

30 de mayo de 2008

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

PROYECTO DE

ANÁLISIS DE CARENCIAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LOS  
CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

*Documento preparado por la Secretaría*

RESUMEN

1. En su duodécima sesión, el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (el Comité) decidió que “la Secretaría preparará, teniendo en cuenta la labor anterior del Comité, como documento de trabajo para la siguiente sesión del GIC, un documento en el que:
  - a) se señalarán las obligaciones, disposiciones y posibilidades que ya existen a nivel internacional en relación con la protección de los conocimientos tradicionales;
  - b) se señalarán las lagunas que existan a nivel internacional, y se aclararán, en la medida de lo posible, con ejemplos específicos;
  - c) se expondrán las consideraciones pertinentes para determinar si es posible colmar esas lagunas;
  - d) se señalará qué opciones existen o puedan perfilarse para hacer frente a cualquier laguna que se haya determinado, incluidas las opciones jurídicas o de otra índole, sea a nivel internacional, regional o nacional;
  - e) se adjuntará un anexo con una matriz correspondiente a los temas a los que se hace referencia en los apartados a) a d) *supra*”.
  
2. Se decidió que “La Secretaría hará explícitas las definiciones de trabajo y demás bases sobre las cuales realiza su análisis. La Secretaría pondrá a disposición ese documento en forma de proyecto, a más tardar el 31 de mayo de 2008. Los participantes en el Comité podrán formular comentarios sobre dicho proyecto, a más tardar hasta el 30 de junio de 2008, tras lo cual se publicará, el 15 de agosto de 2008, un borrador final del documento, que será examinado por el Comité en su decimotercera sesión”.

3. El presente documento contiene el primer proyecto de análisis de carencias en materia de protección de los conocimientos tradicionales. Por consiguiente, comprende los elementos siguientes:

- a) las obligaciones, disposiciones y posibilidades que ya existen a nivel internacional en materia de protección;
- b) las carencias que existen a nivel internacional ilustradas, en la medida de lo posible, mediante ejemplos específicos;
- c) las consideraciones pertinentes para determinar si deben abordarse esas carencias;
- d) las opciones que existen o pueden perfilarse para hacer frente a cualquier carencia que se haya puesto de manifiesto, incluidas las opciones jurídicas o de otra índole, ya sea a nivel internacional, regional o nacional.

En el Anexo I se ofrece una matriz que corresponde a los temas mencionados en los apartados a) a d) anteriores. En el presente proyecto de análisis de carencias se exponen también las definiciones de trabajo y demás fundamentos en los que se basa el análisis.

Se invita a los participantes en la sesión del Comité Intergubernamental a formular observaciones sobre el proyecto de análisis de carencias, preferiblemente enviando copia de las mismas a la dirección de correo electrónico siguiente: [grtkf@wipo.int](mailto:grtkf@wipo.int). Teniendo en cuenta los comentarios recibidos, el 15 de agosto de 2008 se publicará un proyecto final de análisis de carencias, como documento WIPO/GRTKF/IC/13/5(b).

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN .....	6
II.	DEFINICIONES DE TRABAJO Y DEMÁS FUNDAMENTOS DEL ANÁLISIS. 6	
	a) Definiciones de trabajo.....	6
	b) Otros fundamentos en los que se basa el análisis.....	8
	i) <i>El concepto de “protección”</i> .....	8
	ii) <i>Relación con el análisis de carencias en materia de expresiones culturales tradicionales</i> .....	9
	iii) <i>Diversidad de características de los conocimientos tradicionales</i> .....	9
	iv) <i>Naturaleza de las “carencias” que habrán de determinarse</i> .....	10
III.	OBLIGACIONES, DISPOSICIONES Y POSIBILIDADES QUE YA EXISTEN EN MATERIA DE PROTECCIÓN .....	11
	a) Protección en virtud de los instrumentos internacionales vigentes en el ámbito de la propiedad intelectual.....	11
	i) <i>Protección positiva de los conocimientos tradicionales por medio de patentes</i> .....	11
	ii) <i>Protección preventiva de los conocimientos tradicionales en el sistema de patentes</i> .....	12
	<i>Requisitos de divulgación específicos para los conocimientos tradicionales</i> .....	13
	iii) <i>Conocimientos tradicionales no divulgados</i> .....	14
	iv) <i>Competencia desleal</i> .....	15
	v) <i>Signos distintivos</i> .....	16
	vi) <i>Legislación sobre diseños industriales</i> .....	17
	vii) <i>Derecho de autor y legislación conexa</i> .....	18
	b) Protección en virtud de otras esferas del derecho público internacional .....	18
	i) <i>Convenio sobre la Diversidad Biológica</i> .....	19
	ii) <i>Tratado Internacional de la FAO</i> .....	19
	iii) <i>Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas</i> .....	20
	iv) <i>Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación</i> .....	20
IV.	CARENCIAS QUE EXISTEN A NIVEL INTERNACIONAL.....	21
	a) Carencias en materia de definición o determinación de los conocimientos tradicionales que habrán de protegerse .....	21
	b) Carencias en materia de objetivos o fundamentos políticos de la protección:.....	22
	c) Carencias en materia de mecanismos jurídicos vigentes .....	24
	i) <i>La materia no está prevista en la legislación vigente sobre propiedad intelectual</i> .....	24
	<i>Conocimientos tradicionales que no quedan contemplados por las formas de protección de la propiedad intelectual que existen</i> .....	24
	<i>Innovaciones colectivas y acumuladas a lo largo de generaciones dentro de una comunidad</i> .....	25
	ii) <i>No se reconoce a los beneficiarios o los titulares de los derechos</i> .....	26
	<i>Reconocimiento de los derechos, intereses y atribuciones colectivas dentro de un sistema de conocimientos tradicionales</i> .....	26

iii)	<i>Formas de utilización indebida y acciones ilegítimas que no pueden impedirse en virtud de la legislación vigente</i>	26
	<i>Una norma expresa frente al patentamiento ilegítimo de conocimientos tradicionales</i>	26
	<i>Un requisito específico de divulgación relativo a los conocimientos tradicionales</i>	27
	<i>Protección frente al enriquecimiento injusto o la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales</i>	27
	<i>Consentimiento fundamentado previo</i>	28
	<i>Derecho al reconocimiento y la integridad</i>	28
iv)	<i>Ausencia del derecho a obtener una remuneración u otros beneficios.</i>	29
V.	CONSIDERACIONES PERTINENTES PARA DETERMINAR SI HAN DE ABORDARSE ESAS CARENCIAS	30
a)	Consideraciones de carácter sustantivo	30
i)	<i>Legislación y políticas internacionales</i>	30
ii)	<i>Consideraciones de carácter social, cultural, político y económico</i>	32
iii)	<i>Importancia de la protección de los conocimientos tradicionales en los contextos más generales de la formulación de políticas y la reglamentación</i>	32
b)	Consideraciones relativas a procesos o de carácter formal	33
i)	<i>Procedimientos específicos o consideraciones de carácter formal</i>	33
ii)	<i>Consideraciones que se contraponen específicamente a abordar las carencias</i>	33
VI.	OPCIONES QUE EXISTEN O PUEDEN PERFILARSE PARA HACER FRENTE A CUALQUIER CARENCIA QUE SE HAYA PUESTO DE MANIFIESTO	35
a)	Opciones jurídicas o de otra índole a nivel internacional:	35
i)	<i>Un instrumento o instrumentos internacionales vinculantes</i>	35
ii)	<i>Interpretaciones o explicaciones de los instrumentos jurídicos vigentes</i>	36
iii)	<i>Un instrumento normativo internacional no vinculante</i>	37
iv)	<i>Resolución, declaración o decisión política de alto nivel</i>	38
v)	<i>Fortalecer la coordinación mediante directrices o leyes tipo</i>	39
vi)	<i>Coordinación de los avances nacionales en materia legislativa</i>	40
vii)	<i>Coordinación y cooperación en la creación de capacidad y las iniciativas prácticas.</i>	41
	<i>Creación de capacidad y material sustantivo para los procesos jurídicos y políticos</i>	42
	<i>Fortalecimiento de la capacidad práctica de los titulares de conocimientos tradicionales</i>	42
	<i>Fortalecimiento y orientación de las instituciones</i>	43
	<i>Cooperación y coordinación interinstitucional dentro del sistema de las Naciones Unidas</i>	43
	<i>Sensibilización y creación de capacidad entre el público en general</i>	43
b)	Opciones jurídicas o de otra índole a nivel regional:	44
c)	Opciones jurídicas o de otra índole a nivel nacional:	44

ANEXO: MATRIZ DEL ANÁLISIS DE CARENCIAS

RESUMEN DE LA MATRIZ

- A. MEDIDAS EXISTENTES
- B. CARENCIAS QUE EXISTEN A NIVEL INTERNACIONAL
- C. CONSIDERACIONES PERTINENTES PARA DETERMINAR SI HAN DE ABORDARSE ESAS CARENCIAS
- D. OPCIONES QUE EXISTEN O PUEDEN PERFILARSE PARA HACER FRENTE A CUALQUIER CARENCIA QUE SE HAYA PUESTO DE MANIFIESTO

## I. INTRODUCCIÓN

1. El documento que sigue a continuación contiene la presente introducción breve y cuatro secciones, que corresponden a los elementos solicitados en la decisión del Comité en su duodécima sesión, a saber:

Sección II: Definiciones de trabajo y demás fundamentos del análisis;

Sección III: Obligaciones, disposiciones y posibilidades que ya existen a nivel internacional en materia de protección de los conocimientos tradicionales (apartado a) de la decisión);

Sección IV: Carencias que existen a nivel internacional ilustradas, en la medida de lo posible, mediante ejemplos específicos (apartado b) de la decisión);

Sección IV: Consideraciones pertinentes para determinar si han de abordarse esas carencias (apartado c) de la decisión);

Sección V: Opciones que existen o pueden perfilarse para hacer frente a cualquier carencia que se haya puesto de manifiesto, incluidas las opciones jurídicas o de otra índole, ya sea a nivel internacional, regional o nacional (apartado d) de la decisión).

En el Anexo se ofrece una matriz que corresponde a los temas a los que se hace referencia en estas secciones (es decir, a los apartados a) a d) de la decisión del Comité).

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

### a) Definiciones de trabajo

2. No existe una definición internacionalmente aceptada de “conocimientos tradicionales” como tal. En algunos instrumentos internacionales se hace referencia a conceptos conexos, tales como:

- Los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales incorporados en estilos de vida tradicionales pertinentes para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica.<sup>1</sup>
- Los conocimientos tradicionales de interés para los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura.<sup>2</sup>
- El patrimonio cultural, los conocimientos tradicionales, las expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de [las] ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el

---

<sup>1</sup> Artículo 8.j), Convenio sobre la Diversidad Biológica.

<sup>2</sup> Artículo 9.2.a), Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura.

conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas.<sup>3</sup>

3. El presente proyecto de análisis de carencias se ha solicitado respecto de los “conocimientos tradicionales” como tales, y no con relación a conceptos más específicos, como los conocimientos tradicionales relacionados con la biodiversidad, los conocimientos relativos a los recursos fitogenéticos o los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas (también conocidos como “conocimientos indígenas”); estos conceptos más precisos puede considerarse que recaen bajo el concepto más amplio de “conocimientos tradicionales” como tales. Ahora bien, puesto que se ha solicitado un análisis de carencias independiente sobre las “expresiones culturales tradicionales”, todo parece indicar que el análisis ha de centrarse en los conocimientos tradicionales en sentido estricto, en lugar del concepto más general de conocimientos tradicionales que a veces se ha utilizado como término general. Por consiguiente, a efectos del presente análisis exclusivamente, por “conocimientos tradicionales” se entenderá el contenido o el fundamento de los conocimientos relativos a la actividad intelectual en un contexto tradicional, en particular, los conocimientos especializados, capacidades, innovaciones, prácticas y enseñanzas que forman parte de los sistemas de conocimientos tradicionales, y los conocimientos que entrañan el modo de vida tradicional de un pueblo o comunidad, o que están contenidos en sistemas codificados de conocimientos transmitidos de una generación a otra. El término no se limita a ningún ámbito concreto de la técnica, y puede abarcar los conocimientos agrícolas, medioambientales y medicinales, así como todo conocimiento derivado de los recursos genéticos.<sup>4</sup>

4. Asimismo, el análisis de carencias se efectúa bajo el supuesto de que, para poder protegerse mediante mecanismos jurídicos, los conocimientos tradicionales tendrán que:

i) haberse creado y preservarse en un contexto tradicional y transmitirse de una generación a otra;

ii) estar particularmente vinculados a un pueblo o comunidad indígena o tradicional, que los preserva y transmite de una generación a otra; y

iii) ser parte integrante de la identidad cultural de un pueblo o comunidad indígena o tradicional que es reconocido como su titular porque sobre ellos ejerce su custodia, conservación, titularidad colectiva o responsabilidad cultural. Esta relación podría expresarse oficial u oficiosamente en las prácticas, protocolos o leyes consuetudinarios o tradicionales.<sup>5</sup>

5. Dicho de otro modo, para ser susceptibles de protección, en lugar de describirse en términos generales como “conocimientos tradicionales”, puede ser necesario que los conocimientos tengan un carácter intergeneracional, estén vinculados objetivamente a la comunidad de origen y mantengan una asociación subjetiva dentro de dicha comunidad, de manera que formen parte de la propia identidad de ésta.

