por un grupo de expertos especial constituido por diez expertos en conocimientos tradicionales designados de conformidad con la decisión 12.3 de la Conferencia de las Partes en la Convención de lucha contra la desertificación. ^{7/}

20. Respecto a una comprensión común de la expresión conocimientos tradicionales, la siguiente definición ha sido establecida para los fines de la Convención de lucha contra la desertificación: “los conocimientos tradicionales consisten en conocimientos prácticos (instrumentales) y normativos (habilitantes), acerca del medio ambiente ecológico, socioeconómico y cultural. Los conocimientos tradicionales se centran en las poblaciones (generados y transmitidos por personas que tienen conocimientos, son competentes y son agentes autorizados), sistemáticos (intersectoriales y holísticos) experimentales (empíricos y prácticos), transmitidos de una generación a la siguiente y valorados culturalmente. Este tipo de conocimientos promueve la diversidad, valora y reproduce los recursos locales (internos)” ^{8/}

F. Instrumentos pertinentes que están siendo desarrollados por la Comisión de derechos humanos

1. Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de las poblaciones indígenas

21. El proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las poblaciones indígenas que está siendo estudiado por la Comisión de derechos humanos, incluye varios artículos pertinentes a la protección de los conocimientos tradicionales, entre los cuales es importante el Artículo 29 por el que se declara que:

- a) las poblaciones indígenas tienen el derecho a que se les reconozca la plena propiedad, control y protección de su propiedad cultural e intelectual;
- b) tienen el derecho a medidas especiales para controlar, desarrollar y proteger sus ciencias, tecnologías y manifestaciones culturales incluidos los recursos humanos y otros genéticos, semillas,

^{7/} Véase el doc. ICCD/COP(4)/CST/2, 13 de octubre de 2000.

^{8/} Convenio de lucha contra la desertificación: *Conocimientos tradicionales, Informe del Grupo de expertos especial*, doc. ICCD/COP(4)/CST/2, 13 de octubre de 2000, párr. 30. Véase también ICCD/COP(3)/CST/3.

medicinas y conocimientos de las propiedades de la fauna y flora, tradiciones orales, bibliografía, diseños y artes visuales y dramáticas.

22. Otros artículos que figuran en el proyecto de texto incluyen los derechos de las poblaciones indígenas:

- a) practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales (artículo 12);
- b) participar plenamente en diseñar medidas legislativas o administrativas que pudieran afectarles (artículo 20);
- c) medicinas tradicionales y prácticas sanitarias incluido el derecho a la protección de plantas medicinales, animales y minerales que sean de importancia vital (artículo 24). ^{9/}

2. *Proyecto de principios y directrices para la protección del patrimonio de las poblaciones indígenas*

23. En su cincuenta y dos período de sesiones de 2000, la Subcomisión sobre la promoción y protección de los derechos humanos consideró el informe del seminario sobre proyecto de principios y directrices para la protección del patrimonio de las poblaciones indígenas, ^{10/} cuyas disposiciones son pertinentes a los asuntos suscitados por el Artículo 8 j) del Convenio. De particular importancia son los párrafos que se refieren a:

- a) propiedad y custodia del patrimonio (párr. 5),
- b) consentimiento fundamentado previo de los propietarios que ha de ser una precondition esencial de los acuerdos (párr. 9);
- c) propietarios del patrimonio han de ser los beneficiarios principales respecto a cualquier utilización o aplicación (párr. 10)
- d) el patrimonio comprende conocimientos relacionados con la diversidad biológica y ecológicos (párr. 13);
- e) medidas para leyes nacionales (párr. 23);
- f) directrices para investigadores (párrs. 26-34); y
- g) directrices para negocios e industrias (párrs. 35-40).

II. INSTRUMENTOS NACIONALES PERTINENTES A LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

24. La mayoría de las Partes contratantes y gobiernos han establecido una serie de mecanismos que proporcionan directamente la protección de los conocimientos tradicionales o están en condiciones de aplicarlos para proporcionar tal protección. Entre estos mecanismos se incluyen las leyes nacionales de

^{9/} E/CN.4/Sub.2/1994/30

^{10/} E/CN.4/Sub.2/2000/26, 19 de junio 2000. Anexo I: Texto revisado del proyecto de principios y directrices para la protección del patrimonio de las poblaciones indígenas.

propiedad intelectual; y las leyes que rigen diversas formas de acuerdos legales, protección del consumidor, protección frente a la competencia injusta y protección de secretos comerciales. Algunos países han establecido sistemas nacionales *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales. Hay también leyes nacionales sobre derechos de propiedad no intelectual que pueden conceder protección a los conocimientos tradicionales. Algunos países reconocen también algunos aspectos de la ley consuetudinaria que puede tener repercusiones para la protección de los conocimientos tradicionales mientras que otros países han iniciado el establecimiento de registros de conocimientos tradicionales que ayudan tanto a preservar la mayoría de los conocimientos tradicionales como a proporcionar un medio para protegerlos.

A. *Instrumentos nacionales de derechos de propiedad intelectual*

25. La mayoría de las Partes han establecido un conjunto de leyes de propiedad intelectual en las que se incluyen las más pertinentes a la protección y aplicación de los conocimientos tradicionales, a saber: derechos de autor, patentes, derechos de criadores de especies vegetales, marcas comerciales, indicaciones geográficas, apelaciones de origen y secretos comerciales. Aunque estos derechos de propiedad intelectual difieren de modo fundamental, algunos conceptos y disposiciones son comunes a todos ellos y tienen particular importancia en cuando a comprender lo que significa la propiedad intelectual desde la perspectiva de la protección de los conocimientos tradicionales. Entre estos conceptos y disposiciones se incluyen: propiedad, índole de los derechos, criterios de protección; otorgamiento de licencias; alcance de la protección; duración; costos de inscripción; imposición y protección internacional. ^{11/} La mayoría de las leyes nacionales de propiedad intelectual se conforman a las normas mínimas establecidas en los diversos tratados de propiedad intelectual administrados por la OMPI, el convenio UPOV, y el Acuerdo TRIP de la OMC. No obstante, el nivel de protección, los procedimientos de inscripción, el nivel de recursos disponibles para las oficinas de propiedad intelectual y los sistemas de tribunales varían mucho de un país a otro. Es necesario el asesoramiento profesional en cada país cuando se trata de obtener la protección de la propiedad intelectual. Por razón de los costos, la mayoría de los titulares de derechos de propiedad intelectual los presentan en países que son mercados importantes o en países que probablemente producirían productos que infringen los derechos para venta en mercados de exportación. ^{12/}

26. Después del advenimiento del Convenio sobre la diversidad biológica, varios países han enmendado o están elaborando propuestas de enmienda de algunas de sus leyes de propiedad intelectual y de sus procedimientos administrativos, particularmente las leyes sobre patentes para tener en cuenta la necesidad de proteger los conocimientos tradicionales por conducto, por ejemplo de exigir certificados de origen indicando la fuente de los recursos genéticos y de cualesquiera conocimientos tradicionales conexos, y mediante disposiciones que permiten la propiedad conjunta de los derechos de propiedad intelectual. Muchos de estos desarrollos están teniendo lugar en países como Filipinas, Costa Rica, India, Panamá, Nueva Zelanda y la Comunidad Andina que han sido examinados en los párrafos 2-14 de la nota del Secretario Ejecutivo acerca de la función de los derechos de propiedad intelectual en los arreglos de acceso y distribución de beneficios preparada para la reunión del Grupo de trabajo especial sobre acceso y distribución de beneficios (UNEP/CBD/WG-ABS/1/4).

^{11/} Cassidy M and Langford J (eds), 1999 *Intellectual Property and Aboriginal People: Una nota de estudio del* .Ministry of Indian Affairs and Northern Development, Ottawa, Canada. Presentado para la reunión de expertos de la UNCTAD sobre sistemas y experiencias nacionales de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, Ginebra, 30 de octubre – 1 de noviembre de 2000. pp. 9-11.

^{12/} Ibid, p. 11.

B. Protección estatutaria y de derecho común que rige los acuerdos legales, las licencias, los contratos y los secretos comerciales

27. Se reconoce ampliamente que los arreglos contractuales son el principal mecanismo jurídico para facilitar los arreglos de acceso y distribución de beneficios respecto a los recursos genéticos y que “las cláusulas de los derechos de propiedad intelectual desempeñan una función fundamental en estos arreglos”. ^{13/} La propiedad intelectual, incluidos los derechos de autor, marcas, patentes, secretos comerciales y derechos de criador de especies vegetales reciben comúnmente una licencia en contratos entre los titulares de los derechos de propiedad intelectual y los que obtienen la licencia. La obtención de licencias es un método jurídicamente vinculante para que cualquier otra parte utilice, manufacture o venda la propiedad intelectual de una empresa o de un particular por un período de tiempo determinado a cambio de tasas, regalías u otros medios. Cuando se obtiene la licencia de propiedad intelectual, el titular conserva todavía la propiedad. En la licencia se establece el objetivo y las condiciones para el que obtiene la licencia del invento o creación con carácter de propiedad. Sin embargo, el que concede la licencia puede retirar los derechos si el que la obtiene infringe el acuerdo. ^{14/}

28. Varias Partes y observadores han señalado también que las comunidades indígenas y locales están aumentando su utilización de acuerdos jurídicos y contratos para permitir a otros, el acceso a los conocimientos tradicionales, aunque mantienen el control sobre su utilización. Estos contratos varían desde los más sencillos a otros complejos y pueden ser impuestos jurídicamente recurriendo a los tribunales de justicia civiles. Los acuerdos variarán dependiendo de las necesidades de la comunidad. Algunos acuerdos contractuales comúnmente utilizados para propiedad intelectual que han sido adaptados para proteger los conocimientos tradicionales incluyen lo siguiente. Acuerdos con carácter de confidencialidad o de no divulgación; acuerdos de transferencia de materiales; acuerdos de consentimiento fundamento previo; cartas de intención; y memorandos de entendimiento. ^{15/} Son ejemplos de acuerdos y contratos jurídicos privados la licencia de saber Aguaruna-Searle y la licencia TBGRI-Arya Vaidya-Kani. ^{16/}

29. Internacionalmente se ha informado que las comunidades indígenas y locales están probablemente utilizando los acuerdos de confidencialidad con negocios externos más que cualquier otro instrumento legal para proteger sus conocimientos tradicionales de especies vegetales y medicinas. Mediante contratos entre los titulares de los conocimientos tradicionales y las instituciones y empresas externas hay una aceptación creciente de que “las comunidades indígenas y locales” pueden ser reconocidas como una única entidad legal con conocimientos colectivos comparables a un secreto comercial. ^{17/} Por ejemplo, es cada vez más común que las comunidades aborígenes de Canadá firmen acuerdos de confidencialidad con los gobiernos y con negocios que no son de aborígenes al compartir sus conocimientos tradicionales. Los socios comerciales y los asesores jurídicos están obligados por estos arreglos a no divulgar los conocimientos tradicionales o a no obtener injustamente ganancias por tener acceso a los mismos. Los

^{13/} UNEP/CBD/WG-ABS/1/4, párrafo 77 d).

^{14/} Cassidy and Langford 1999:27.

^{15/} Véanse Cassidy and Langford 1999:6; Posey and Dutfield 1996:67-74; Columbia University School of International and Public Affairs 1999. *Access to Genetic Resources: An Evaluation of the Development and Implementation of Research Regulation and Access Agreements*. Informe preparado para la Biodiversity Action Network en el curso práctico Environmental Policy Studies Workshop 1999. Columbia University, New York.

^{16/} Dutfield G, 2000. *Developing and Implementing National Systems for Protecting Traditional Knowledge: A Review of Experiences in Selected Developing Countries*. Preparado para la reunión de expertos de la UNCTAD en sistemas y experiencias nacionales de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, Ginebra, 30 de octubre - 1 de noviembre de 2000.p. 13

^{17/} Cassidy and Langford 1999:27.

contratos pueden también ser utilizados para controlar la utilización de los conocimientos tradicionales en base de datos y para tener acceso a sus datos. ^{18/}

30. La protección legal de los secretos comerciales y la información confidencial respecto a la divulgación y a uso no autorizado se basan en general en dictámenes de tribunales en virtud de la ley común y de los códigos civiles, nacionales y subnacionales tales como el código civil de Quebec en Canadá. Estos dictámenes rigen los contratos, las relaciones fiduciarias y los asuntos de equidad tales como infracción de la confianza y enriquecimiento injusto. La protección se limita a la información que se mantiene secreta y por consiguiente los conocimientos tradicionales que son del dominio público no estarán protegidos utilizando tales remedios comunes y de derecho civil. ^{19/}

C. *Sistemas nacionales sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales*

31. En el párrafo 14 de la decisión V/16, la Conferencia de las Partes reconocía “la importancia de los sistemas *sui generis* y otros sistemas adecuados para la protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y locales y la distribución equitativa de los beneficios que derivan de su uso para atender a las disposiciones del Convenio sobre la diversidad biológica”. ^{20/}

32. Panamá ha adoptado una ley *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales. ^{21/} India ha establecido un sistema nacional para la protección de los conocimientos tradicionales en el que se incluye la National Innovation Foundation, que ha sido establecida para construir un registro nacional de innovaciones y una red de registros de conocimientos tradicionales basados en la comunidad (véase la sección G siguiente). Sin embargo varios otros países están todavía considerando opciones para el desarrollo de tales sistemas, tales como la documentación de conocimientos tradicionales, registro y sistemas innovadores de patentes; o el desarrollo de marcos jurídicos fuera del actual sistema de patentes. Entre estos países pueden citarse: los países miembros de la Comunidad Andina, Bolivia, Ecuador, Colombia; y Namibia. ^{22/}

33. En Panamá, la Asamblea legislativa de la República de Panamá estableció por conducto de la legislación núm. 20 del 26 de junio de 2000 el artículo especial de propiedad intelectual sobre los derechos colectivos de las poblaciones indígenas para la protección y defensa de su identidad cultural y conocimientos tradicionales. ^{23/} El objetivo de la legislación es proteger los derechos intelectuales colectivos y los conocimientos tradicionales de las poblaciones indígenas. ^{24/} Además un proyecto de

^{18/} Ibid, pp. 27-8.

^{19/} Ibid, p. 26.

^{20/} Véase también la decisión V/26B de la COP, párrafo 1.

^{21/} Ley núm. 20 (por conducto del Decreto núm. 12, de 2001. Formas de registro de los conocimientos tradicionales han sido adoptadas y el Gobierno de Panamá está considerando legislación que se extendería a toda la clase de conocimientos tradicionales incluidos los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica.

^{22/} Gobierno de Namibia, informe temático sobre acceso y distribución de beneficios.

^{23/} Véase el informe temático de Panamá sobre distribución de beneficios, referencia a la legislación en la *Gaceta Oficial*, núm. 24 083, de 27 de junio de 2000.

^{24/} Por ejemplo invenciones, modelos, dibujos y diseños, innovaciones que figuren en imágenes, figuras, símbolos, gráficos, petroglifos y otros detalles incluidos los elementos culturales de su historia, música y arte y expresiones tradicionales artísticas que pudieran ser utilizadas para fines comerciales mediante un sistema especial de registro, fomento y comercialización de sus derechos a fin de destacar los valores indígenas y socioculturales.

legislación núm. 36 ha sido elaborado por la Comisión de asuntos indígenas de la Asamblea legislativa para crear el Instituto de medicina indígena tradicional. En esta legislación se prevé un marco jurídico para acceso a los recursos genéticos que tengan aplicaciones medicinales y para promover medidas de distribución equitativa de beneficios. 25/

D. Instrumentos nacionales ajenos a los derechos de propiedad intelectual que pueden conceder protección a los conocimientos tradicionales

34. Además de las leyes nacionales sobre diversidad biológica y los regímenes de acceso y distribución de beneficios analizados anteriormente, varias Partes han promulgado o están en el proceso de redactar otras leyes que tienen repercusiones para la protección de los conocimientos tradicionales tales como las que han sido particularmente concebidas para reconocer y proteger los derechos e intereses de las comunidades indígenas y locales.

35. Muchos países que tienen jurisdicción sobre comunidades indígenas y locales han establecido ya sea una ley principal ya sea un conjunto de leyes reconociendo y protegiendo algunos derechos de esas comunidades. Muchas de esas leyes reflejan obligaciones constitucionales y/o internacionales y de tratados nacionales y dictámenes de los tribunales. Tomadas en su conjunto, tales leyes cubren en general asuntos tales como derechos al terreno, protección del patrimonio cultural, libertad de expresión religiosa, autogobierno de las comunidades, asuntos administrativos y financiación. Como ejemplos de tales leyes pueden citarse la ley de 1998 sobre libertad religiosa de los indios americanos y la ley de artesanía india de 1990 de Estados Unidos de América; 26/ la ley Indian Act de 1985 de Canadá; 27/ la ley de 1985 Aboriginal and Torres Strait Islander Heritage Protection, Aboriginal and Torres Strait Islander Commission Act 1989 y Native Title Act 1993 de Australia; 28/ la ley Aboriginal Peoples Act 1954 de Malasia; y la ley Philippines Indigenous Peoples Rights Act 1997. 29/ Los conocimientos tradicionales, o los componentes particulares de los mismos tales como conocimientos sagrados pueden ser protegidos en virtud de tales leyes. 30/ En algunos casos, puede requerirse someter a prueba los límites de aplicación de tales leyes en cuanto a la protección de los conocimientos tradicionales. En otros casos la protección de los conocimientos tradicionales depende de dictámenes de los tribunales y la protección puede solamente concederse en determinadas circunstancias.

36. La ley Indigenous Peoples Rights Act 1997 de Filipinas, sin embargo, proporciona un ejemplo de esa clase de leyes concebida entre otras cosas para proporcionar una protección explícita de los conocimientos tradicionales. 31/

25/ Véase también Dutfield 2000:15.

26/ Battiste M and Henderson JY 2000. *Protecting Indigenous Knowledge and Heritage: A Global Challenge*. Purich Publishing Ltd, Saskatoon, Canada. pp. 109 y 158.

27/ Ibid, pp. 70 y 217-219.

28/ Janke T 1998. *Our Culture : Our Future – Report on Australian Indigenous Cultural and Intellectual Cultural Property Rights*. Michael Frankel and Company, Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies and the Aboriginal and Torres Strait Islander Commission, Canberra, Australia. Pp. 85, 283, 286,

29/ Dutfield 2000:18-19

30/ Janke 1998:168-169.

31/ Dutfield 2000:18-19.

E. Reconocimiento de la protección de los conocimientos tradicionales mediante leyes consuetudinarias

37. Las comunidades indígenas y locales que entrañan estilos de vida tradicionales tienen en general sus propios sistemas de leyes y prácticas para proteger y regular la utilización de sus conocimientos tradicionales. ^{32/} Sin embargo, el reconocimiento de tales sistemas consuetudinarios varía ampliamente de un país a otro. Aunque los estatutos de algunos países reconocen los sistemas de leyes consuetudinarias tradicionales, mientras que en otros países los tribunales les otorgan un reconocimiento (limitado), o a algunos elementos de los mismos. Es probable que el reconocimiento de las leyes consuetudinarias se derive de constituciones nacionales y/o subnacionales y que esté codificado en estatutos mientras que las leyes basadas en precedentes probablemente aclararán principios particulares, en especial en relación con el reconocimiento de algunos derechos consuetudinarios por comparación con el sistema jurídico nacional.