---

<sup>3</sup> Artículo 31, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, documento WIPO/GRTKF/IC/12/INF/6.

<sup>4</sup> Fuente: WIPO/GRTKF/IC/8/5.

<sup>5</sup> Fuente: WIPO/GRTKF/IC/8/5.

Algunos ejemplos de conocimientos tradicionales son los siguientes:

- Conocimientos médicos tradicionales – conocimientos sobre el uso medicinal de determinados recursos genéticos, y también los conocimientos sobre tratamientos médicos que no conllevan el uso de recursos genéticos (como el masaje tradicional).
- Conocimientos relativos a la biodiversidad “pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica”.<sup>6</sup>
- Conocimientos tradicionales de interés para los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura<sup>7</sup>

b) Otros fundamentos en los que se basa el análisis

*i) El concepto de “protección”*

6. El análisis de carencias se ha solicitado para abordar la “protección” de los conocimientos tradicionales. En cierta medida, el análisis de carencias en materia de protección requiere de forma natural un concepto de lo que se entiende por “protección”, ya que esto permite aclarar

- el alcance de la protección pertinente:
  - qué materia está protegida actualmente (por ejemplo, una invención patentable),
  - frente a qué está protegida esa materia (por ejemplo, contra determinados usos por parte de terceros),
  - frente a qué *no* está protegida (por ejemplo, en muchos países, las invenciones patentables no están protegidas ante la investigación sin fines comerciales),
  - y *cómo* se protege (por ejemplo, podría considerarse como “carencia” el que la protección esté limitada en el tiempo, esté sujeta a formalidades, o esté sujeta a otras condiciones, como el requisito de que la protección de información no divulgada dependa de que ésta tenga un valor comercial, en lugar de cultural o espiritual);
- y, por otro lado, qué materia no está protegida (en muchos países, los simples descubrimientos o los conocimientos técnicos divulgados públicamente no están protegidos).

7. La palabra “protección” adopta muchos significados diferentes con relación a los conocimientos tradicionales. En principio, podría incluir la protección física de registros frente a su degradación o pérdida (por ejemplo, la restauración de textos antiguos que contienen conocimientos tradicionales). A efectos del presente proyecto de análisis de carencias, por “protección” se entiende el tipo de protección considerada con más frecuencia en el contexto de la propiedad intelectual, es decir, las medidas jurídicas que limitan el posible uso del material

---

<sup>6</sup> CDB, 8.j).

<sup>7</sup> FAO, Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura 9.2.a).

protegido por parte de terceros, ya sea otorgando el derecho de impedir su uso en absoluto (derechos exclusivos), o estableciendo condiciones para su uso autorizado (por ejemplo, supeditado a una retribución equitativa o a un derecho de reconocimiento). Por consiguiente, por protección se entiende la protección frente al uso no autorizado o la explotación no equitativa de la materia protegida.

*ii) Relación con el análisis de carencias en materia de expresiones culturales tradicionales*

8. Por razones de claridad en el presente análisis de carencias, y en consonancia con el enfoque general de trabajo adoptado por el Comité, se ha establecido una distinción entre los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales. Algunas formas de protección de las expresiones culturales tradicionales tendrán el efecto indirecto de proteger igualmente los conocimientos tradicionales: por ejemplo, la protección de grabaciones de canciones y narrativas tradicionales que se utilizan para mantener y transmitir los conocimientos tradicionales en una comunidad, o las artesanías que incorporan métodos o conocimientos técnicos basados en conocimientos tradicionales característicos. No obstante, estas formas de protección se tratan adecuadamente en el análisis complementario de carencias en materia de expresiones culturales tradicionales, y solamente se señalan brevemente en el presente análisis de carencias en materia de conocimientos tradicionales.

*iii) Diversidad de características de los conocimientos tradicionales*

9. Se han establecido los supuestos siguientes respecto de las características generales de los conocimientos tradicionales, a saber:

- Los conocimientos tradicionales pueden englobar elementos específicos de conocimiento, como las innovaciones realizadas por un miembro de una comunidad tradicional, o pueden englobar un cuerpo sistemático de conocimientos más general. No se parte de ningún supuesto respecto de si los “conocimientos tradicionales” deben limitarse a elementos específicos de conocimiento o a un sistema de conocimientos.
- No se parte de ningún supuesto respecto de si determinados conocimientos tradicionales son necesariamente patentables o no; los elementos de los conocimientos tradicionales bien pueden ser patentables o no patentables. El simple hecho de que se haya producido una innovación en un contexto tradicional no impide en sí mismo que ésta pueda patentarse (siempre y cuando la patente se otorgue al verdadero inventor, al innovador o innovadores tradicionales o a sus verdaderos derechohabientes). Es decir, el mero hecho de que determinados conocimientos sean “tradicionales” no los excluye de la patentabilidad. Pese a ello, cabe la posibilidad de que exista una incertidumbre jurídica respecto de cómo habrán de aplicarse los criterios de novedad, actividad inventiva y utilidad a la reivindicación de invenciones que constituyen conocimientos tradicionales como tales, que se derivan de conocimientos tradicionales o que se crean en el seno de un sistema de conocimientos tradicionales. Además, puede existir incertidumbre respecto de cómo ha de determinarse quién debe ser el solicitante adecuado, por ejemplo cuando el

conocimiento tradicional patentable se desarrolla en el seno de una comunidad tradicional u otro tipo de colectivo.

- No se considera que los conocimientos tradicionales hayan sido necesariamente objeto o no de divulgación pública; caben ambas posibilidades. Asimismo, puede existir una incertidumbre jurídica respecto de si los conocimientos tradicionales divulgados en el seno de una comunidad local o indígena pueden considerarse “no divulgados” o que no forman parte del dominio público.
- Los conocimientos tradicionales pueden ser objeto de diversas formas de titularidad, custodia, atribuciones o intereses equitativos. Estos intereses pueden conferirse a un miembro de una comunidad, a una comunidad colectivamente (ya esté reconocida jurídicamente como tal o no) o a un estado (ya sea en derecho propio o en fideicomiso de personas o comunidades). Existen determinados aspectos de los conocimientos tradicionales que pueden adscribirse a una persona determinada dentro de una comunidad, incluso cuando el cuerpo general de conocimientos tradicionales lo ostenta y mantiene la comunidad como tal.
- Los conocimientos indígenas se consideran un cuerpo de conocimientos más preciso que los conocimientos tradicionales, que elaboran, mantienen y difunden los pueblos indígenas reconocidos como tales. Los conocimientos tradicionales pueden pertenecer a otras comunidades locales y culturales que no están reconocidas como tales. Algunos de los enfoques respecto del análisis de carencias tendrán que tratar de abordar las posibles diferencias de tratamiento entre los conocimientos indígenas y el concepto más amplio de conocimientos tradicionales y señalar, por ejemplo, que los derechos de los pueblos indígenas relativos a los conocimientos tradicionales se han definido recientemente en una declaración internacional (examinada más adelante).

*iv) Naturaleza de las “carencias” que habrán de determinarse*

10. Es muy probable que los puntos de vista sean diferentes respecto de lo que constituye una verdadera “carencia” en materia de protección, debido en parte a que el término “protección” puede tener connotaciones muy generales o aplicaciones jurídicas muy precisas. El proyecto de análisis de carencias aborda estas diferencias de perspectivas al abarcar un amplio abanico de posibilidades cuando examina qué debe ser una “carencia”; estos diferentes supuestos que pueden producirse se aclaran en el texto que sigue a continuación.

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

11. La presente sección trata sobre las “obligaciones, disposiciones y posibilidades que ya existen a nivel internacional en relación con la protección”. En el análisis se examinan con detenimiento las formas de protección disponibles de acuerdo con los principales instrumentos internacionales en el ámbito general de la protección de la propiedad intelectual, y con menos detalle los instrumentos internacionales existentes en otros ámbitos del derecho internacional público que hacen referencia directa a los conocimientos tradicionales y su protección. Por razones de brevedad y claridad, no se analizan o examinan directamente los instrumentos jurídicos concretos (éstos se han examinado exhaustivamente en la documentación previa del Comité).

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

i) *Protección positiva de los conocimientos tradicionales por medio de patentes*

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

12. Si bien existe una flexibilidad considerable y grandes diferencias en su interpretación y aplicación a nivel nacional, las normas de la legislación internacional en materia de patentes permiten en general extender la protección mediante patente a innovaciones concretas desarrolladas en un contexto tradicional, siempre y cuando las invenciones en el área de los conocimientos tradicionales sean:

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

13. Ninguno de estos criterios está definido formalmente de modo vinculante desde el punto de vista jurídico en los instrumentos internacionales. Por consiguiente, su aplicación a los conocimientos tradicionales es una cuestión de la posible flexibilidad de las legislaciones nacionales.

Existe flexibilidad con relación a la definición de “invención” frente al descubrimiento, que puede resultar pertinente, por ejemplo, para los conocimientos tradicionales que se consideran descubrimientos de principios de la naturaleza, en lugar de invenciones como tales.

Existe flexibilidad con relación a si los conocimientos tradicionales deben considerarse materia intrínsecamente patentable en el caso de que los conocimientos tradicionales constituyan:

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

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

14. Además, la observación de que un especialista en conocimientos tradicionales haya desarrollado una innovación que se consideraría patentable no implica claramente que el especialista desee necesariamente patentarla, o que disponga de los recursos necesarios para seguir el procedimiento de patentamiento; dicho de otro modo, el hecho de ser patentable no significa en principio que un conocimiento tradicional esté *patentado* de hecho. La ausencia de un uso práctico del sistema de patentes o la elección de no utilizarlo debido a que la forma de protección no esté en sintonía con los requisitos de los titulares de los conocimientos tradicionales también pueden verse como una carencia, incluso cuando algunos elementos de los conocimientos tradicionales sean técnicamente patentables.

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

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

15. La protección preventiva atañe a las medidas destinadas a prevenir o reparar la concesión ilegítima de patentes sobre elementos de los conocimientos tradicionales. En el sistema de patentes, la protección de los conocimientos tradicionales se ha planteado con mayor frecuencia desde un punto de vista preventivo, en lugar de tratar de obtener positivamente patentes sobre los conocimientos tradicionales. Las obligaciones, disposiciones y posibilidades que ya existen a nivel internacional tienen una pertenencia directa para la protección preventiva. Entre éstas figuran las medidas preventivas jurídicas y prácticas existentes en la legislación convencional

sobre patentes, así como las propuestas dirigidas a revisar las normas de la legislación internacional sobre patentes con vistas a crear medidas específicas de divulgación relativas a los conocimientos tradicionales (conjuntamente con los recursos genéticos).