1. Ley estatutaria

38. El reconocimiento de las leyes consuetudinarias de las comunidades indígenas y locales en la legislación nacional puede ser una faceta importante de la aplicación tanto del Artículo 8 j) como del Artículo 10 c). ^{33/} Filipinas prevé dos ejemplos de reconocimiento estatutario de las leyes consuetudinarias de las comunidades indígenas y locales: la Aboriginal Rights Act 1997 y la Executive Order núm. 247. En Malasia Oriental, en los Estados de Sabah y Sarawak, los tribunales nativos establecidos por las leyes estatales pertinentes administran e imponen las leyes nativas consuetudinarias. ^{34/}

39. El gobierno de Namibia observa que los artículos consuetudinarios y los estilos de vida tradicionales se desmoronan como consecuencia de las fuerzas de la modernización y de la comercialización. Los sistemas de leyes de propiedad intelectual y jurídicos oficiales de Namibia no reconocen los sistemas consuetudinarios y es necesario integrar el derecho consuetudinario a la política y legislación moderna. En el alcance del proyecto de legislación de acceso de Namibia se excluye el uso consuetudinario a fin de que no se impongan controles a las prácticas y derechos tradicionales consuetudinarios sino más bien se imponga el control del acceso a tales prácticas y conocimientos para su mejor protección. ^{35/}

2. Derechos basados en precedentes

40. Está surgiendo un cuerpo de derechos basados en precedentes que ha sido establecido respecto al reconocimiento de algunos de los elementos del derecho consuetudinario y que puede ser aplicado en relación con la apropiación inadecuada de los conocimientos tradicionales, en caso de que tales medidas se presenten a los tribunales. En Australia, en relación con la Copyright Act 1968 (Cwth) cuando ocurren infracciones de la ley en relación con la apropiación inadecuada de los diseños y arte indígenas, se ha tenido en cuenta el derecho consuetudinario en los dictámenes judiciales y en la concesión de

^{32/} Cassidy and Langford 1999:Preface; WIPO 2001a:58-65; Janke 1998.

^{33/} Véanse también los párrs. 58-60 del doc. UNEP/CBD/TKBD/1/2, UNEP/CBD/WG8J/1/2, párrs 30-34.

^{34/} Véase, por ejemplo, Empeni Lang 1998. Administración de tribunales nativos e imposición de los derechos consuetudinarios nativos en Sarawak. *Journal of Malaysian and Comparative Law*, Vol. 25, pp. 89-126.

^{35/} Informe temático sobre acceso y distribución de beneficios, Namibia.

indemnización. ^{36/} Aunque tales dictámenes se relacionan a objetos de arte aborigen, no obstante, los principios establecidos en tales dictámenes pudieran ser utilizados para la protección de otros aspectos de los derechos tradicionales.

41. En Hawai, el derecho consuetudinario se apoya en la constitución y en los estatutos del Estado conceden, por los cuales se ejerce la protección de los derechos tradicionales y consuetudinarios de los nativos de Hawai para fines de subsistencia, culturales y religiosos y esto constituye un ejemplo de un equilibrio logrado entre las prácticas históricas de las poblaciones indígenas y los modernos derechos de propiedad y exigencias de desarrollo. El derecho basado en precedentes de Hawai demuestra que la doctrina de costumbres puede ser utilizada en el marco del derecho angloamericano como base para la protección de las costumbres y prácticas tradicionales de las poblaciones indígenas. ^{37/} Una vez más la amplitud con la que la doctrina de las costumbres pudiera aplicarse a la protección de los conocimientos tradicionales o a particulares componentes de los mismos, puede tener que esperar a dictámenes de los tribunales.

F. Modelos de instrumentos nacionales para la protección de los conocimientos tradicionales

42. Hay varios modelos de protección de los conocimientos tradicionales que pudieran ser útiles como puntos de partida para el desarrollo de la legislación nacional. Entre estos se incluyen: legislación modelo para el reconocimiento y protección de los derechos de las comunidades locales, agricultores y criadores, y para la reglamentación del acceso a los recursos biológicos redactado por la Comisión científica, técnica y de investigación de la Organización de la Unidad Africana (OAU) (Addis Ababa 1998); un modelo de ley de derechos intelectuales de la comunidad propuesto por la Red del Tercer Mundo; y las disposiciones modelo UNESCO/OMPI para leyes nacionales sobre la protección de expresiones del folclore frente a explotación ilícita y a otras medidas perjudiciales. Todos estos tres modelos han sido analizados y debatidos en anteriores documentos preparados en el marco del Convenio sobre la diversidad biológica. ^{38/}

G. Registros en las comunidades de los conocimientos tradicionales

43. En el párrafo 17 de la decisión V/16, la Conferencia de las Partes pidió “a las Partes que apoyen la creación de registros nacionales de conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos de vida tradicionales”.

44. Se ha descrito un registro como una “colección ordenada o depósito de información”. El término registro implica que la información en el depósito adquiere una cierta situación legal por razón de estar incluida en el registro. Por consiguiente, un registro no es solamente una recopilación o base de datos que sirve meramente para proporcionar datos que puedan retirar determinados usuarios. Un registro es una lista o una base de datos en la que determinada información puede registrarse a fin de conferir derechos

^{36/} Puri K 1998. The Experience of the Pacific Region. In *UNESCO-WIPO World Forum on the Protection of Folklore, Phuket, Thailand, April 8 – 10, 1997*. UNESCO publication No. CLT/CIC/98/1, 1998. pp.:41-59. Véanse en particular los comentarios del Profesor Puri en el caso *Milpurrruru v. Indofurn Pty. Ltd. And Others*, en el Tribunal Federal de Australia.

^{37/} Hare CM 1998. El uso de la ley consuetudinaria para proteger las prácticas culturales de las poblaciones indígenas de Hawai. *Journal Malaysian and Comparative Law* Vol. 25, pp. 241-251, p.249.

^{38/} Véase UNEP/CBD/WG8J/1/2, párrs. 13-17; y también UNCTAD 2000, reunión de expertos de la UNCTAD en sistemas y experiencias nacionales de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, Ginebra, 30 de octubre - 1 de noviembre de 2000. doc. TD/B/COM.1/EM.13/2., párrs. 48-50

legales relacionados con tal información. El registro de la información en un registro coloca tal información “en el registro” y anota el hecho de que el titular tiene derechos respecto a tal información.” ^{39/}

45. Sin embargo, debe recordarse que la recopilación de conocimientos tradicionales en registros o recopilaciones o bases de datos no tiene pertinencia legal de ninguna forma, mientras no se adopte la protección *sui generis* de tales registros. De lo contrario, las disposiciones jurídicas existentes (tales como el Artículo 2(5) de la Convención de Berne, el Artículo 10(2) del Acuerdo TRIP y el Artículo 5 del Tratado de derechos de autor de la OMPI) limitan su protección a la forma original o creativa de seleccionar y disponer los datos. Además, el propio soporte de la base de datos (es decir, el código de soporte lógico) puede ser protegido en virtud del derecho de autor. El propietario de la base de datos puede también adoptar medidas técnicas para proteger los datos en cuyo caso cualquier intento de burlar la protección técnica puede también considerarse como ilícito (Tratado de derechos de propiedad de la OMPI, Artículo 11). El nombre de la base de datos puede también estar protegido (como marca o marca de servicio) pero en cuanto atañe a los datos por sí mismos, no están cubiertos por mecanismos específicos de protección de la propiedad intelectual (tales como patentes, secretos comerciales, derecho de propiedad de autor, etc), siendo únicamente los mecanismos existentes para la protección del contenido de las bases de datos los que figuran en el Artículo 39.3 del Acuerdo TRIP (en un texto muy reducido), y la Directiva de la Comunidad Europea 96/9/CE, sobre bases de datos.

46. Las comunidades indígenas y locales han elaborado registros de conocimientos tradicionales (o registros) para promover y proteger los conocimientos tradicionales. Se han recopilado en general a cargo de comunidades o grupos de comunidades en su propio beneficio. Han sido útiles para organizar los conocimientos con miras a permitir la protección y una mejor administración de los recursos de la comunidad. ^{40/}

47. Los registros de conocimientos tradicionales pueden servir para varios fines entre los que se incluyen:

a) mantener y preservar los conocimientos tradicionales por el hecho de registrarlos y documentarlos; ^{41/}

b) proteger frente a la concesión inadecuada de derechos de propiedad intelectual (a veces mencionada en el contexto del Convenio sobre la diversidad biológica como “piratería biológica”) por conducto del suministro de pruebas de conocimientos tradicionales a título de estado de la técnica; ^{42/}

^{39/} OMPI 2001c. *Informe sobre la marcha de los trabajos acerca de los conocimientos tradicionales en tanto que estado de la técnica preparado para el Comité intergubernamental sobre la propiedad intelectual y los recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore*, segundo período de sesiones, Ginebra, diciembre 10-14, 2001. Doc. WIPO/GRTKF/IC/2/3, 1 de julio de 2001, párr. 118.

^{40/} Downes and Laird 1999. *Community Registries of Biodiversity-Related Knowledge: The role of intellectual property in managing access and benefit*. Preparado para la iniciativa Biotrade UNCTAD, p. 4..

^{41/} Algunos países han observado el hecho de que si los conocimientos tradicionales no están soportados por documentos esto ha contribuido al menoscabo de los sistemas de conocimientos tradicionales (p. ej., en Namibia). Véase Secretaría UNCTAD, 2000, párrs. 57-59.

^{42/} El grupo de expertos ABS durante la segunda reunión reconoció que los registros de conocimientos tradicionales pudieran servir de protección, por lo que pudieran utilizarse para evitar la concesión inadecuada de derechos de propiedad intelectual. Doc. UNEP/CBD/WG-ABS/1/2, párr. 77(c)

- c) despertar la conciencia de las comunidades respecto a los valores de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y locales;
- d) alentar a la conservación a largo plazo y al fomento de los recursos naturales y de sus conocimientos afines;
- e) proporcionar información a las partes interesadas en obtener los datos disponibles en el registro por el pago de una tasa;
- f) ser utilizados como parte de un sistema legislativo para aseverar los derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales (p. ej., una ley nacional *sui generis* de propiedad intelectual para proteger los conocimientos indígenas y locales).

48. Se han elaborado, y han sido muy elogiadas, diversas iniciativas realizadas en India, Perú, Filipinas, y los pueblos Inuit de Nunavik y Dene en Canadá para registros o bases de datos de conocimientos tradicionales. Según lo informa la OMPI, tales registros pueden proporcionar una fuente valiosa de conocimientos tradicionales del dominio público y el intercambio de información sobre conocimientos tradicionales, registrados en tales registros, con los sistemas de información de propiedad intelectual puede convertirse en algo importante si se otorga protección jurídica a los conocimientos registrados. ^{43/}

49. Varios países han informado que el establecimiento de registros de conocimientos tradicionales forma parte de sus propuestas para una ley (*sui generis*) de protección de los conocimientos tradicionales. Por ejemplo, Namibia ha incluido un mecanismo de registro de la comunidad en su proyecto de legislación *sui generis*. ^{44/} El Gobierno de Venezuela ha establecido BIOZULUA, una base de datos en la que se recopilan los conocimientos tradicionales ordenadamente relacionados con la diversidad biológica con el objetivo de protegerlos (manteniéndolo secreto de momento) y para comercializarlos. Esta base de datos ha recibido la atención de varias comunidades indígenas y gobiernos de Centroamérica y Sudamérica.

IV. INSTRUMENTOS SUBNACIONALES PERTINENTES A LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

50. Muchos países, y particularmente los de mayor magnitud y más población tienen en funcionamiento un sistema federal de gobierno por el cual, a reserva de arreglos constitucionales, los gobiernos nacionales asumen algunas responsabilidades, por ejemplo, las relacionadas con el comercio y la seguridad nacional mientras que los gobiernos subnacionales tienen en funcionamiento en el ámbito de una provincia o Estado (segundo nivel) y en el ámbito local (tercer nivel) el ejercicio de las responsabilidades relacionadas, por ejemplo, con la gestión de los recursos de la tierra y naturales. Habitualmente las leyes de propiedad intelectual son responsabilidad de los gobiernos nacionales pero los gobiernos subnacionales y locales pueden crear y administrar leyes y políticas que tienen impactos, tanto directos como indirectos, en la protección de los conocimientos tradicionales. En esta sección se presenta una evaluación de una serie de instrumentos que han sido utilizados o tienen el potencial de ser utilizados para proteger los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y locales en los niveles segundo y tercero de gobierno.

^{43/} WIPO 2001c, párr. 118.

^{44/} Informe temático sobre acceso y distribución de beneficios, Namibia.

A. Instrumentos de gobierno de segundo nivel

51. Los gobiernos que mantienen un segundo nivel tienen habitualmente una serie de instrumentos y mecanismos a su disposición que repercuten en la protección de los conocimientos tradicionales y que pueden ser adicionales y complementarios de las correspondientes leyes a nivel nacional. Estos pueden ser reconocidos en la forma siguiente:

- a) legislación que rige el uso de los terrenos y de los recursos naturales;
- b) legislación que rige los asuntos de las comunidades indígenas y locales;
- c) leyes de protección comercial y del consumidor; y
- d) leyes que rigen el sector académico y de investigación.

52. Un aspecto común a estos instrumentos es que habitualmente no son uniformes en una u otra jurisdicción subnacional dentro de un país y pueden revelar a veces discrepancias muy amplias.

B. Instrumentos de tercer nivel administrados por el gobierno de las comunidades indígenas y locales

53. En algunos países, el nivel local puede estar definido en términos de un tercer nivel de gobierno y muchas comunidades indígenas y locales están constituidas como comunidades de autogobierno dentro del marco nacional y/o subnacional de gobierno. Las comunidades indígenas y locales que gozan de autoridad de autogobierno son habitualmente responsables de los terrenos y aguas y de los recursos naturales, dentro de las fronteras de su zona de gobierno local, con sujeción a las leyes y políticas nacionales pertinentes. Las leyes nacionales y subnacionales que prevén el autogobierno comunitario habitualmente permiten que tales comunidades adopten una gama de medidas, tales como las de promulgar leyes locales o directivas para proteger el patrimonio cultural, establecer planes de desarrollo de la comunidad, administrar el uso de los recursos ^{45/} y elaborar estrategias para la protección de sus conocimientos tradicionales. Tales medidas y leyes habilitan frecuentemente también a tales comunidades a controlar el acceso a sus territorios. Se concede habitualmente el acceso mediante un sistema de permisos basado en el consentimiento fundamentado previo del consejo de la comunidad, por lo que es posible que las comunidades controlen las actividades de extraños dentro de sus territorios. Tales actividades pueden llevar consigo condiciones relativas al acceso y a la utilización de los recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica ^{46/}

V. SINERGIAS ENTRE LOS INSTRUMENTOS DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y LOS OBJETIVOS DEL ARTÍCULO 8 J)

54. En virtud de las leyes vigentes, los mejores resultados para la protección de los conocimientos tradicionales han de provenir probablemente de un enfoque en el que se combinen las leyes de propiedad intelectual vigentes, los sistemas de conocimientos tradicionales y los mecanismos de alternativa tales

^{45/} Respecto al debate ulterior de planes de desarrollo de la comunidad, consúltese la nota sobre antecedentes del Secretario Ejecutivo sobre directrices y recomendaciones para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales y sociales relativas a actividades de desarrollo propuestas que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas por las comunidades indígenas y locales (UNEP/CBD/WG8J/2/6/Add.1).

^{46/} UNEP/CBD/WG8J/1/2, párr. 41.

como contratos, acuerdos de acceso y otorgamiento de licencias. El Gobierno de Australia en una ponencia presentada a la Conferencia de las Partes en su tercera reunión enumeró los diversos mecanismos que han sido propuestos en diversos foros internacionales para proteger los conocimientos tradicionales. Estos fueron: a) funcionar dentro de los actuales regímenes de propiedad intelectual; b) crear mediante legislación u otros medios nuevas formas de derechos de propiedad intelectual; c) financiar mecanismos; d) una distribución equitativa de los beneficios procedentes de las contribuciones, incluidos los elementos de utilizar los conocimientos tradicionales por comunidades indígenas y locales; e) acuerdos contractuales tales como acuerdos de transferencia de materiales; f) códigos de conducta; g) derechos en relación con productos y expresiones culturales, incluida la propiedad cultural; h) una mayor atención en las leyes a la conducta irresponsable y al enriquecimiento injusto.^{47/} Las experiencias de varios países tales como la Comunidad Andina, Costa Rica, Brasil, India, Nigeria, Panamá, Tailandia y Filipinas prestan apoyo a este enfoque. ^{48/}

55. En cualquier estudio de las leyes de derechos de propiedad intelectual y de los objetivos del Artículo 8 j), debe prestarse atención a los distintos usos a que han sido sometidos los recursos genéticos, por ejemplo, los recursos fitogenéticos para la agricultura se consideran de modo muy distinto a los utilizados en la industria farmacéutica, los cuales a su vez tienen repercuten en los derechos de propiedad intelectual y en los arreglos de distribución de beneficios. Probablemente es más fácil lograr arreglos de distribución de beneficios con plantas medicinales y farmacéuticas que con variedades de semillas y de especies vegetales. Aunque una nueva medicina es probable que proceda de un solo principio activo aislado, de una especie particular, o por lo menos de una mezcla de un número pequeño de plantas, una nueva variedad de especie vegetal puede provenir de docenas de variedades desde muy diversos lugares. Compensar a muchos países y/o comunidades implicará unos costos de transacciones muy elevados y lo que corresponde, en la distribución de los beneficios, a cada destinatario es probable que sea bastante modesto, ^{49/} Pudieran beneficiarse de la aplicación de los derechos de propiedad intelectual los conocimientos tradicionales asociados a aspectos más prácticos de los estilos de vida tradicionales, tales como métodos y tecnologías para preparar medicinas, el mantenimiento de la diversidad de cosechas, el control de plagas, y aquello que pudiera traducirse en muy distintas aplicaciones de los conocimientos tradicionales en forma de productos y servicios, y ello pudiera ayudar a prestar apoyo a la continuación de los estilos tradicionales de vida y a la autosuficiencia económica. ^{50/}

56. Las experiencias de los países, las opiniones de los expertos ^{51/} y las experiencias nuevas de comunidades indígenas y locales, aunque limitadas, sugieren que las diversas formas de protección de propiedad intelectual pueden ser utilizadas para proteger algunos componentes de los conocimientos tradicionales. En algunas reformas, por ejemplo, las propuestas por el Grupo de expertos sobre acceso y

^{47/} UNEP/CBD/COP/3/Inf.20, 1996

^{48/} UNCTAD 2000. Report of the Expert Meeting on Systems and National Experiences for the Protection of Traditional Knowledge, Innovations and Practices. Doc. TD/B/COM.1/33 // TD/B/COM.1/EM.13/3, 6 de diciembre 2000, párr. 21.