16. La protección preventiva de los conocimientos tradicionales en el contexto de las normas vigentes de la legislación internacional sobre patentes comprende las medidas siguientes:

- El derecho del inventor de ser mencionado como tal en la patente, tal como establece el Convenio de París.
- La ampliación de la documentación mínima del PCT, en el sentido de incluir una diversidad de publicaciones sobre conocimientos tradicionales. El efecto de esta medida es asegurar que importantes cantidades de conocimientos tradicionales ya publicados se tengan en cuenta de forma sistemática en las primeras fases de la vida de muchas patentes, y se incluyan en los informes internacionales de búsqueda publicados, incluso antes de que una solicitud de patente pase a la fase nacional.
- La Revisión de la Clasificación Internacional de Patentes con vistas a ampliar y abarcar concretamente material relacionado con conocimientos tradicionales. Esta revisión reconoce la importancia intelectual y tecnológica de los sistemas de conocimientos tradicionales. Aumenta la probabilidad de que se localicen los documentos pertinentes relacionados con conocimientos tradicionales durante el proceso de patentamiento, lo que aumentará la base práctica de la protección preventiva de los conocimientos tradicionales.
- La adopción por parte del Comité de normas para la documentación de conocimientos tradicionales, normas que reconocen la necesidad de hacer constar y respetar las condiciones de acceso y uso de los conocimientos tradicionales documentados.
- La preparación en el seno del Comité de directrices para el examen de patentes relacionadas con conocimientos tradicionales, cuya aplicación aumentará considerablemente la probabilidad de que no se concedan patentes de forma ilegítima sobre conocimientos tradicionales.
- La creación bajo la dirección del Comité de un portal para el reconocimiento de conocimientos tradicionales registrados en el transcurso del proceso de patentamiento, lo que aumentará aun más la probabilidad de que se respeten los conocimientos tradicionales correspondientes en el transcurso del procedimiento de patentamiento.

*Requisitos de divulgación específicos para los conocimientos tradicionales*

17. Con objeto de reforzar la protección preventiva de los conocimientos tradicionales, se han presentado varias propuestas en el seno de la OMC y de la OMPI con vistas a reforzar las normas de la legislación internacional sobre patentes para que se requieran formas específicas de divulgación con relación a los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos o biológicos. Estas propuestas representan formas importantes de protección preventiva de los conocimientos tradicionales y por tanto resultan pertinentes para el presente análisis. Por el momento, ninguna

de ellas ha sido adoptada internacionalmente en forma de ley vinculante. No obstante, las Directrices de Bonn, que no son vinculantes pero pueden considerarse “disposiciones” o “posibilidades” en el contexto del mandato del presente análisis, alientan a las Partes Contratantes en el CDB a examinar:

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

Varios países han introducido estas medidas en sus legislaciones nacionales. Las distintas “disposiciones” o “posibilidades” han sido exploradas con cierto detenimiento en dos estudios elaborados por la OMPI a invitación del CDB.<sup>8</sup>

*iii) Conocimientos tradicionales no divulgados*

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

18. Cuando no hayan sido objeto de divulgación pública, los conocimientos tradicionales pueden estar protegidos por las normas internacionales vigentes que rigen la protección de la información no divulgada o de la información confidencial. Las normas generales internacionales, establecidas en el Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC, requieren que, para poder protegerse, la información debe:

ser secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión;

tener un valor comercial por ser secreta; y

haber sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla.

19. La protección se extiende a la información que “se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos”, por lo que se entiende “por lo menos las prácticas tales como el incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la instigación a la infracción, e incluye la adquisición de información no divulgada por terceros que supieran, o que no supieran por negligencia grave, que la adquisición implicaba tales prácticas”. Esto afecta en potencia a una buena parte de los conocimientos tradicionales, donde no es necesariamente la persona original que ha accedido a la información, sino una persona de la cadena de intereses comerciales o industriales, quien de hecho comercializa los conocimientos tradicionales.

<sup>8</sup> <http://www.wipo.int/tk/en/genetic/proposals/index.html>.

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

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

- Cuándo seguiría considerándose “secreto” un conocimiento tradicional divulgado en el seno de una comunidad tradicional definida.
- Qué posible función desempeñarían las leyes o las prácticas consuetudinarias a la hora de determinar si pueden aplicarse las condiciones para la protección (a nivel nacional, los tribunales han reconocido que el derecho consuetudinario de las comunidades indígenas puede ser suficiente para satisfacer el criterio de confidencialidad).
- Podrían todavía protegerse los conocimientos tradicionales con un valor espiritual y cultural para la comunidad, aunque sin valor comercial para ésta, cuando un tercero obtiene beneficios comerciales de ellos.

22. Puesto que se trata de una norma mínima, cabe la posibilidad de formas más amplias de protección en virtud de las legislaciones nacionales, que garantizarían, por ejemplo, que los conocimientos tradicionales que solamente se hubieran difundido dentro de una comunidad concreta todavía podrían reconocerse como no divulgados y, por tanto, susceptibles de protección. También podría considerarse un factor pertinente el valor espiritual y cultural de los conocimientos (de manera que el valor comercial en exclusiva pudiera no ser necesario para la protección), y podría reconocerse la función de las leyes consuetudinarias (por ejemplo, a la hora de determinar las “medidas razonables para proteger”).

*iv) Competencia desleal*

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

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

- cualquier acto capaz de crear una confusión respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;
- las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

- las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

24. Esta caracterización más precisa de la competencia desleal se aplicaría, por ejemplo, a la comercialización de productos relacionados con los conocimientos tradicionales que sugieren falsa o engañosamente que se trata de productos genuinos de una comunidad indígena o local cuando no lo son, o sugieren de forma falsa o engañosa que los aprueba o los autoriza una comunidad de este tipo.

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

Lo que vaya a entenderse por “competencia” se determinará en cada país de acuerdo con sus propios conceptos: los países pueden ampliar el concepto de competencia desleal a actos que no tienen un carácter competitivo en sentido limitado ... Constituirá un acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial. Este criterio no se limita a las prácticas honestas que existen en el país donde se solicita la protección frente a la competencia desleal. Las autoridades judiciales y administrativas del país tendrán por consiguiente que tener también en cuenta las prácticas honestas establecidas en el comercio internacional. Si una autoridad judicial o administrativa del país donde se solicita la protección encuentra que un acto que se reclama es contrario a las prácticas honestas en materia industrial o comercial, estará obligada a considerar ese acto un acto de competencia desleal y a aplicar las sanciones y recursos previstos en la legislación nacional. Hay gran variedad de actos que pueden corresponder al criterio antes indicado.<sup>9</sup>

26. En consecuencia, cabe la posibilidad de interpretar esta disposición como protección frente a otras formas de uso de los conocimientos tradicionales que se consideren contrarios a las prácticas honestas. Todavía queda la posibilidad de determinar a nivel nacional que los actos de competencia desleal pueden englobar el enriquecimiento injusto por el uso de conocimientos tradicionales y la obtención de beneficios comerciales a partir de conocimientos tradicionales obtenidos de forma ilícita.

v) *Signos distintivos*

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

<sup>9</sup> G.H.C. Bodenhausen, Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property (1968), pág. 144 (omitida la nota a pie de página).

27. La protección de los signos distintivos con arreglo a los instrumentos internacionales engloba lo siguiente:

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

28. Este tipo de protección no permite proteger los conocimientos como tales. Ahora bien, puede ofrecer indirectamente protección al proporcionar un medio para proteger los signos distintivos, los símbolos, los motivos y las indicaciones geográficas, y certificar su autenticidad o la aprobación por parte de la comunidad, cuando se aplican a los productos y servicios que se basan en conocimientos tradicionales o los utilizan.

29. Estos signos distintivos también pueden protegerse preventivamente a través de estos mecanismos jurídicos, en particular mediante la oposición o la interposición de recursos jurídicos ante registros que constituyen un uso falso o engañoso de signos, símbolos o palabras relacionados con conocimientos tradicionales o referencias geográficas relacionadas con conocimientos tradicionales. Las normas internacionales son de aplicación para el rechazo o la invalidación de las marcas contrarias a la moral o al orden público. En algunos casos, estas prohibiciones se han aplicado para rechazar o revocar marcas que supondrían un agravio espiritual o cultural para el pueblo indígena. (véase en el análisis de carencias en materia de expresiones culturales tradicionales el examen de la protección preventiva de las expresiones culturales tradicionales en el sistema de marcas).

vi) *Legislación sobre diseños industriales*

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

30. La protección de los diseños no se ocupa del contenido de los conocimientos como tales, y tiene mayor pertinencia para la protección de las expresiones culturales tradicionales que para los conocimientos tradicionales (véase el análisis complementario de carencias en materia de expresiones culturales tradicionales). No obstante, las normas internacionales en materia de protección de diseños pueden ofrecer cierta protección indirecta a algunos conocimientos tradicionales, particularmente cuando los diseños están estrechamente vinculados a un sistema particular de conocimientos tradicionales, como una forma de producir herramientas o de fabricar artesanía. Existe protección para los diseños que sean nuevos y originales, pero cabe la posibilidad de excluir la protección para los diseños dictados esencialmente por consideraciones técnicas o funcionales.

vii) *Derecho de autor y legislación conexas*

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

31. La protección del derecho de autor se ocupa de la forma de expresión y no aborda el contenido de los conocimientos como tales, y por consiguiente tiene mayor pertinencia para la protección de las expresiones culturales tradicionales que para los conocimientos tradicionales (véase el análisis complementario de carencias en materia de expresiones culturales tradicionales). No obstante, las normas internacionales sobre derecho de autor y derechos conexos pueden verse como una forma de proporcionar protección indirecta a los conocimientos tradicionales. En particular, el derecho de autor puede aplicarse a las descripciones de los conocimientos tradicionales contenidos en una base de datos, así como a las compilaciones de conocimientos tradicionales que están protegidas como compilaciones cuando “por la selección o disposición de las materias, constituyan creaciones intelectuales”. Sin embargo, este tipo de protección indirecta de los conocimientos tradicionales a través del derecho de autor no se extiende a los contenidos de los conocimientos tradicionales como tales; por tanto, los conocimientos técnicos y el contenido sustantivo de los conocimientos tradicionales podrían ser tomados y utilizados por terceros incluso cuando estuvieran contenidos en una base de datos protegida por el derecho de autor.

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

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

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

Instrumentos internacionales a los que se hace referencia: Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), Tratado Internacional de la FAO, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Directrices de Bonn, Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación (CNUCLD)

i) *Convenio sobre la Diversidad Biológica*

34. Existe una área específica de conocimientos tradicionales que está regida por el Convenio sobre la Diversidad Biológica, que requiere que cada una de las partes contratantes:

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

35. Las *Directrices de Bonn sobre el Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización*, que se describen como que ‘no vinculan jurídicamente ... [pero que poseen] una autoridad clara e indiscutible’ prevén cierta protección sobre los conocimientos tradicionales al recomendar que ‘[l]os proveedores deberían: ... Suministrar solamente recursos genéticos y/o proporcionar los conocimientos tradicionales, siempre y cuando tengan derecho a hacerlo así’ y que ‘Las Partes Contratantes, con usuarios de recursos genéticos bajo su jurisdicción, ... podrían examinar, entre otras cosas, ... medidas para promover la revelación ... del origen de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas y locales en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual’.

ii) *Tratado Internacional de la FAO*

36. Del mismo modo, en su tratamiento del ámbito específico de los conocimientos tradicionales, el Tratado Internacional de la FAO sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura establece que “cada Parte Contratante deberá, según proceda y con sujeción a su legislación nacional, adoptar las medidas pertinentes para proteger y promover los Derechos del agricultor, en particular: a) la protección de los conocimientos tradicionales de interés para los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura....”.

*iii) Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*

37. Los conocimientos tradicionales que poseen los pueblos indígenas como tales están protegidos por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, recientemente aprobada,<sup>10</sup> que es una declaración que puede considerarse una “disposición” o “posibilidad” que existe a nivel internacional. La Declaración estipula que:

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

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

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

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

---

<sup>10</sup> WIPO/GRTKF/IC/12/INF/6 (15 de febrero de 2008).

#### IV. CARENCIAS QUE EXISTEN A NIVEL INTERNACIONAL

*Ilustradas, en la medida de lo posible, mediante ejemplos específicos;*

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

- carencias en materia de *objetivos* de la protección expresados a nivel internacional;
- carencias en materia de mecanismos jurídicos internacionales establecidos para satisfacer dichos objetivos.

No obstante, es preciso realizar una consideración previa respecto del alcance del concepto de “conocimientos tradicionales”, objeto del análisis de carencias, que se abordará en primer lugar.

##### a) Carencias en materia de definición o determinación de los conocimientos tradicionales que habrán de protegerse

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

i) La distinción entre:

- “Conocimientos tradicionales” como descripción general de la materia, en general el patrimonio intelectual y cultural inmaterial, las prácticas y los sistemas de conocimiento de las comunidades tradicionales, particularmente de las comunidades indígenas y locales (conocimientos tradicionales en un sentido general o en sentido extenso), y
- “Conocimientos tradicionales” como objeto específico de derechos y atribuciones, centrado con más precisión en cuanto al contenido y el fondo de los conocimientos como tales (conocimientos tradicionales en un sentido concreto o en sentido escrito), que ha de distinguirse, por ejemplo, de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore (del mismo modo que el Comité ha encargado análisis de carencias diferenciados, aunque complementarios, sobre conocimientos tradicionales en el sentido concreto y sobre expresiones culturales tradicionales).

ii) La distinción entre:

- lo que puede caracterizarse generalmente como conocimientos tradicionales, y
- aquellos elementos de los conocimientos tradicionales que están o deberían estar especialmente sujetos a mecanismos jurídicos.