^{49/} Los conocimientos tradicionales asociados a aspectos más prácticos de los estilos de vida tradicionales, tales como métodos y tecnologías para preparar medicinas, mantener la diversidad de cosechas, controlar infecciones por plagas, y que pudieran traducirse en muy distintas aplicaciones de los conocimientos tradicionales en la forma de productos y servicios y que pudieran ayudar a prestar apoyo a la continuación de los estilos de vida tradicionales y a la autosuficiencia económica pudieran beneficiarse de la aplicación de las leyes de propiedad intelectual. Dutfield G 1999, pp. 2 y 38.

^{50/} Cassidy and Langford 1999:3.

^{51/} Véase por ejemplo, Pires de Carvalho N, no date. *From the Shaman's Hut to the Patent Office: How Long and Winding is the Road?* nota preparada para el Departamento de propiedad intelectual, Secretaría de la Organización Mundial del Comercio, Ginebra, Suiza.

distribución de beneficios durante su segunda reunión, particularmente del sistema de patentes, los sistemas oficiales de propiedad intelectual pueden dar cabida a la protección de conocimientos tradicionales. ^{52/} En la sección presente se proporciona una reseña breve de la aplicación de los derechos de propiedad intelectual oficiales a la protección de los conocimientos tradicionales.

A. *Patentes y patentes secundarias*

57. Las reformas del sistema de patentes se han concentrado en exigir en las solicitudes la divulgación del origen de los recursos genéticos y/o de los conocimientos tradicionales utilizados para productos y procesos que han sido objeto de derechos de propiedad intelectual. Tales reformas se analizan ampliamente en los párrafos 616 y 27-34 de la nota del Secretario Ejecutivo sobre la función de los derechos de propiedad intelectual en los arreglos de acceso y distribución de beneficios (UNEP/CBD/WG-ABS/1/4) y se analizan en el informe del Grupo de trabajo sobre acceso y distribución de beneficios (UNEP/CBD/COP/6/6)

58. Además de las reformas anteriormente señaladas, las patentes secundarias, que son una forma modificada de patente, pueden proporcionar medios adecuados de protección y algunas formas de derechos tradicionales. Las patentes secundarias abarcan cualquier clase de invenciones, incluidos los procesos y se conceden para invenciones que no han sido sometidas a un examen. Cuando un inventor no esté seguro de que su invención tenga condiciones para recibir una patente puede solicitar una patente secundaria la cual, no obstante, puede revocarse en una etapa posterior por razón de falta de novedad o de carácter de invención. Las patentes secundarias difieren de las patentes convencionales de varias formas:

- a) el requisito de que el invento no sea obvio es mucho menos riguroso y puede incluso descartarse a favor de una “etapa inventiva”, menos exigente;
- b) el período de protección es más breve; y
- c) el examen de la patente se aplaza o se sustituye por un sistema de registro (como las marcas).

59. Aunque las patentes secundarias no conceden mucha certidumbre legal lo mismo que las patentes ordinarias, no obstante pueden ser instrumentos muy útiles para empresas de tamaño pequeño y medio. Las patentes secundarias varían más que los otros tipos de derechos de propiedad intelectual puesto que no hay acuerdos internacionales o convenios que se refieran a ellas. ^{53/}

60. Es probable que algunos conocimientos o saber tradicionales, particularmente los relacionados con preparaciones medicinales a partir de plantas, satisfagan la condición de etapa inventora. Aunque un extracto de plantas y el método utilizado para obtenerlo puede ser “obvio” pudiera todavía ser nuevo, útil y una etapa de invención más allá de cualquier cosa que ya sea del dominio público. ^{54/} Este punto se refuerza si se considera que las medicinas han sido preparadas por métodos exclusivos y a partir de

^{52/} UNEP/CBD/WG-ABS/1/2, párr. 77 (a).

^{53/} Posey and Dutfield 1996:81-82.

^{54/} Gollen M 1993. Un marco para derechos de propiedad intelectual en la prospección de la diversidad biológica. En Reid WV, *et al.*, (eds), *Biodiversity Prospecting: Using Genetic Resources for Sustainable Development*. WRI, INBio, Rainforest Alliance, ACTS, Washington DC. Pp. 159 – 197, at p.173; Cottier T 1997. *The Protection of Genetic Resources and Traditional Knowledge in International Law: Past, Present and Future*. Discussion Paper submitted to the International Conference on Creativity and Innovation, Grassroots, Centre for Management in Agriculture, Indian Institute of Management, Ahmedabad, India, 11-14 January, 1997.

mezclas destinadas a lograr efectos sinérgicos o a mitigar efectos secundarios dañinos. Kenya ha promulgado una ley, la Industrial Property Act 1989 que permite expedir patentes secundarias para conocimientos medicinales tradicionales en los que se incluyen “fórmulas herbales, así como nutricionales, que dan nuevos efectos”. ^{55/}

61. Las patentes secundarias pudieran convertirse en un instrumento útil para proteger los conocimientos tradicionales. Sin embargo, hasta ahora solamente pocos países (tales como Brasil, China, Alemania, Japón y Malasia) las reconocen y no hay ningún acuerdo internacional tal como el Tratado de cooperación sobre patentes que simplifique los esfuerzos de aplicarlas en varios países. Las comunidades indígenas y locales pudieran obtener beneficios de los esfuerzos de aumentar el reconocimiento de este tipo de derecho de propiedad intelectual. Quizás se demuestre que merece la pena considerar la idea de descubrir y publicar las medidas de empresas e instituciones que tratan de solicitar patentes en base a la información divulgada en solicitudes extranjeras de patentes secundarias. ^{56/}

B. Indicaciones geográficas

62. Las indicaciones geográficas son importantes puesto que pueden añadir un fuerte elemento de identificación cultural a los productos, e incluso, lo que es más importante, constituyen un mecanismo para la apropiación indirecta de técnicas tradicionales. Estas indicaciones permiten a los titulares de conocimientos tradicionales apropiarse de elementos de su propia identificación y asociar estos elementos a sus productos y servicios.

63. Aunque hasta ahora el uso de las indicaciones geográficas ha estado limitado principalmente a algunas bebidas y alimentos, los principios de indicaciones geográficas pudieran servir de guía a leyes para proteger algunos conocimientos tradicionales y ayudar a mantener el valor económico de bienes localmente producidos, incluso fórmulas herbales. ^{57/}

C. Secretos comerciales

64. El conocimiento o el saber de una persona o de toda una comunidad pudiera ser protegido como secreto comercial siempre que la información tenga valor comercial y se preste a una ventaja en la competencia, sea o no que la comunidad por sí misma desea aprovecharse de ello. Si una empresa obtiene tal información por medios ilícitos, pueden aplicarse medidas legales para obligar a la compañía a compartir sus ganancias. ^{58/} Es de concebir que una cantidad considerable de conocimientos tradicionales pudieran ser protegidos mediante secretos comerciales. Restringir el acceso a sus territorios y al intercambio de información con extraños mediante acuerdos que garantizan el carácter confidencial o los beneficios económicos sería un medio apropiado para este fin. Es posible que los conocimientos compartidos por todos los miembros de una comunidad puedan no reunir condiciones como secreto comercial. Sin embargo, “si un shaman u otra persona tiene acceso exclusivo a información por razón de su situación en el grupo, esa persona o el grupo indígena en su conjunto probablemente tiene un secreto comercial”. ^{59/} Hay también comunidades tradicionales de no más de 20 o 30 personas que

^{55/} Citado por Posey and Dutfield 1996:82-3.

^{56/} Ibid.

^{57/} Dutfield 1999:67.

^{58/} Gollen 1993.

^{59/} Axt JR, Corn ML, Lee M and Ackerman DM 1993. *Biotechnology, Indigenous peoples and Intellectual Property Rights*. Congressional Research Service, Washington DC, USA; Dutfield 1999:70.

habitan en zonas remotas del mundo y cuyos conocimientos continúan siendo secretos suscitando el principio de que el concepto de carácter secreto es una función de la disponibilidad de los conocimientos para extraños y del número de personas dentro de la comunidad que lo comparten.

D. Marcas

65. Las marcas de certificación figuran en las leyes de varios países. Estas pueden ser utilizadas por productores de pequeña escala para garantizar a los clientes que los bienes son genuinos de un modo u otro y quizás para prestar apoyo a la producción que se realiza de forma ambientalmente sostenible. Las marcas de certificación indican que lo proclamado por los comerciantes ha recibido autenticidad de una organización independiente de la persona o de la empresa que produce o vende el producto. Esta organización independiente será probablemente una asociación regional de comercio que ha registrado su propia marca colectiva. En Gran Bretaña, los fabricantes de quesos británicos denominados Stilton tienen el derecho a utilizar la marca comercial de certificación “Stilton”. ^{60/} En Estados Unidos, el Intertribal Agriculture Council concede licencias al uso de su marca “Made by American Indians” anualmente renovable para la promoción de productos agrícolas u otros de factura india que han sido producidos y/o procesados por los miembros de la lista de tribus reconocidas. ^{61/}

66. Sin embargo, el etiquetado no ha tenido éxito en algunos Estados de Estados Unidos en términos de promover el comercio de productos de los pueblos indígenas. Esto puede deberse a que los clientes no son conscientes de las marcas ni les importa si los artículos que compran son genuinos, ^{62/} o están confundidos por las etiquetas. Estos problemas ilustran las dificultades que pueden surgir por el uso de marcas, marcas de certificación e indicaciones geográficas para bienes y artesanía de fabricación. No obstante, pueden tener éxito en estrategias de comercialización, especialmente si los comerciantes tienen una comprensión clara del porqué la gente desea comprar sus artículos. ^{63/}

E. Acuerdos, contratos y licencias

67. El uso de diversas formas de arreglos contractuales para asegurar los intereses en los recursos genéticos y los correspondientes conocimientos tradicionales se analiza en los párrafos 60-68 de la nota del Secretario Ejecutivo sobre la función de los derechos de propiedad intelectual en los arreglos de acceso y distribución de beneficios preparada para el Grupo de trabajo sobre acceso y distribución de beneficios (UNEP/CBD/WG-ABS/1/4). Los elementos por considerar en el desarrollo de las directrices de acceso a los recursos genéticos y distribución de beneficios que figuran en la nota del Secretario Ejecutivo sobre el asunto preparada para el Grupo de trabajo sobre acceso y distribución de beneficios (UNEP/CBD/WG-ABS/1/3) proporcionan una orientación completa, respecto a asuntos tales como la participación de interesados, el consentimiento fundamentado previo, los términos mutuamente convenidos, la distribución

^{60/} Para ser admisible el queso ha de ser producido en una aldea de Stilton o cerca de ella, con ingredientes tradicionales y de conformidad con las técnicas tradicionales de fabricación. Los productores no pueden utilizar la marca si dejan de conformarse a estas condiciones de fabricación (Dutfield G. 1997. *Can the TRIPs Agreement Protect Biological and Cultural Diversity*. Biopolicy International Series No. 19. African Centre for Technology Studies, Nairobi, Kenya).

^{61/} Las marcas, el etiquetado y también la certificación independiente se utilizan en India para comercializar Darjeeling Tea. No solamente el té Darjeeling genuine lleva un logo especial que es la propiedad intelectual de la junta de té de India sino también tal té puede mencionarse como un empaquetado “Darjeeling”, “pure Darjeeling” y “100% Darjeeling”. Los jardines de té orgánico Darjeeling están certificados por dos organizaciones: el Institut für Marketecologie, Suiza, y Naturland-Verband, Alemania, que realizan inspecciones periódicas. (Dutfield 1999:70-71).

^{62/} Axt et al 1993.

^{63/} Dutfield 1999:71.

de beneficios y la supervisión del cumplimiento y son particularmente pertinentes a la redacción de contratos.

F. Concesión de derechos de propiedad intelectual que no impidan el uso continuado de los conocimientos tradicionales

68. Aunque puedan utilizarse los sistemas oficiales de propiedad intelectual para proporcionar la protección de los conocimientos tradicionales, es también importante asegurarse, como lo observó el Grupo de expertos en acceso y distribución de beneficios en su primera reunión, que la “concesión de los derechos de propiedad intelectual no impide el uso continuo consuetudinario de los recursos genéticos y de los correspondientes conocimientos tradicionales.” ^{64/} Esto sugiere la necesidad de un marco en los gobiernos nacionales para atender a situaciones cuando se tiene acceso a los recursos genéticos cubiertos por el derecho constitucional de forma que será responsabilidad del Estado asegurar el uso consuetudinario continuo de los recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales.

69. Algunos países han indicado que las concesiones de derechos de propiedad intelectual en virtud de sus sistemas no interferirán con los usos consuetudinarios de los recursos biológicos. En el caso de Nueva Zelandia, nada del sistema nacional impediría el uso consuetudinario continuo de una fuente particular si el recurso estuviera caracterizado en una nueva solicitud de patente. Este asunto está siendo estudiado más a fondo en la revisión actual del Patents Act de Nueva Zelandia. ^{65/} En Suiza, el Artículo 7.5 del proyecto de directrices de Suiza sobre acceso a los recursos genéticos prevé que el acceso a los recursos genéticos y actividades conexas no deberían impedir que continúen los usos tradicionales de los recursos genéticos. ^{66/}

70. También se señaló en la reunión de expertos de la UNCTAD sobre sistemas y experiencias nacionales para la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales que la comercialización de los productos y servicios basados en los conocimientos tradicionales proporciona un incentivo poderoso a las comunidades para conservar su base de conocimientos tradicionales, siendo necesario prestar profunda atención a asegurarse de que la base de recursos de las comunidades indígenas y locales no se explota excesivamente ni se destruye permanentemente. Al comercializar de forma sostenible los conocimientos tradicionales se adoptan varias medidas a diversos niveles: conservación (*in situ*); generar la conciencia acerca de la importancia del uso de recursos sostenible; supervisar el uso de recursos; modificar políticas de acceso a conocimientos tradicionales con el consentimiento y la participación de las comunidades indígenas y locales; capacitar en cuanto a recolecciones sostenibles; y prestar ayuda en el procesamiento sencillo de primero y de segundo grado de los productos tradicionales que añaden valor a sus conocimientos. Como lo observó el grupo de expertos “el régimen IPR actual no crea un nivel de campo legal para las comunidades indígenas y locales y, por consiguiente, es de hecho más importante para evaluar el riesgo de una explotación excesiva y de la consiguiente pérdida de los conocimientos tradicionales asociados a la comercialización”. ^{67/}

^{64/} UNEP/CBD/COP/5/8, párr. 131(c)

^{65/} Gobierno de Nueva Zelandia, informe temático sobre acceso y distribución de beneficios.

^{66/} Gobierno de Suiza, Informe temático sobre acceso y distribución de beneficios.

^{67/} UNCTAD 2000, párr. 29.

VI. LIMITACIONES EN LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

71. Aunque es obvio que las diversas formas de propiedad intelectual pueden ser utilizadas en determinadas circunstancias para proteger a los titulares de los conocimientos tradicionales frente a un uso injusto de sus conocimientos y también para que puedan beneficiarse comercialmente de sus conocimientos, mediante su propia solicitud de derechos de propiedad intelectual, no obstante hay varias limitaciones en el sistema oficial de propiedad intelectual que impiden la protección eficaz de los conocimientos tradicionales. Estas limitaciones pueden clasificarse como “legales” o “funcionales”,^{68/} y se analizan en lo que sigue en relación con varios títulos.

A. *Limitaciones legales*

1. *Asuntos de definición*

72. Algunas Partes han argüido en que convenir en las definiciones es esencial antes de que se inicie cualquier otro debate sobre la protección de los conocimientos tradicionales en el contexto del Convenio sobre la diversidad biológica.^{69/} La definición de “términos y conceptos clave pertinentes al Artículo 8 j) y disposiciones conexas” se analiza en la tarea 12 del programa de trabajo sobre la aplicación del Artículo 8 j) y disposiciones conexas. En sus informes temáticos sobre acceso y distribución de beneficios, varios países, incluidos la República Centroafricana, Panamá, India y Namibia, presentaron sus definiciones nacionales de los términos que figuran en el Artículo 8 j). Según lo indicado anteriormente, los asuntos relacionados con los conocimientos tradicionales, incluido el establecimiento de una comprensión común del término “conocimientos tradicionales” están siendo estudiadas por un grupo especial de expertos sobre conocimientos tradicionales designado por la Conferencia de las Partes en la Convención de lucha contra la desertificación.

73. Sin embargo, la ausencia de definiciones, por importantes que sean, no debería constituir un obstáculo para que los gobiernos nacionales adopten medidas de protección eficaz de los conocimientos tradicionales. Debe señalarse, por ejemplo, que en muchas leyes de patentes no se definen las invenciones, sino meramente se señalan las características de invenciones que pueden ser objeto de patentes. De modo análogo, ninguna ley sobre marcas define los carteles o letreros, sino que solamente requieren que los carteles sean distintivos para que merezcan ser protegidos. (Algunas leyes añaden que los carteles deben ser visibles, otras aceptan carteles no visibles como asunto sujeto a protección).

74. En la nota sobre antecedentes preparada por la Secretaría de la OMPI para la primera reunión del Comité intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore, se reconoce la necesidad de usar una terminología más rigurosa y en el anexo 3 se establece el uso prevaleciente de términos pertinentes en debates internacionales relativos a conocimientos tradicionales. También se incluye una sección sobre “asuntos de terminología y conceptuales” en el texto principal del documento.^{70/} Se invitó al Comité intergubernamental a considerar el asunto de definir los

^{68/} WIPO 2001a:8.

^{69/} Informes temáticos sobre acceso y distribución de beneficios presentados por Austria, Suiza, Noruega.

^{70/} OMPI 2001b, *Asuntos relativos a propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore –Una reseña*. Comité intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore, primer período de sesiones, Ginebra, 30 de abril a 3 de mayo de 2001. Doc. WIPO/GRTKF/IC/3, 16 de marzo de 2001, párrs. 64-71.

conocimientos tradicionales en los siguientes términos: “En base a la utilización de términos pertinentes establecidos en el anexo 3, el Comité intergubernamental pudiera delinear el ámbito del asunto de que se trata respecto al cual los Estados miembros pudieran debatir la aplicación de la protección de propiedad intelectual para fines de contar con una definición de la expresión “conocimientos tradicionales.”” ^{71/}