En consonancia con los supuestos de trabajo mencionados anteriormente, el Comité ha puesto en aplicación estas distinciones. Con relación a la primera distinción (subepígrafe i) *supra*), la expresión “conocimientos tradicionales” se emplea en el sentido más concreto para referirse a

el contenido o el fundamento de los conocimientos relativos a la actividad intelectual en un contexto tradicional, en particular, los conocimientos especializados, capacidades, innovaciones, prácticas y enseñanzas que forman parte de los sistemas de conocimientos tradicionales, y los conocimientos que entrañan el modo de vida tradicional de un pueblo o comunidad, o que están contenidos en sistemas codificados de conocimientos transmitidos de una generación a otra. El término no se limita a ningún ámbito concreto de la técnica, y puede abarcar los conocimientos agrícolas, medioambientales y medicinales, así como todo conocimiento derivado de los recursos genéticos.<sup>11</sup>

40. Los conocimientos tradicionales en este sentido son más amplios que las áreas más específicas de conocimientos (medicinales, relacionados con la biodiversidad o relativos a los recursos fitogenéticos) que se han determinado en otras áreas de la legislación y políticas públicas internacionales.

41. Con relación a la segunda distinción (subepígrafe i) *supra*), el Comité ha examinado en profundidad el principio de que, para poder protegerse mediante mecanismos jurídicos, los conocimientos tradicionales tendrán que:

- i) haberse creado y preservarse en un contexto tradicional y transmitirse de una generación a otra;
- ii) estar particularmente vinculados a un pueblo o comunidad indígena o tradicional, que los preserva y transmite de una generación a otra; y
- iii) ser parte integrante de la identidad cultural de un pueblo o comunidad indígena o tradicional que es reconocido como su titular porque sobre ellos ejerce su custodia, conservación, titularidad colectiva o responsabilidad cultural. Esta relación podría expresarse oficial u oficiosamente en las prácticas, protocolos o leyes consuetudinarios o tradicionales.<sup>12</sup>

42. Esto significaría que, para ser susceptibles de protección, en lugar de describirse en términos generales como “conocimientos tradicionales”, puede ser necesario que los conocimientos tengan un carácter intergeneracional, estén vinculados objetivamente a la comunidad de origen y mantengan una asociación subjetiva dentro de dicha comunidad, de manera que formen parte de la propia identidad de ésta.

b) Carencias en materia de objetivos o fundamentos políticos de la protección:

43. Entre las carencias en materia de objetivos políticos expresados a nivel internacional figuran los siguientes:

---

<sup>11</sup> Fuente: WIPO/GRTKF/IC/8/5.

<sup>12</sup> Fuente: WIPO/GRTKF/IC/8/5.

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

44. Varios de estos objetivos generales se abordan en cierta medida a través de instrumentos internacionales vigentes, si bien estos instrumentos sólo abarcan un subconjunto de la totalidad de los conocimientos tradicionales – por ejemplo, el CDB promueve el respeto y preservación de los conocimientos tradicionales relativos a la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad, pero no aborda expresamente otras formas de conocimientos tradicionales como los sistemas de conocimientos médicos codificados. El Tratado Internacional de la FAO sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura reconoce “la enorme contribución que han aportado y siguen aportando las comunidades locales e indígenas y los

agricultores ... a la conservación y el desarrollo de los recursos fitogenéticos que constituyen la base de la producción alimentaria y agrícola en el mundo entero”.

45. Por el contrario, la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas reconoce los derechos de los pueblos indígenas en particular (a diferencia de otros titulares de conocimientos tradicionales) a “mantener, controlar, proteger y desarrollar ... sus conocimientos tradicionales” y a “mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual ... [sobre dichos] ... conocimientos tradicionales”, siendo el ámbito de los conocimientos tradicionales a los que hace referencia mucho más amplio que en otros instrumentos vigentes.

c) Carencias en materia de mecanismos jurídicos vigentes

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

47. Por consiguiente, las carencias en materia de protección de los conocimientos tradicionales con relación a los mecanismos jurídicos específicos pueden caracterizarse en los siguientes términos:

- i) la materia no está prevista en la legislación vigente sobre propiedad intelectual;
- ii) no se reconoce a los beneficiarios o los titulares de los derechos;
- iii) no pueden impedirse formas de uso y otras acciones;
- iv) ausencia del derecho a obtener una remuneración u otros beneficios.

*i) La materia no está prevista en la legislación vigente sobre propiedad intelectual*

*Conocimientos tradicionales que no quedan contemplados por las formas de protección de la propiedad intelectual que existen.*

Comentario: Puede verse claramente que existe una carencia respecto de los conocimientos tradicionales que están excluidos en las formas convencionales de protección de la propiedad intelectual descritas en el punto A anterior. En algunos casos, estos conocimientos tradicionales pueden estar protegidos en virtud de las legislaciones nacionales sobre propiedad intelectual de acuerdo con las flexibilidades previstas con arreglo a la legislación internacional sobre propiedad intelectual. No obstante, en una lista indicativa de estos conocimientos tradicionales no protegidos podrían incluirse de forma lógica los siguientes:

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

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

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

Podría considerarse que este tipo de conocimientos están previstos en el CDB (conocimientos tradicionales relativos a la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad) y la FAO (conocimientos tradicionales relativos a los recursos fitogenéticos), con la obligación de ser protegidos expresada en términos generales. Estas disposiciones no lo hacen.

Carencia: La protección no se extiende a los conocimientos tradicionales acumulados, de titularidad colectiva y de carácter intergeneracional, salvo que satisfagan los criterios relativos a la información no divulgada o confidencial. No existen mecanismos directos para proteger los conocimientos tradicionales como objeto de protección en sí.

Carencia: La protección no se extiende a un sistema de conocimientos tradicionales integrados como tal y, en el mejor de los casos, la protección que existe puede solamente extenderse a determinados elementos aislados de conocimiento dentro de un sistema de conocimientos tradicionales.

Ejemplo: Una comunidad ha desarrollado un conjunto de aplicaciones útiles para una planta medicinal y ha elaborado un conocimiento sistemático de cómo debe cultivarse, cosecharse y posteriormente utilizarse la planta (incluida la combinación sinérgica con otros extractos vegetales) para tratar diversas enfermedades. Este sistema de conocimientos está asociado de manera característica a esta comunidad y se mantiene dentro de ésta a través de prácticas consuetudinarias. Las normas internacionales no permiten a esta comunidad impedir que otros tomen y utilicen elementos de estos conocimientos para un uso industrial y comercial sin ningún reconocimiento y sin ceder beneficios equitativos a cambio (aparte de los elementos de dichos conocimientos que estén patentados o que cumplan los criterios relativos a la información no divulgada).

ii) *No se reconoce a los beneficiarios o los titulares de los derechos*

*Reconocimiento de los derechos, intereses y atribuciones colectivas dentro de un sistema de conocimientos tradicionales*

Comentario: Los mecanismos jurídicos vigentes suelen basar la atribución de los derechos de propiedad intelectual en un individuo o pequeño grupo de individuos (como un inventor o inventores reconocidos). En cierta medida, algunas formas de propiedad intelectual pueden reconocer a una entidad colectiva el derecho a ejercer y beneficiarse de derechos sobre la materia protegida – por ejemplo, las indicaciones geográficas, las marcas colectivas y la protección de información de no divulgada, cuando una entidad colectiva, incluida una comunidad indígena o local reconocida jurídicamente, puede ser la titular o la beneficiaria. Sin embargo, en general, no existen sistemas de reconocimiento de la titularidad y custodia colectiva o comunitaria o de otras formas de autoridad o derechos sobre sus conocimientos o sobre elementos particulares de los conocimientos.

Esta carencia se aborda en parte a través de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, que prevé que “los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar ... sus conocimientos tradicionales ... [y] derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual ... [sobre dichos] ... conocimientos tradicionales”. Ahora bien, habida cuenta de su condición como instrumento internacional no vinculante, se trata de una declaración generadora de derechos más que un mecanismo jurídico específico directamente aplicable para abordar en la práctica esta carencia.

Carencia: Reconocimiento de los derechos de una comunidad indígena o local como tal con derechos, autoridad, custodia u otras atribuciones sobre conocimientos dentro de un sistema de conocimientos tradicionales que está asociado de forma característica a dicha comunidad.

Ejemplo: En el ejemplo anterior, la comunidad correspondiente no tendría actualmente, como comunidad, ningún derecho colectivo a emprender acciones ante formas de utilización o apropiación indebidas de sus conocimientos.

iii) *Formas de utilización indebida y acciones ilegítimas que no pueden impedirse en virtud de la legislación vigente*

*Una norma expresa frente al patentamiento ilegítimo de conocimientos tradicionales*

Comentario: No está permitido en virtud de los principios de la legislación internacional vigente en materia de patentes obtener legítimamente una patente sobre una invención cuando el solicitante no es el inventor verdadero o no ha obtenido el derecho a solicitarla directamente del inventor real. Además, el inventor tiene derecho a ser mencionado en el documento de patente. Tampoco es posible obtener una patente válida si la invención reivindicada no es nueva o es evidente. Sin embargo, no existe una norma expresa articulada específicamente contra este tipo de patentamiento ilegítimo, pese a que ello es coherente con los principios internacionales.

Carencia: No existe una expresión internacional formal donde se diga que no deben obtenerse patentes sobre conocimientos tradicionales como tales, tanto si los conocimientos tradicionales no son nuevos o resultarían evidentes para un especialista en los conocimientos tradicionales como persona experta en la materia, o si los conocimientos tradicionales constituyen una invención válida pero el especialista tradicional no está reconocido como inventor y no se ha obtenido de éste un derecho de propiedad adecuado.

Ejemplo: Una persona obtiene un conocimiento tradicional valioso mientras visita una comunidad indígena. Presenta dos solicitudes de patente sobre este conocimiento y se cita a sí misma como inventor sin hacer ninguna mejora significativa posterior sobre éste y sin informar al titular del conocimiento tradicional de quien ha obtenido el conocimiento. Una de las solicitudes de patente se trata de una invención genuinamente patentable: en este caso, el solicitante no tiene derecho a solicitar la patente, ya que el verdadero inventor es el especialista original en los conocimientos tradicionales y el solicitante no ha basado la solicitud en un título de propiedad legal obtenido del verdadero inventor. En la otra solicitud de patente se reivindica un conocimiento tradicional que ha sido divulgado públicamente: en ese caso, la patente sería también inválida debido a la falta de novedad.

*Un requisito específico de divulgación relativo a los conocimientos tradicionales*

Comentario: Varios países han establecido mecanismos específicos de protección preventiva relativos a los conocimientos tradicionales (así como a los recursos genéticos, que no se tratan en el presente análisis de carencias) en la forma de requisitos de divulgación mejorados en las legislaciones nacionales sobre patentes. Estos requisitos exigen al solicitante de la patente divulgar la fuente o el origen de los conocimientos tradicionales utilizados en la invención que se reivindica, y en algunos casos también a proporcionar pruebas del consentimiento fundamentado previo y la celebración de acuerdos para la participación equitativa en los beneficios. Este tipo de requisito no se ha establecido en la legislación internacional, si bien se ha formulado una propuesta, secundada por varios países, para revisar el Acuerdo sobre los ADPIC con el fin de introducir este requisito, y se han formulado varias propuestas también en la OMPI para introducir un requisito de este tipo.

Carencia: Un requisito específico para que los solicitantes de patentes revelen la fuente o el origen de los conocimientos tradicionales que hayan utilizado en la invención reivindicada, así como la posibilidad de aportar información sobre el consentimiento fundamentado previo y la participación equitativa en los beneficios.

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

Comentario: Existen diferentes análisis del alcance completo de la norma internacional vigente en el Convenio de París que exige la eliminación de la competencia desleal. El alcance requerido respecto de las acciones injustas que han de suprimirse en virtud de esta norma probablemente incluya al menos algunas formas de apropiación indebida o uso indebido de los conocimientos tradicionales, aunque es igualmente probable que no englobe todos los actos de este tipo, incluido cualquier uso comercial e industrial de los conocimientos tradicionales que se consideraría contrario a las prácticas comerciales honestas o contrario a la equidad.