2. Marcas

75. El requisito de que se utilicen marcas en el comercio significa que estas marcas no son un mecanismo apropiado para muchas comunidades indígenas y locales que no desean que sus diseños, símbolos y palabras se utilicen de ese modo. Aunque muchas de esas comunidades consideran la apropiación y la asignación de marcas con nombres, palabras, símbolos y diseños de comunidades indígenas y locales como algo injusto sería prohibitivamente caro registrar las marcas de todas las palabras, símbolos y diseños existentes que las comunidades indígenas y locales pudieran desear proteger frente al uso comercializado de otros o para autorizar su uso comercial por parte de empresas de comunidades indígenas o locales. La confusión creada por el uso de símbolos de las comunidades indígenas o locales, etc., por negocios que no son de la comunidad indígena o local puede también influir en la posibilidad del otorgamiento de licencias y el apoyo a oportunidades para estas comunidades (esto es particularmente así en América del Norte donde por ejemplo las marcas con diseños de cabezas de indio han sido utilizados por negocios no aborígenes para comercializar cualquier cosa desde armas de fuego y hachas a tabaco, gasolina y automóviles. ^{72/} En algunos casos, las marcas con símbolos de la comunidad indígena o local pueden tener el efecto de reducir el valor de las marcas actuales y futuras de las comunidades indígenas o locales. Los negocios de las comunidades indígenas y locales pueden también sufrir de confusión y de aglomeración de comunidades que no son indígenas o locales en cuanto a vender productos de competencia tales como de artesanía e indumentaria utilizando palabras o imágenes de la comunidad indígena o local. ^{73/} Las comunidades indígenas y locales que traten de presentar marcas con sus diseños o símbolos distintivos pudieran también tener éxito por contraposición a comunidades que no son indígenas ni locales que ya tienen diseños similares en sus marcas. Por lo tanto, la mayoría de las comunidades indígenas y locales necesitarán probablemente depender primariamente de la protección del derecho común para sus marcas, en lugar de tratar de registrarlas en virtud de leyes comerciales sobre marcas. ^{74/}

3. Patentes

76. Las patentes son un medio establecido de proteger los inventos en todo el mundo pero hasta la fecha se han utilizado bastante poco por comunidades indígenas y locales o por sus miembros. En algunos países, algunas comunidades indígenas y locales o sus miembros han constituido asociaciones con empresas e instituciones que tienen recursos financieros y conocimientos especializados para patentar y comercializar sustancias químicas y drogas que tienen su origen en el conocimiento tradicional de las plantas.

77. Varios gobiernos (por ejemplo, India, Turquía, Namibia, Ecuador) han argüido que el sistema de patentes, según funciona en la actualidad, no es adecuado para la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas y locales. Hay considerable incertidumbre en cuanto a la forma por la que el derecho de patentes se aplica a los conocimientos

^{71/} Ibid, anexo 4, y párrafos 78-80.

^{72/} Cassidy and Langford 1999:22.

^{73/} Ibid, p. 23.

^{74/} Ibid.

tradicionales. Si una comunidad indígena o local (o una persona de tal comunidad) presenta una patente respecto a un invento procedente de conocimientos tradicionales, pueden surgir preguntas acerca de si pueden satisfacerse los criterios de novedad, ingenuidad inventiva y utilidad o aplicación industrial. También pueden suscitarse preguntas relacionadas con la divulgación al público cuando los conocimientos tradicionales han sido previamente compartidos ampliamente dentro de una comunidad indígena o local pero no con extraños. ^{75/} De modo análogo, los conocimientos tradicionales pudieran no ser comúnmente utilizados por las oficinas nacionales de patentes como medida de novedad y de ingenuidad inventiva al examinar las solicitudes de patentes de las comunidades que no son indígenas o locales. Los examinadores utilizan primariamente bases de datos electrónicas en busca de novedad, los conocimientos tradicionales no son ordinariamente objeto de búsqueda porque se tiene menos acceso fácil a los mismos. Si se trata de obtener una patente para un invento basado en conocimientos tradicionales que es ampliamente conocido en la comunidad indígena o local, los usuarios de ese conocimiento tendrían que dar la alerta a la oficina de patentes en el sentido de que la tecnología patentada no es nueva. ^{76/}

78. Se ha propuesto que pueden existir medios posibles de asegurar que las patentes protegen los conocimientos tradicionales y que existe una distribución equitativa de los beneficios procedentes de los recursos genéticos mediante lo siguiente:

a) la introducción de un requisito en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual de que se han seguido las disposiciones pertinentes del Convenio sobre la diversidad biológica respecto al consentimiento fundamentado previo y a los términos mutuamente convenidos;

b) un requisito en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual de divulgar el origen de los recursos genéticos y/o de los conocimientos tradicionales utilizados para productos o procesos que sean objeto de derechos de propiedad intelectual. ^{77/}

79. Previendo la divulgación del origen de los materiales genéticos y de cualesquiera conocimientos tradicionales conexos, incluida la prueba de consentimiento fundamentado previo, entre la comunidad indígena y local de origen, así como del país de origen y del país destinatario (o de la empresa privada), los derechos de propiedad intelectual se convertirían en un medio de aplicar las obligaciones pertinentes del Convenio, incluidas aquellas que corresponden al Artículo 8j).

80. Para muchas comunidades tradicionales, las patentes se consideran primariamente como fuente de inquietud. Hay numerosos casos en los que se han utilizado conocimientos tradicionales por otros para elaborar un producto que seguidamente ha sido patentado sin que se obtuviera el consentimiento fundamentado previo de los titulares de los conocimientos tradicionales y sin que hubiera una distribución de beneficios. Esta inquietud se agrava por el hecho de que algunas leyes nacionales de patentes, particularmente las de Estados Unidos y Japón, consideran que un “invento” es “nuevo” incluso si existe en otro país pero no hay documentos del mismo. Esto es perfectamente legal en esos países para sencillamente copiar y patentar conocimientos tradicionales que han sido utilizados en otros países por siglos pero de los que no hay documentos en forma escrita. Esto ha llevado a medidas de defensa tales como el establecimiento de registros de los conocimientos tradicionales. ^{78/}

^{75/} Ibid, p. 25.

^{76/} Ibid.

^{77/} Noruega. Véase también la ponencia de España - doc. UNEP/CBD/COP/4/Inf.30, 4 de mayo de 1998

^{78/} Secretaría de la UNCTAD 2000

81. En este contexto han de señalarse dos puntos concretos. En primer lugar pocos países tales como Estados Unidos y Japón no reconocen los conocimientos tradicionales sin documentos que se tengan en el extranjero como estado de la técnica. Por consiguiente, parece ser posible en esos países volver a formular estos conocimientos en el sentido de presentar un modo más “científico” y solicitar una patente. En segundo lugar puede argüirse que el tratamiento desproporcionado legal de conocimientos útiles comerciales mantenidos por empresas y análogamente los conocimientos útiles en posesión de los pueblos indígenas constituyen una medida inherentemente injusta. Cuando las grandes industrias se inquietan porque en nuevos campos tecnológicos el sistema de derechos de propiedad intelectual no puede proteger sus innovaciones parece ser que se crean en respuesta a esa inquietud nuevas formas de derecho intelectual. Por otro lado, los titulares de los conocimientos tradicionales no tienen el influjo político para cambiar a su favor el sistema. ^{79/} Además, raramente se ha tenido éxito en asegurar que otros observan sus propios sistemas de derechos de propiedad intelectual basados en costumbres. Pudiera añadirse también que los derechos modernos de propiedad intelectual no solamente reflejan sino que también ayudan a subrayar, premiando a los que los proporcionan (una ética de negocios de alta competición “el ganador lo toma todo”) que es completamente ajena a la mayoría si no a todas las comunidades indígenas. ^{80/}

4. Secretos comerciales

82. El beneficio de los derechos de patentes es que son reconocidos y pueden imponerse, pero el costo de obtenerlos y mantenerlos es elevado. En consecuencia, algunas comunidades indígenas y locales pudieran preferir utilizar el secreto comercial (leyes) en lugar de las patentes para proteger sus conocimientos o inventos tradicionales que dimanen de estas leyes. ^{81/} Aunque la ley de secretos comerciales es compleja, se ha avanzado considerablemente en los últimos años para armonizar las leyes de secretos comerciales en muchos países en virtud del Acuerdo TRIP. Sin embargo, no es clara la forma por la que los tribunales examinarán las prácticas consuetudinarias que rigen los conocimientos tradicionales en las comunidades indígenas y locales cuando están implicados casos basados en las leyes de secreto comercial porque hay muy pocos dictámenes de tribunales en cualquier parte del mundo relacionados con este asunto. ^{82/}

83. Hay en general pocos fundamentos jurídicos para impedir que una tercera parte utilice un secreto comercial. Puesto que la reparación se concentra normalmente en la persona que divulga la información confidencial, las comunidades indígenas y locales pueden encontrar que es difícil obtener una compensación justa. El uso por terceras partes de los conocimientos tradicionales puede ser difícil de interrumpir mediante leyes de secreto comercial si se explotan los conocimientos tradicionales en otro país. Algunos países pueden contar con una protección muy débil para los secretos comerciales o puede que no concedan esta protección de ningún modo a los conocimientos tradicionales. ^{83/}

^{79/} Por ejemplo compárese el ritmo de evolución de la protección para los microplaquetas de semiconductores y la protección del folclore - Véase Drahos P 1997, Indigenous knowledge and the duties of intellectual property owners. *Intellectual Property Journal*, Vol. 11, pp. 179-201.

^{80/} Dutfield 2000:9.

^{81/} Cassidy and Langford 1999:25.

^{82/} Ibid, p. 28.

^{83/} Ibid.