Carencia: Un requisito explícito para impedir el enriquecimiento injusto o la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales.

Ejemplo: En el ejemplo anterior, esta carencia atañe al derecho a oponerse al uso por parte de un tercero de los conocimientos tradicionales de una comunidad o para interponer recursos frente a su uso, por ejemplo para producir remedios basados en “productos naturales” o medicinas que se obtengan directamente de dichos conocimientos y que utilicen directamente las propiedades conocidas del material biológico empleado de acuerdo con esos conocimientos.

#### *Consentimiento fundamentado previo*

Comentario: El CDB reconoce el derecho al consentimiento informado previo respecto del uso de recursos genéticos, y las Directrices de Bonn sugieren que esto podría aplicarse también a los conocimientos tradicionales relacionados con la biodiversidad. Ahora bien, no existe una norma internacional explícita en la que se reconozca expresamente el derecho al consentimiento informado previo respecto del uso de cualquier tipo de conocimiento tradicional.

Carencia: Un principio expreso sobre el consentimiento informado previo relativo a los conocimientos tradicionales que posea una comunidad indígena o local reconocida.

Ejemplo: Un investigadora etnobotánica está llevando a cabo un programa de investigación de campo relativo a los conocimientos tradicionales de una comunidad determinada. La investigadora no tiene obligación de obtener el consentimiento de la comunidad antes de recopilar los conocimientos, que entonces quedarán a su libre disposición para transmitirlos a otras personas, y a disposición de otras personas para utilizarlos comercial o industrialmente.

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

Comentario: Un usuario de conocimientos tradicionales normalmente no tiene la obligación de reconocer la fuente o el origen de los conocimientos. Además, el usuario no tiene obligación de tratar ese conocimiento con respecto, por ejemplo cuando determinados usos resultan ofensivos desde el punto de vista cultural, o cuando los conocimientos tradicionales se emplean de manera que menoscaban su autenticidad o integridad.

Carencia: Derecho a oponerse al uso de conocimientos tradicionales sin el reconocimiento explícito de la comunidad de origen de los conocimientos.

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

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

*iv) Ausencia del derecho a obtener una remuneración u otros beneficios.*

Comentario: Por analogía con el derecho a obtener una remuneración equitativa en algunos sistemas de propiedad intelectual, y de acuerdo con las teorías de la "responsabilidad pecuniaria" y el principio de la participación equitativa en los beneficios, se ha propuesto que los titulares de conocimientos tradicionales deberían tener derecho a recibir una parte equitativa de los beneficios que otras personas obtienen del uso de sus conocimientos, particularmente cuando este uso supone una ganancia financiera o comercial. (No obstante, los beneficios no tienen por qué ser en sí mismos financieros o monetarios, especialmente cuando ello va en contra de los valores o de los deseos expresos de la comunidad interesada.)

Carencia: Un derecho colectivo a atribuirse una remuneración equitativa u otro tipo de participación equitativa en los beneficios derivados del uso comercial de conocimientos tradicionales, u otra exacción de los beneficios obtenidos de los conocimientos tradicionales.

Ejemplo: Los conocimientos médicos tradicionales de una comunidad determinada se emplean para elaborar una línea de productos médicos de consumo de gran aceptación. Aparte de otras consideraciones (como el derecho a ser reconocida), la comunidad puede tener el derecho a participar de los beneficios de esta actividad comercial: esto no tiene por qué ser estrictamente en términos financieros (y puede que la comunidad no acoja satisfactoriamente esta monetización de sus conocimientos), sino que puede producirse en forma de beneficios no financieros como la participación en actividades de investigación, el desarrollo de la comunidad de modo adecuado desde el punto de vista cultural y la recolección sostenible de los materiales empleados.

## V. CONSIDERACIONES PERTINENTES PARA DETERMINAR SI HAN DE ABORDARSE ESAS CARENCIAS

48. Las consideraciones pertinentes para determinar si han de abordarse las carencias encontradas pueden clasificarse como sigue:

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

Las consideraciones de carácter institucional o relativas a procesos engloban cuestiones como si ya existe un proceso internacional que esté ocupándose de una carencia determinada, y el significado que ello tiene para la labor futura en cuanto a subsanar esa misma carencia. Un ejemplo de esto de la ampliación de los requisitos relativos a la divulgación de conocimientos tradicionales en el sistema de patentes que se encuentra bajo examen en varios foros. Aparte del debate sobre la cuestión sustantiva, también existe un debate relacionado con procesos sobre cuál debería ser el foro o foros adecuados para tratar sobre esta cuestión.

49. En comparación, las consideraciones de carácter sustantivo engloban cuestiones como estudiar si existen razones políticas convincentes para ocuparse de una carencia en particular. Así, por ejemplo, puede haber en principio un “vacío” legal respecto de la protección de los conocimientos tradicionales frente al uso privado no comercial, pero puede que esto no se vea como una prioridad política, comparado al menos con los usos comerciales lucrativos de los conocimientos.

50. Existen otras consideraciones que pueden relacionarse, no con determinar si ha de abordarse una carencia, sino con la forma de hacerlo: por ejemplo, si por medio de una ley internacional vinculante, del impulso político o de una ley tipo puede subsanarse mejor una carencia determinada. Estas consideraciones se examinarán en profundidad en la última sección del presente análisis de carencias.

### a) Consideraciones de carácter sustantivo

#### *i) Legislación y políticas internacionales*

51. El nuevo marco de derecho y política internacionales tocante a los conocimientos tradicionales puede crear la expectativa de que cabe la posibilidad de que sea preciso ajustar las normas sobre protección de la propiedad intelectual para corregir las carencias percibidas. En otras palabras, las modificaciones y productos resultantes en el ámbito del derecho internacional público pueden verse como una “consideración” pertinente para determinar si deben subsanarse las carencias: podría pensarse que un resultado jurídico o político en un área conexas pone de relieve una carencia a nivel de detalle en el sistema de la legislación sobre propiedad intelectual. Entre los avances de interés, que abarcan tanto la legislación internacional vinculante como otras directrices políticas, como las declaraciones, figuran los siguientes:

- La suscripción y entrada en vigor del artículo 8.j) del CDB, que prevé el reconocimiento, la promoción y la protección de los conocimientos tradicionales relacionados con la biodiversidad.
- La adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, que articula un conjunto amplio de derechos que influyen directamente en los conocimientos tradicionales como tales y en la propiedad intelectual relativa a los conocimientos tradicionales.
- La firma y entrada en vigor del Tratado Internacional de la FAO sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, que requiere la protección de los conocimientos tradicionales que atañen a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura.
- El creciente reconocimiento de los conocimientos tradicionales como consideración política fundamental en materia de salud pública (en particular, en el informe de la Comisión de Derechos de Propiedad Intelectual, Innovación y Salud Pública de la Organización Mundial de la Salud y la estrategia mundial sobre salud pública, innovación y derechos de propiedad intelectual adoptada por la Asamblea Mundial de la Salud en mayo de 2008).
- La Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación, que prevé obligaciones dirigidas a proteger, promover y utilizar las tecnologías, los conocimientos, la experiencia y las prácticas tradicionales y locales pertinentes.
- Habida cuenta de los vínculos que existen entre los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales, la creación de mecanismos jurídicos y políticos más robustos relacionados con la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial y la promoción de la diversidad cultural puede tener una influencia en la protección de los conocimientos tradicionales (aunque estas áreas de políticas tienen una mayor pertinencia directa para la protección de las expresiones culturales tradicionales como tales, por lo que, en consecuencia, habrá de hacerse referencia al análisis de carencias en materia de expresiones culturales tradicionales con relación a esta esfera política).

52. En el seno de la OMPI, existen dos consideraciones particulares que pueden tener pertinencia de cara a abordar algunas de las carencias encontradas en el presente proceso:

- En el contexto del Programa de la OMPI para el Desarrollo, bajo consideración del Comité sobre Desarrollo y Propiedad Intelectual (véase, por ejemplo, el documento CDIP/1/3), la propuesta 18 plantea lo siguiente:

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

- La Asamblea General de la OMPI, en su reunión de septiembre de 2007, también decidió, al renovar el mandato del Comité que “la nueva labor del Comité Intergubernamental se centrará, en particular, en considerar la dimensión internacional de esas cuestiones, sin perjuicio de la labor que se lleve a cabo en otros foros ... no se exclu[irá] ningún resultado de esa labor, incluida la posible elaboración de un instrumento o instrumentos internacionales”, y se instó al Comité Intergubernamental “a acelerar su labor”.

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

53. Entre las consideraciones de carácter social, cultural, político y económico que cabe considerar pertinentes se encuentran las siguientes:

- El hincapié que hacen muchos representantes de comunidades y gobiernos sobre la reclamación de las injusticias producidas por la apropiación y uso indebidos de los conocimientos tradicionales.
- La función de los conocimientos tradicionales en el desarrollo sostenible a nivel local.
- Los vínculos que existen entre la protección de los conocimientos tradicionales y la preservación de la identidad cultural y social de las comunidades indígenas y locales.
- El creciente interés por los conocimientos tradicionales en una gran cantidad de aplicaciones industriales y comerciales.
- El valor y la aplicación práctica de los conocimientos tradicionales para hacer frente al cambio medioambiental y al cambio climático.
- La creciente referencia a los conocimientos tradicionales en diversos contextos regulatorios, como en la elaboración de impactos medioambientales y la evaluación de la seguridad y eficacia de los medicamentos.

*iii) Importancia de la protección de los conocimientos tradicionales en los contextos más generales de la formulación de políticas y la reglamentación*

54. Tal como ha puesto de manifiesto el conjunto de mecanismos jurídicos y políticos descritos anteriormente en el apartado i), los conocimientos tradicionales están siendo mencionados cada vez con mayor frecuencia y utilizados de forma activa en muchos contextos de formulación de políticas; entre ellos, los siguientes:

- La protección de la biodiversidad y el uso equitativo de sus beneficios.
- El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.
- El fomento de la seguridad alimentaria y la promoción de la diversidad de cultivos para la alimentación.
- Garantizar el acceso a la salud de forma adecuada desde el punto de vista cultural.
- El desarrollo sostenible a nivel local.
- La disminución y mitigación del cambio climático.

- El creciente solapamiento entre los conocimientos tradicionales como tales y las disciplinas formales de la biotecnología.
- La contribución de los sistemas de conocimientos tradicionales a la innovación y la diversidad cultural.

b) Consideraciones relativas a procesos o de carácter formal

*i) Procedimientos específicos o consideraciones de carácter formal*

55. Aparte de estas cuestiones políticas más generales, existen consideraciones más concretas que podrían considerarse pertinentes para abordar las carencias encontradas; entre éstas, figuran las siguientes:

- El hecho de que muchos procesos nacionales o regionales están ya elaborando una protección más robusta de los conocimientos tradicionales, lo que sugiere que podría haber dificultades, impedimentos u otro tipo de obstáculos si no se produce un avance en la dimensión internacional con el fin de establecer una plataforma común para sistemas nacionales o regionales diferentes de protección de los conocimientos tradicionales.
- Las posibles repercusiones sistémicas derivadas de la falta de claridad en la legislación internacional sobre propiedad intelectual en áreas que tienen pertinencia para los conocimientos tradicionales y los sistemas de conocimientos tradicionales y de innovación.
- Los posibles beneficios derivados de la reducción de la incertidumbre jurídica relacionada con cuestiones relativas a la posible titularidad o a responsabilidades sobre la custodia relacionadas con los conocimientos tradicionales.
- Los costos y beneficios resultantes de un enfoque internacional común respecto de las cuestiones relativas a la protección de los conocimientos tradicionales.

*ii) Consideraciones que se contraponen específicamente a abordar las carencias*

56. En el seno del Comité también se han planteado propuestas de consideraciones particulares que podrían oponerse a la búsqueda de soluciones ante las carencias encontradas; entre éstas, figuran las siguientes:

- La posibilidad de que resulte prematuro subsanar determinadas carencias, incluso cuando estén claramente definidas, habida cuenta de la necesidad de acumular y compartir más experiencia a nivel nacional como condición previa para unos resultados internacionales más claros.
- La diversidad de los conocimientos tradicionales y de las comunidades que los poseen, que puede poner límites a la dimensión internacional de la actividad normativa.
- La incertidumbre sobre los derechos y atribuciones de los titulares extranjeros de derechos, como las comunidades titulares de conocimientos tradicionales que pertenecen a contextos culturales y sociales radicalmente diferentes.

- La posible necesidad de establecer procesos de consulta más robustos y variados antes de pasar a resultados políticos y jurídicos de alto nivel que resultarían difíciles y costosos de revisar una vez concluidos.

VI. OPCIONES QUE EXISTEN O PUEDEN PERFILARSE PARA HACER FRENTE A CUALQUIER CARENCIA QUE SE HAYA PUESTO DE MANIFIESTO

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

57. En el ámbito internacional, en el documento WIPO/GRTKF/IC/12/6 y en los documentos precedentes en esta serie se determina que existen las opciones siguientes:

- i) un instrumento o instrumentos internacionales vinculantes;
- ii) interpretaciones o explicaciones autorizadas o convincentes de los instrumentos jurídicos vigentes;
- iii) un instrumento o instrumentos internacionales no vinculantes;
- iv) una resolución, declaración o decisión de alto nivel, por ejemplo, una declaración política internacional en la que se defiendan los principios fundamentales, se estipule una norma contra la apropiación y utilización indebidas, y se establezca el carácter prioritario de las necesidades y expectativas de los titulares de las expresiones culturales tradicionales y conocimientos tradicionales en lo que a políticas se refiere.
- v) el fortalecimiento de la coordinación internacional por medio de directrices o leyes tipo;
- vi) la coordinación de los avances nacionales en materia legislativa
- vii) la coordinación y cooperación en materia de creación de capacidades y de iniciativas prácticas.

A continuación se examinan una a una.

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

- i) *Un instrumento o instrumentos internacionales vinculantes*

58. Un instrumento vinculante que aborde cualquier carencia específica en materia de protección obligará a las Partes Contratantes a aplicar las normas prescritas en su legislación nacional como una obligación contraída en virtud del derecho internacional. Entre los posibles medios cabe citar los instrumentos jurídicos independientes, los protocolos de los instrumentos vigentes o los acuerdos especiales establecidos con arreglo a los acuerdos vigentes. Los tratados de la OMPI se han convertido en obligatorios en virtud del derecho internacional gracias a la decisión de las partes interesadas de adherirse a ellos; otros países no están obligados por el tratado como tal (en algunos casos han decidido aplicar las normas establecidas por el tratado sin adherirse oficialmente a él de pleno derecho, por ejemplo en el ámbito de las clasificaciones de la propiedad industrial). Sería necesario un procedimiento distinto de elaboración de tratados (por lo general, una conferencia diplomática) para negociar un instrumento de esta clase. El tratado sería vinculante únicamente en los países que opten por adherirse a él por medio de una ley de ratificación o adhesión específica.

59. Los instrumentos de carácter vinculante pueden adoptar la forma de convenciones marco o normativas que sirvan de base o plataforma normativa para el desarrollo normativo y para lograr una mayor convergencia y transparencia de las iniciativas nacionales en materia de política. Posteriormente, podrán negociarse determinados mecanismos jurídicos internacionales que conlleven unas obligaciones más precisas en forma de protocolos del acuerdo marco original.

En el marco del Comité Intergubernamental: Muchas delegaciones han solicitado que se elabore un instrumento o instrumentos internacionales vinculantes como resultado final de la labor del Comité, y un grupo regional ha planteado los aspectos generales de ese tipo de instrumento (WIPO/GRTKF/IC/6/12). El Comité y la Asamblea General de la OMPI no están facultados para crear derecho internacional vinculante, y sería necesario un proceso por separado para concluir ese tipo de texto y para que éste último entre en vigor con efecto jurídico en los países que se adhieran a él.

Ejemplos en ámbitos conexos: El Convenio sobre la Diversidad Biológica, la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, el Tratado Internacional de la FAO sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, la Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, el Convenio N.º 169 de la OIT, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

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

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

60. Las interpretaciones autorizadas o convincentes de los instrumentos jurídicos vigentes pueden demandar, orientar o alentar la interpretación de las obligaciones existentes para subsanar en parte cualquier carencia que se haya determinado que existe respecto de la protección de los conocimientos tradicionales. Las opciones existentes van del protocolo de un tratado existente a la declaración persuasiva de carácter no vinculante. Esta opción puede crear derecho vinculante pero no tiene por qué ser vinculante en sí misma. No obstante, puede influir en la interpretación de las normas del Tratado y en la orientación práctica que se suministra a los encargados de formular políticas nacionales sobre la base de las normas internacionales acordadas. De este modo, se puede ofrecer orientación más precisa sobre la manera de aplicar las normas internacionales, sin crear obligaciones específicas. Sin tener en cuenta la condición jurídica concreta de este texto, cabe observar que, entre otras cosas, en la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública figuran orientaciones sobre la manera en que debe interpretarse el Acuerdo sobre los ADPIC.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Párrafo 5.a): Al aplicar las normas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público, cada disposición del Acuerdo sobre los ADPIC se leerá a la luz del objeto y fin del Acuerdo tal como se expresa, en particular, en sus objetivos y principios.

En el marco del Comité Intergubernamental: El Comité ha considerado la posibilidad de interpretar o adaptar las normas internacionales vigentes contra la competencia desleal para incluir explícitamente los actos de apropiación indebida, lo que puede efectuarse por medio de una interpretación de forma o extensión por analogía del artículo 10*bis* del Convenio de París.

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

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

*iii) Un instrumento normativo internacional no vinculante*

61. Mediante un instrumento no vinculante (“Derecho indicativo”) se podría recomendar o alentar a los países a aplicar determinadas normas en su legislación nacional y en otros procesos y políticas de índole administrativa que estén al margen de la actividad legislativa, o simplemente proporcionar el marco de coordinación de los países que decidan respetar el enfoque convenido. Una de las opciones podría ser adoptar una recomendación oficial o un instrumento de Derecho indicativo. Otras organizaciones internacionales han elaborado dichos instrumentos en esferas relacionadas con la labor del Comité, y se enumeran a continuación. Varios de esos instrumentos se convirtieron ulteriormente en instrumentos jurídicos vinculantes. La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue redactada como instrumento no vinculante. El concepto de instrumento no vinculante o de Derecho indicativo puede superponerse a las declaraciones políticas y a otras formas de compromiso político. Los instrumentos no vinculantes y otros textos similares, como las leyes y disposiciones tipo, se superponen en gran medida.

En el marco del Comité Intergubernamental: Como se ha observado, ningún instrumento que surja del Comité o que sea adoptado por la Asamblea General podría tener efectos jurídicos vinculantes de por sí. El Comité ha realizado una amplia labor sobre los objetivos y los principios de la protección de los conocimientos tradicionales, las opciones y mecanismos de protección de los conocimientos tradicionales, las directrices de examen de las patentes relacionadas con los conocimientos tradicionales y las directrices relativas a los aspectos de la propiedad intelectual que guardan relación con el acceso y la participación en los beneficios, y cabe remitir esos documentos en alguna forma a la Asamblea General y a otros órganos de la OMPI para que sean adoptados o reconocidos como orientación no vinculante y como base para el posterior desarrollo normativo.

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

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

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

62. Una opción que se ha debatido en documentos anteriores es la declaración de alto nivel o declaración conjunta de las Asambleas pertinentes de la OMPI. En los temas de esa declaración se podría reflejar la labor actual en relación con los objetivos y principios y podría abordar en parte las carencias establecidas en el presente análisis o en otros trabajos del Comité; por ejemplo, se podría reconocer el valor y la importancia de los conocimientos tradicionales; hacer hincapié en la necesidad de facultar a los titulares o custodios tradicionales para que defiendan sus intereses en relación con los conocimientos tradicionales y que los utilicen como base para promover un desarrollo económico y cultural sostenible; establecer los objetivos y principios de protección fundamentales; instar a los Estados miembros a que apliquen activamente estos objetivos y principios en su labor encaminada hacia una mejor protección nacional e internacional; y fijar los objetivos de la labor futura, en particular la elaboración de un instrumento o instrumentos más específicos. Este enfoque no tiene por qué impedir ni demorar el desarrollo ulterior de una legislación vinculante internacional y, en algunos casos, dichos textos se han utilizado como base para negociar instrumentos vinculantes (un ejemplo de ello es la elaboración del Tratado Internacional de la FAO a partir del Compromiso Internacional, que no era vinculante). Las recomendaciones conjuntas de la OMPI se han aplicado y tenido en cuenta de forma generalizada, por ejemplo en el ámbito de las marcas, y se han reconocido y aplicado en otros instrumentos jurídicos.

En el marco del Comité Intergubernamental: Se ha planteado en el debate general del Comité la posibilidad de elaborar ese tipo de texto. Entre las opciones disponibles figura formular una recomendación para que la Asamblea General de la OMPI (posiblemente junto con otros órganos de la OMPI) adopte una decisión en el sentido de que se elabore una declaración política de alto nivel, reconociendo los avances realizados hasta la fecha, y se establezca el orden del día de la labor futura de la OMPI en esos ámbitos.

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

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

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

63. Las directrices o leyes tipo se han utilizado hasta ahora para expresar un enfoque internacional común y para ayudar a coordinar la elaboración de leyes y políticas a escala nacional, y en particular para abordar las carencias como las que se han puesto de manifiesto en el presente análisis, sin adoptar un instrumento internacional específico. De este modo, se pueden sentar las bases de las actividades de cooperación, convergencia y compatibilidad recíproca entre las iniciativas nacionales para la protección de los conocimientos tradicionales, y establecer además los cimientos de instrumentos internacionales con carácter más oficial. En la práctica, tal vez sea difícil distinguir entre las directrices o leyes tipo y las normas de Derecho indicativo expuestas anteriormente. Ya existen varias directrices, marcos y leyes tipo en esferas directamente relacionadas con la labor del Comité.

64. Varios instrumentos internacionales de gran influencia para la protección de los conocimientos tradicionales han sido creados como instrumentos no vinculantes con capacidad para determinar las obligaciones jurídicas establecidas en las legislaciones nacionales (como la Ley Modelo Africana para la protección de los derechos de las comunidades locales, los agricultores y los obtentores, y para la regulación del acceso a los recursos biológicos, establecida en 2000, y el Marco Regional para el Pacífico relativo a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones de la cultura, de 2002). Estos modelos han servido a su vez para examinar y debatir la cuestión de la protección en el seno del Comité y, por lo tanto, para elaborar el proyecto de objetivos y principios que se está examinando ahora. Anteriormente, se había señalado que “aunque se trata claramente de una cuestión que los miembros del Comité han de examinar y definir, la experiencia en otros ámbitos sugiere la posibilidad de adoptar un enfoque gradual, en el que a partir de un mecanismo que delimite las normas internacionales y promueva el enfoque que se desea dar a las normas nacionales respecto de la protección, se vayan

creando mecanismos más elaborados o revisados, que generen expectativas más elevadas de cumplimiento y tengan un mayor efecto jurídico”.

En el marco del Comité Intergubernamental: Los objetivos y principios para la protección de los conocimientos tradicionales, elaborados sobre la base de la labor del Comité y bajo su orientación, ya han sido ampliamente utilizados como puntos de referencia para la protección en instrumentos regionales, procesos internacionales y procesos normativos y legislativos nacionales. Aunque no sean adoptados o aprobados en su forma actual, pueden dotar de contenido a determinadas directrices o leyes tipo. Anteriormente, el Comité había declinado la propuesta de elaborar disposiciones tipo sobre mecanismos de divulgación en el ámbito de las patentes relativas a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales. El Comité ha acordado varios principios para la elaboración de directrices relativas a los aspectos de la propiedad intelectual que guardan relación con el acceso y la participación equitativa en los beneficios derivados de los recursos genéticos, y ha examinado varios proyectos de directrices a ese respecto. El Comité ha examinado varios proyectos de directrices para el examen de las patentes relacionadas con los conocimientos tradicionales.

Ejemplos en ámbitos conexos: Las directrices voluntarias *Akwe: Kon* para la realización de evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales y sociales, las Directrices de Bonn sobre el acceso a los recursos genéticos y la justa y equitativa distribución de los beneficios resultantes de su utilización; la Ley Modelo Africana para la protección de los derechos de las comunidades locales, los agricultores y los obtentores, y para la regulación del acceso a los recursos biológicos; el Código Internacional de Conducta de la FAO sobre la distribución y el uso de los pesticidas; el Código de Conducta de la ONUDI para la liberación de OGM en el medio ambiente.