5. *Derechos de criadores de obtenciones vegetales*

84. El registro de derechos de criadores de especies vegetales solamente protege habitualmente tales derechos de las comunidades indígenas y locales en su país. Un criador debe registrar una nueva variedad por separado en cada país en el que desea obtener protección, aunque UPOV permite que los ciudadanos de los países miembros de UPOV reciban protección respecto a nuevas variedades de obtenciones vegetales de otros países miembros. ^{84/}

6. *Sistemas sui generis*

85. Uno de los problemas con los sistemas *sui generis* es que la protección concedida a los conocimientos tradicionales en un país puede que no sea respetada en otro. Esto significa que es necesario concertar acuerdos bilaterales y multilaterales entre los países en los que existen mercados para determinados bienes y servicios creados por comunidades indígenas y locales o debería establecerse un conjunto de normas mínimas y que todos los países deberían adherirse a las mismas. Suiza ha propuesto que el desarrollo de sistemas nacionales *sui generis* puede ser que no proporcione la protección adecuada para conocimientos tradicionales, en situaciones o casos en que los mismos conocimientos se encuentran en más de un país, es decir en situaciones en que algunos componentes de los conocimientos tradicionales son de base regional. Entonces el sistema *sui generis* podría ser pasado por alto utilizando los mismos conocimientos tradicionales de otro país sin ningún sistema de protección *sui generis*. Por consiguiente, un marco multilateral pudiera ser necesario para asegurar la protección de los conocimientos tradicionales y para asegurar la protección de todos los interesados implicados. ^{85/}

B. *Limitaciones operacionales*

86. Se han señalado varias limitaciones operacionales que impiden la eficacia de los sistemas oficiales de derechos de propiedad intelectual. Entre estos se incluyen los siguientes:

- a) los titulares de conocimientos tradicionales no están familiarizados con el sistema de propiedad intelectual;
- b) las injusticias inherentes al sistema debido al elevado costo de solicitar, adquirir, mantener e imponer alguna forma de derechos de propiedad intelectual;
- c) dificultades con las que se enfrentan los examinadores de patentes al descubrir conocimientos tradicionales pertinentes como estado de la técnica.

87. Tales cuestiones operacionales son quizás tan importantes e incluso más que los asuntos legales analizados anteriormente.

1. Los titulares de los conocimientos tradicionales no están familiarizados con el sistema de propiedad intelectual

88. En su informe reciente, la OMPI comprobó que uno de los problemas más importantes con los que se enfrentan los titulares de los conocimientos tradicionales es que no era accesible el sistema oficial

^{84/} Ibid, p. 29.

^{85/} El asunto de los conocimientos tradicionales regionales fue también suscitado por la OMPI en el documento WIPO/GRTK/IC/1/3, párr. 70.

de propiedad intelectual. ^{86/} Este carácter de no ser accesible se debe en gran parte a que la mayoría de las comunidades indígenas y locales no están familiarizadas con las diversas formas de propiedad intelectual que constituyen el sistema oficial. Además de las diferencias de criterios y de las opiniones mundiales incorporadas a la diversidad de sistemas consuetudinarios, existe el problema general de un sistema oficial que se basa en una base intensa de documentos codificados y estructuras y procedimientos administrados por el gobierno y en los que la mayoría de los debates modernos sobre propiedad intelectual y los procedimientos de imposición presuponen la existencia de registros oficiales del gobierno y escritos y un cuerpo de leyes (casos) y precedentes. Esto contrasta con los sistemas locales consuetudinarios tradicionales de protección de los conocimientos que en gran parte se basan en tradiciones orales y en la autoridad de miembros particulares (o clases de miembros) de la comunidad. Además muchas comunidades indígenas y locales carecen de un sistema de gobierno que dependa grandemente de registros escritos. ^{87/}

2. *Las injusticias inherentes al sistema debido al elevado costo de solicitar, adquirir, mantener e imponer alguna forma de derechos de propiedad intelectual*

89. Es obvio que muchas de las comunidades indígenas y locales no están en disposición de utilizar fácilmente los instrumentos oficiales de propiedad intelectual. Por consiguiente, en interés de la equidad, deben simplificarse los procedimientos, deben reducirse los costos y debe ofrecerse asistencia financiera y de creación de capacidad. ^{88/}

90. Para registrar una marca, por ejemplo, se requiere primero que se hayan establecido la legislación e instituciones nacionales necesarias. Existen costos legales al registrar la marca y controlar su uso. Los costos de investigación de la comercialización y del mercado pueden también ser considerables. ^{89/} En el caso de patentes, aunque los costos de obtener y mantener e imponer los derechos de patentes en algunos países son bajos, una consecuencia de los costos muy elevados posibles de definir e imponer los derechos en los países en los que los costos de contratar los servicios de abogados de patentes pueden ser considerables es que el sistema es más accesible a las grandes empresas. Esta situación puede también alentar a que tales empresas viajen a su placer puesto que pueden descubrir que pueden infringir los derechos de propiedad de empresas más pequeñas, inventores independientes y, por ejemplo, comunidades indígenas y locales con seguridad, conociendo que estas partes carecen de la palanca económica para montar un reto eficaz. ^{90/}

3. *Dificultades con las que se enfrentan los examinadores de patentes al descubrir conocimientos tradicionales pertinentes como estado de la técnica*

91. De manera general la expresión el “estado de la técnica”:

“comprende el conjunto de conocimientos que se haya puesto a disposición del público antes de la fecha de presentación o, si se reivindica la prioridad, antes de la fecha de prioridad, de una solicitud de determinados títulos de propiedad industrial, principalmente patentes, modelos de utilidad y dibujos o modelos industriales. La identificación del estado

^{86/} WIPO 2001a:227.

^{87/} Ibid, p. 57.

^{88/} UNCTAD Secretariat 2000.

^{89/} Ibid.

^{90/} Dutfield 2000:9.

de la técnica constituye la piedra angular del examen de fondo de las solicitudes de dichos títulos, ya que requisitos como la novedad y la actividad inventiva se establecen comparando el objeto de la protección solicitada con el estado de la técnica pertinente.” ^{91/}

92. La cuestión práctica es que al determinar la novedad y la etapa de invención de una invención que pudiera incluir conocimientos tradicionales relacionados con los recursos genéticos, los examinadores de patentes no pueden localizar los conocimientos tradicionales pertinentes como estado de la técnica. Esto se debe a que: i) no tienen acceso a la información sobre conocimientos tradicionales en la bibliografía clasificada de no patentes; ii) tal información no está organizada en orden; iii) no hay instrumentos eficaces de investigación para retirar tal información. Esta situación persiste a pesar del hecho de que existe considerable documentación sobre conocimientos tradicionales en la mayor parte del

mundo. Por ejemplo, en museos de ciencia natural y antropología, en bibliotecas de universidades y en archivos públicos. Además, como parte del mantenimiento del patrimonio cultural y de las iniciativas para su resurgir, las comunidades indígenas y locales y otras instituciones nacionales y regionales tienen grandes cantidades de documentos de conocimientos tradicionales por conservar y para evitar que desaparezcan. Se han elaborado muchas iniciativas con recopilaciones amplias y bases de datos de conocimientos tradicionales pero no se han elaborado las opciones de estrategias de propiedad intelectual para proteger los propios conocimientos tradicionales o sus recopilaciones. ^{92/}

93. En estas circunstancias, la necesidad general de atender a los conocimientos tradicionales como estado de la técnica puede crear enlaces operacionales entre las oficinas de propiedad intelectual por un lado y aquellas iniciativas existentes de documentación de conocimientos tradicionales por el otro. ^{93/} Esto requeriría adoptar algunas medidas prácticas tanto por las oficinas de propiedad intelectual como por las iniciativas de documentación de conocimientos tradicionales. ^{94/} Sin embargo, debería ser obvio que el objetivo de establecer estos vínculos y otras medidas prácticas “no es poner los conocimientos tradicionales que actualmente no son del dominio público en el dominio público. Sino más bien el objetivo de asegurar que los conocimientos tradicionales que ya son del dominio público se reconocen plenamente y se identifican prácticamente como del dominio público y, por lo tanto, no sujetos a patentes”. ^{95/}

94. Si en el desarrollo de tales vínculos se tienen en cuenta las necesidades y prioridades de todos los interesados pudiera ser posible i) evitar que las oficinas de propiedad intelectual concedan patentes para invenciones basadas en conocimientos tradicionales que no son nuevos y que no son obvios; ii) evitar los costos a los titulares de los conocimientos tradicionales y a otras terceras partes interesadas en cuanto a enfrentarse en contra de tales patentes e iii) facilitar el reconocimiento del valor tecnológico de los conocimientos tradicionales por parte de todos los usuarios de la bibliografía de no patentes incluidos las oficinas de propiedad intelectual, la industria, investigadores y el público en general. ^{96/} Sin embargo, el acceso a los datos de documentación normalizada de conocimientos tradicionales como bibliografía no de patentes puede resolverse unilateralmente por las autoridades que conceden las patentes. Si hubiera de asumirse el sistema de propiedad intelectual por parte de los titulares de conocimientos tradicionales y por

^{91/} OMPI 2001c, párr. 2.

^{92/} Ibid, párr. 5.

^{93/} Ibid, párr. 6.

^{94/} Ibid, párr. 67.

^{95/} Ibid, párr. 10(iii).

^{96/} Ibid, párr. 7.

las iniciativas de documentación, habrían de adoptarse algunas medidas como condición previa para las iniciativas de comunicación de conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y locales que proporcionan datos de documentación a las oficinas de patentes nacionales y regionales. Lo que es más importante, en la aplicación más amplia de los conocimientos tradicionales debería incluirse la aprobación y la intervención de las comunidades indígenas y locales que son titulares de tales conocimientos, innovaciones y prácticas, de conformidad con el Artículo 8 j) . 97/

95. A medida que el sistema de propiedad intelectual en el mundo de la información se extiende a nuevos interesados, tales como las comunidades indígenas y locales, es necesario tener en cuenta el cuadro más amplio en el que su base de conocimientos, incluidos en particular los conocimientos tradicionales, constituye un órgano pertinente en crecimiento del estado de la técnica, cuya identificación eficaz es de creciente importancia para el funcionamiento del sistema de propiedad intelectual. Los datos de la documentación sobre conocimientos tradicionales constituyen una forma importante de bibliografía ajena a patentes con características específicas. Algunas de estas características pueden requerir medidas especializadas para datos de conocimientos tradicionales que hayan de ser adecuadamente integradas y reconocidas como bibliografía pertinente ajena a patentes. 98/

97/ Ibid, párr. 98.

98/ Ibid, párr. 4 – véase también párr. 64.