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

vi) *Coordinación de los avances nacionales en materia legislativa*

65. Muchos países se dedican actualmente a la elaboración de nuevas leyes y políticas en relación con la protección de los conocimientos tradicionales (en algunos casos abordando también las expresiones culturales tradicionales o del folclore). Estos países han manifestado gran interés en conocer las medidas adoptadas por otros gobiernos y órganos regionales y las experiencias vividas en su aplicación. Su finalidad es asegurar la aplicación de las “prácticas recomendadas” y promover la coherencia y armonía de las leyes nacionales, ya que es necesario que los diferentes sistemas jurídicos nacionales interactúen de manera adecuada. Una consecuencia de elaborar material internacional, aunque sea un borrador, podría ser alentar y apoyar esta coordinación de las iniciativas nacionales y regionales cuando lo deseen los gobiernos interesados. Se sabe de manera extraoficial, teniendo en cuenta el creciente número de peticiones de apoyo al fortalecimiento de la capacidad, que muchos gobiernos han decidido

avanzar con carácter prioritario en la promoción de la protección nacional de los conocimientos tradicionales, pero tienen interés por que se desarrolle un enfoque coherente en el que los gobiernos puedan intercambiar experiencias de manera estructurada, garantizar una coherencia razonable y evitar estrategias conflictivas. Tal vez una forma de instrumento no vinculante sea útil en este proceso. Aunque se base fundamentalmente en la legislación nacional, incluso la síntesis de la legislación nacional y los textos conexos puede influir en calidad de “Derecho indicativo” en la dimensión internacional, promoviendo la coherencia y la compatibilidad entre las legislaciones nacionales y fortaleciendo la base común de la protección colectiva a escala internacional.

En el marco del Comité Intergubernamental: Los objetivos y principios de la protección de los conocimientos tradicionales constituyen en gran medida una síntesis de la práctica legislativa de los Estados miembros para proteger los aspectos de los conocimientos tradicionales mediante la propiedad intelectual y los mecanismos que ésta ofrece: los documentos ofrecen amplias referencias en las que se explican las fuentes de la legislación de los Estados miembros. En el documento WIPO/GRTKF/IC/9/INF/5 (protección de los conocimientos tradicionales) se ofrecen amplios análisis de la manera en que los Estados miembros han aplicado estos principios y objetivos. Otros recursos elaborados por el Comité son el Resumen comparativo de la legislación *sui generis* para la protección de las expresiones culturales tradicionales (WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3); el Resumen comparativo de disposiciones jurídicas y leyes *sui generis* vigentes a escala nacional para la protección de los conocimientos tradicionales (WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4); un primer estudio preparado por el CDB sobre los mecanismos de divulgación de las patentes relativas a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales, basado en un amplio estudio de la práctica de los Estados miembros, y los cuestionarios sobre la protección de las expresiones culturales tradicionales/el folclore y los conocimientos tradicionales.

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

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

vii) *Coordinación y cooperación en la creación de capacidad y las iniciativas prácticas.*

66. En el análisis de carencias se solicita el estudio de las “opciones jurídicas y de otra índole”. Puesto que la protección efectiva de los conocimientos tradicionales requiere un conjunto de medidas prácticas y de creación de capacidad con el fin de llevar a la práctica o complementar las medidas jurídicas, podría ser necesario efectuar un análisis de carencias completo para abordar la necesidad, si es que existe, de disponer de medidas internacionales dirigidas a coordinar, cooperar y aplicar en la práctica estas medidas prácticas y de creación de capacidad. En una Mesa Redonda de la OMPI celebrada en diciembre de 2007 se examinaron las necesidades de creación de capacidad de las comunidades y las estrategias más adecuadas para satisfacerlas. Las

posibles medidas prácticas y de creación de capacidad podrían plantearse dentro de las categorías siguientes:

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

67. Ha seguido avanzándose en la labor de creación de material de apoyo para responsables políticos, negociadores y legisladores que tratan de hacer frente a las carencias encontradas, que incluye lo siguiente:

- Recursos para la elaboración de leyes y formulación de políticas, en particular disposiciones tipo, bases de datos de leyes e instrumentos políticos y análisis de opciones políticas y mecanismos jurídicos, con el fin de apoyar y asistir los procesos legislativos y de formulación de políticas.
- Análisis de cuestiones jurídicas, como la legislación y práctica en materia de propiedad intelectual, que influyen en la protección de los conocimientos tradicionales y el reconocimiento de las leyes consuetudinarias, con el fin proporcionar información de referencia a legisladores y responsables políticos.
- Estudio de los posibles métodos adecuados de consulta a las comunidades y de desarrollo legislativo de éstas

*Fortalecimiento de la capacidad práctica de los titulares de conocimientos tradicionales*

68. En sintonía con la observación general de que ningún instrumento jurídico ni conjunto de normas legales, ya sea en vigor o previstos, será efectivo para satisfacer las necesidades de los titulares de conocimientos tradicionales salvo que se ponga a disposición de dichos titulares de conocimientos tradicionales los recursos y capacidad necesarios para asegurar que los principios se aplican en la práctica, la labor ha de centrarse en la elaboración de material de apoyo para los titulares de conocimientos tradicionales, en particular lo siguiente:

- Modelos y bases de datos de protocolos, licencias y acuerdos comunitarios para acceder a los conocimientos tradicionales, con vistas a reforzar la capacidad de los titulares de conocimientos tradicionales para crear protocolos, licencias u otros acuerdos que rijan el acceso a sus conocimientos tradicionales.
- Apoyar a las comunidades a describir y promover sus intereses durante el proceso de documentación de los conocimientos tradicionales, especialmente en la forma de proyecto de guía de documentación de los conocimientos tradicionales.
- Modelos, bases de datos y directrices sobre la participación equitativa en los beneficios para el acceso a los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos conexos.
- Material de sensibilización, casos prácticos y análisis jurídicos sobre cuestiones como el reconocimiento de las leyes consuetudinarias adaptados a las necesidades de las comunidades titulares de conocimientos tradicionales.

*Fortalecimiento y orientación de las instituciones*

69. Puesto que con frecuencia se apela a las instituciones nacionales, científicas y educativas y a otras autoridades como las oficinas de patentes para que desempeñen un papel activo a la hora de asegurar que se subsanan las carencias relacionadas con la protección de los conocimientos tradicionales en favor de sus titulares, se ha avanzado en la labor encaminada a elaborar material práctico destinado a estas instituciones y autoridades, como el siguiente:

- Protocolos tipo, políticas recomendadas y directrices sobre prácticas óptimas para instituciones con responsabilidades en la recolección o mantenimiento de colecciones de conocimientos tradicionales, como museos, instituciones etnográficas, autoridades nacionales e instituciones docentes y de investigación.
- Directrices y recomendaciones para el examen de patentes relativas a conocimientos tradicionales.
- Orientaciones sobre medidas destinadas a asegurar que las comunidades sean capaces de describir y promover sus intereses durante el proceso de documentación de los conocimientos tradicionales, especialmente en la forma de proyecto de guía de documentación de los conocimientos tradicionales.
- Normas para la documentación de conocimientos tradicionales, en especial medidas destinadas a asegurar que se documenta la identidad y los requisitos de los titulares de los conocimientos tradicionales junto con los propios conocimientos tradicionales.
- Estudios sobre cuestiones políticas y jurídicas, como los mecanismos de divulgación de las patentes y las normas bioéticas que influyen sobre los conocimientos tradicionales.

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

70. La coordinación y cooperación en las áreas del fortalecimiento de la capacidad y las iniciativas prácticas a nivel internacional deberá incluir el tipo de cooperación, coordinación e intercambio de información técnica y de otro tipo de material entre instituciones que ha llevado a cabo la OMPI en cooperación con otros organismos, como el CDB, la FAO, el South Centre, la UNCTAD, el PNUMA, la UNESCO y la OMS, así como con ONG y otros actores internacionales que se ocupan de los conocimientos tradicionales y cuestiones conexas.

*Sensibilización y creación de capacidad entre el público en general*

71. Una carencia clara es la importante ausencia de conciencia y entendimiento de los conocimientos tradicionales, los sistemas de conocimientos tradicionales y su contexto cultural e intelectual por parte del público en general y de los responsables políticos, representantes del mundo empresarial y las organizaciones de la sociedad civil internacionales. Subsanan esta carencia entrañaría iniciativas como las siguientes:

- Casos prácticos, análisis y sesiones informativas.
- Misiones de investigación y consultas.
- Actividades educativas y de formación.
- Estudios de las experiencias nacionales.
- Perspectivas generales de las opciones jurídicas y políticas.

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

72. Algunas medidas dirigidas a subsanar las carencias encontradas pueden resultar especialmente adecuadas en el contexto regional o subregional, que reflejen los beneficios de la creación de normas, instituciones y medidas prácticas comunes que reflejen culturas jurídicas y sistemas de conocimientos tradicionales compartidos o que se solapen entre sí. Además, existen varias organizaciones regionales que ya desempeñan un papel activo tanto en la elaboración de nuevos instrumentos jurídicos como en la labor de creación de capacidad práctica con el fin de reforzar la protección de los conocimientos tradicionales. Muchas de las medidas internacionales descritas anteriormente podrían aplicarse igualmente bien en el plano regional. En el examen previo de las medidas internacionales se citan varios ejemplos. Entre las categorías generales de posibles medidas figuran las siguientes:

- Instrumentos jurídicos concertados a nivel regional, subregional o bilateral, especialmente instrumentos *sui generis* y legislación convencional en materia de propiedad intelectual.
- Declaraciones políticas o de índole política proclamadas a nivel regional, subregional o bilateral.
- Leyes tipo y otras formas de orientación legislativa adoptadas a nivel regional.
- Protocolos tipo, directrices, y recomendaciones sobre prácticas óptimas adoptadas a nivel regional o subregional.
- Iniciativas y programas regionales, subregionales y bilaterales para apoyar la creación de capacidad en las comunidades con relación a los conocimientos tradicionales.

c) Opciones jurídicas o de otra índole a nivel nacional:

73. Muchos estados y comunidades dentro de esos estados han emprendido iniciativas concretas para elaborar y llevar a la práctica opciones jurídicas y de otra índole con el fin de subsanar las carencias en materia de protección jurídica de los conocimientos tradicionales. El presente análisis de carencias no pretende llevar a cabo un estudio exhaustivo, si bien cabe mencionar brevemente las siguientes:

- Legislación destinada a proteger los conocimientos tradicionales, en particular instrumentos *sui generis* y adaptaciones o revisiones de la legislación convencional en materia de propiedad intelectual.
- Marcos políticos y mecanismos administrativos dirigidos a promover y proteger los conocimientos tradicionales, especialmente dentro de áreas específicas como la medicina y la salud pública, el medio ambiente y la agricultura.
- Protocolos tipo, directrices, y recomendaciones sobre prácticas óptimas adoptadas por las autoridades nacionales u otras instituciones.

- Iniciativas y programas nacionales para apoyar la creación de capacidad en las comunidades con relación a los conocimientos tradicionales

Los pormenores de estas opciones se describen, por ejemplo, en el documento  
WIPO/GRTKF/IC/9/INF/5

[Sigue el Anexo]

## ANNEX

### MATRIZ DEL ANÁLISIS DE CARENCIAS

Esta matriz corresponde a los elementos mencionados en los apartados a) a d) de la decisión del Comité Intergubernamental de la OMPI, tal como requiere la decisión. A continuación de un cuadro resumen figura la matriz completa con el material tratado en el análisis de carencias anterior.

### ÍNDICE DEL ANEXO

#### RESUMEN DE LA MATRIZ

- A. MEDIDAS EXISTENTES
- B. LAGUNAS QUE EXISTEN A NIVEL INTERNACIONAL
- C. CONSIDERACIONES PERTINENTES PARA DETERMINAR SI ES POSIBLE COLMAR ESAS LAGUNAS
- D. OPCIONES QUE EXISTEN O PUEDEN PERFILARSE PARA HACER FRENTE A CUALQUIER LAGUNA QUE SE HAYA PUESTO DE MANIFIESTO

I. RESUMEN DE LA MATRIZ

<b>Aspectos de la protección de los CC.TT.</b>	<b>a) medidas existentes</b>	<b>b) carencias encontradas</b>	<b>c) y d) consideraciones y opciones</b>
<p>Objetivos y principios de la protección de la P.I. aplicados a los CC.TT.</p>	<p>Instrumentos del derecho internacional público vigente (no relacionado con la P.I.) sobre los derechos de los pueblos indígenas, el medio ambiente (incluidas la biodiversidad y los recursos genéticos), la agricultura.</p>	<p>Declaración autorizada sobre la función de la legislación y las políticas en materia de P.I. que abordan cuestiones de políticas públicas relacionadas con los CC.TT.</p>	<p>Tratado internacional o declaración en que se establezca un marco para la protección de los CC.TT. en el sistema de la P.I. donde:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- se expresen los objetivos de la protección;</li> <li>- se articulen principios generales de protección.</li> </ul> <p>Consideraciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- función de los instrumentos del derecho imperativo e indicativo;</li> <li>- aspectos políticos frente a aspectos jurídicos de las cuestiones;</li> <li>- enfoque internacional coordinado frente a iniciativas nacionales autónomas;</li> <li>- beneficios de una base política más firme y principios establecidos de forma general para la labor futura sobre protección jurídica.</li> </ul>
<p>Definición de CC.TT. susceptibles de protección</p>	<p>CC.TT. protegidos por los instrumentos jurídicos vigentes no relacionados con la P.I. sin una definición jurídica precisa</p> <p>Definición de trabajo en el Comité</p>	<p>Definición de trabajo de los CC.TT.:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- en general;</li> <li>- como objeto concreto de protección jurídica.</li> </ul>	<p>Definición de CC.TT. de carácter vinculante desde el punto de vista jurídico:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- certidumbre y claridad jurídicas, si bien puede que no capten la plena diversidad de los CC.TT. y los sistemas de conocimientos y de las comunidades titulares de CC.TT.</li> <li>- vinculada a la cuestión del alcance de la protección y los beneficiarios;</li> </ul> <p>Caracterización internacional acordada de los</p>

<b>Aspectos de la protección de los CC.TT.</b>	<b>a) medidas existentes</b>	<b>b) carencias encontradas</b>	<b>c) y d) consideraciones y opciones</b>
	Intergubernamental		CC.TT. sin fuerza jurídica vinculante: - mayor nivel de claridad, base de trabajo más firme; - sin prejuzgarse cuestiones jurídicas y políticas más profundas.
Protección positiva de patentes	Sistema de patentes establecido, especialmente las normas y procedimientos del Acuerdo sobre los ADPIC y del PCT	Ausencia de protección para: (i) la innovación colectiva acumulada a través de generaciones; (ii) los sistemas de CC.TT. como tales.	Examinar o adaptar los criterios y normas de patentabilidad para reconocer los sistemas de CC.TT. y los intereses colectivos: - a nivel internacional para seguir una estrategia coordinada; - a nivel nacional y regional para lograr la máxima flexibilidad.  Establecer una protección <i>sui generis</i> (véase más adelante).
Protección preventiva de patentes	Medidas específicas en el PCT, la CIP y el CIG para reconocer los CC.TT.	Ausencia de una norma internacional acordada sobre un mecanismo específico de divulgación de los CC.TT. y los recursos genéticos conexos: - propuestas varias (CDB, OMC, OMPI).	Introducir mecanismos de divulgación de los CC.TT.: - a nivel internacional para seguir una estrategia coordinada; - a nivel nacional y regional para lograr la máxima flexibilidad.  Reforzar el marco de las obligaciones contractuales que rigen el acceso a los CC.TT. en las legislaciones nacionales para que se exija la divulgación y otras condiciones para el acceso a los CC.TT.

<b>Aspectos de la protección de los CC.TT.</b>	<b>a) medidas existentes</b>	<b>b) carencias encontradas</b>	<b>c) y d) consideraciones y opciones</b>
CC.TT. no divulgados	Normas del Acuerdo sobre los ADPIC sobre la protección de información no divulgada en general	Ausencia de normas explícitas sobre: i) CC.TT. divulgados en el seno de una comunidad definida; ii) CC.TT. que la comunidad valora cultural o espiritualmente pero no comercialmente; iii) divulgación de los CC.TT. limitada por las leyes consuetudinarias.	Aclarar o adaptar las normas vigentes para asegurar: i) que la difusión restringida en el seno de una comunidad definida no constituya divulgación pública completa; ii) la protección incluso sin razones comerciales si existen valores en la comunidad de origen; iii) que las limitaciones impuestas por las leyes y prácticas consuetudinarias se consideren suficientes para mantener la confidencialidad o el carácter “secreto”.
Signos y símbolos relacionados con los CC.TT.	Ley de marcas (en particular, marcas colectivas y de certificación) e indicaciones geográficas	Protección preventiva de los signos y símbolos relacionados con CC.TT. frente a la apropiación por parte de terceros.	Registros especiales de material relacionado con CC.TT. Refuerzo de las medidas contra el registro de marcas contrarias a la moralidad. (Véase el análisis de carencias en materia de expresiones culturales tradicionales)
La materia de los CC.TT. protegida por el sistema convencional de P.I.	Algunos CC.TT. o elementos de éstos pueden estar protegidos: - <i>directamente</i> mediante patentes, información no divulgada, legislación sobre competencia desleal; e - <i>indirectamente</i> mediante el derecho de autor y derechos conexos, la protección	Algunos CC.TT. no están previstos en la legislación vigente sobre protección de la P.I., por ejemplo: - CC.TT. que no sean nuevos; - CC.TT. resultado de actividad inventiva no patentables; - CC.TT. divulgados públicamente o que no	Protección <i>sui generis</i> de materia actualmente no prevista: - a nivel internacional para seguir una estrategia coordinada; - a nivel nacional y regional para lograr la máxima flexibilidad.  Adaptación de las medidas vigentes sobre P.I., por ejemplo: - interpretación o adaptación de las normas internacionales vigentes para abordar la materia de los CC.TT. de forma más adecuada;

<b>Aspectos de la protección de los CC.TT.</b>	<b>a) medidas existentes</b>	<b>b) carencias encontradas</b>	<b>c) y d) consideraciones y opciones</b>
	de las expresiones culturales tradicionales, la protección de marcas e indicaciones geográficas, la protección de diseños y la legislación sobre competencia desleal.	cumplen los criterios de secreto comercial o de confidencialidad.	- iniciativas legislativas y administrativas nacionales (y evolución judicial del derecho) para reconocer sistemas de CC.TT. característicos dentro del sistema de P.I..
Derechos e intereses de las comunidades sobre sus CC.TT. acumulados, de titularidad colectiva, transmitidos de una generación a otra y de sus sistemas integrados de CC.TT. como tales.	Protección limitada, principalmente como información confidencial.	Reconocimiento directo de los derechos e intereses colectivos sobre los CC.TT. acumulados, de titularidad colectiva, transmitidos de una generación a otra.  Protección de la integridad de los sistemas de CC.TT. como tales.	Protección específica de los derechos e intereses colectivos sobre los CC.TT. como tales (en lugar de como elementos susceptibles de protección independiente a través de la P.I.): - a nivel internacional para seguir una estrategia coordinada; - a nivel nacional y regional para lograr la máxima flexibilidad.  Protección específica de los derechos e intereses de las comunidades sobre los sistemas de conocimientos tradicionales como tales: - a nivel internacional para seguir una estrategia coordinada; - a nivel nacional y regional para lograr la máxima flexibilidad.
Mecanismos específicos de protección de los CC.TT. frente a determinados actos lesivos y actos de	No existe ninguno en la legislación convencional sobre P.I.  Pueden estar protegidos	Véanse los elementos concretos más adelante.	

<b>Aspectos de la protección de los CC.TT.</b>	<b>a) medidas existentes</b>	<b>b) carencias encontradas</b>	<b>c) y d) consideraciones y opciones</b>
apropiación indebida	en parte a través de contratos y la doctrina más general de la competencia injusta y el enriquecimiento injusto.		
		Norma frente al enriquecimiento y la apropiación indebidas, o frente a actos contrarios a las prácticas comerciales leales con relación a los CC.TT.	<p>Una norma específica articulada a nivel internacional para promover un enfoque coordinado:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- ley vinculante si resulta oportuna para una norma internacional concreta;</li> <li>- declaración política si todavía sigue formulándose el fundamento jurídico de la norma.</li> </ul> <p>Una norma específica articulada a nivel nacional o regional con el fin de lograr la máxima flexibilidad y evolución jurídica y diversidad.</p>
		Declaración explícita sobre el principio del consentimiento fundamentado previo respecto de los CC.TT. que mantiene una comunidad.	<p>Una norma específica articulada a nivel internacional para promover un enfoque coordinado:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- ley vinculante si resulta oportuna para una norma internacional concreta;</li> <li>- declaración política si todavía sigue formulándose el fundamento jurídico de la norma.</li> </ul> <p>Una norma específica articulada a nivel nacional o regional con el fin de lograr la máxima flexibilidad y evolución jurídica y diversidad.</p>

<b>Aspectos de la protección de los CC.TT.</b>	<b>a) medidas existentes</b>	<b>b) carencias encontradas</b>	<b>c) y d) consideraciones y opciones</b>
		<p>Norma que requiera el reconocimiento explícito de la comunidad de origen respecto de la utilización de CC.TT. asociados característicamente a una comunidad.</p>	<p>Una norma específica articulada a nivel internacional para promover un enfoque coordinado:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- ley vinculante si resulta oportuna para una norma internacional concreta;</li> <li>- declaración política si todavía sigue formulándose el fundamento jurídico de la norma.</li> </ul> <p>Una norma específica articulada a nivel nacional o regional con el fin de lograr la máxima flexibilidad y evolución jurídica y diversidad.</p>
		<p>Norma frente a usos que supongan una ofensa cultural o espiritual, o menoscaben la integridad de los CC.TT.</p>	<p>Una norma específica articulada a nivel internacional para promover un enfoque coordinado:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- ley vinculante si resulta oportuna para una norma internacional concreta;</li> <li>- declaración política si todavía sigue formulándose el fundamento jurídico de la norma.</li> </ul> <p>Una norma específica articulada a nivel nacional o regional con el fin de lograr la máxima flexibilidad y evolución jurídica y diversidad.</p>
<p>Patentamiento ilegítimo de CC.TT.</p>	<p>La legislación vigente sobre patentes requiere la aplicación basada en el verdadero inventor o inventores y la</p>	<p>Norma explícita frente al:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- patentamiento de CC.TT. como tales sin el</li> </ul>	<p>A nivel internacional:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- norma internacionalmente vinculante;</li> <li>- interpretación autorizada de las normas vigentes;</li> <li>- declaración política.</li> </ul>

<b>Aspectos de la protección de los CC.TT.</b>	<b>a) medidas existentes</b>	<b>b) carencias encontradas</b>	<b>c) y d) consideraciones y opciones</b>
	<p>invención genuina.</p> <p>El convenio de París requiere la mención específica del verdadero inventor.</p>	<p>consentimiento y la participación de los titulares de los CC.TT.;</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- patentamiento de invenciones que han sido posibles por la apropiación indebida de CC.TT.</li> </ul>	<p>A nivel nacional:</p> <p>enmiendas específicas a la legislación nacional sobre patentes.</p>
	<p>Requisitos específicos de divulgación respecto de los CC.TT.:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- legislaciones nacionales/regionales;</li> <li>- propuestas en el CDB, la OMC y la OMPI.</li> </ul>	<p>Consentimiento fundamentado previo sobre los CC.TT.</p>	<p>A nivel internacional:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- norma internacionalmente vinculante;</li> <li>- interpretación autorizada o ampliación de las normas vigentes;</li> <li>- declaración política.</li> </ul> <p>A nivel nacional:</p> <p>enmiendas específicas a la legislación nacional sobre patentes.</p>

A: MEDIDAS EXISTENTES

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

<b>Forma de protección</b>	<b>Extensión de la protección</b>	<b>Factores considerados</b>
<p>Protección positiva de los CC.TT. por medio de patentes</p>	<p>Algunos elementos de los CC.TT. podrían protegerse en virtud de los principios vigentes sobre patentes, pero no los sistemas de CC.TT. como tales.</p> <p>Debe obtenerse un derecho de propiedad del verdadero inventor o inventores, incluidos el titular o titulares de los CC.TT.</p> <p>La protección válida requiere medidas activas por parte de los verdaderos titulares de los CC.TT. patentables.</p>	<p>Existe una flexibilidad considerable en las normas internacionales que atañen a la patentabilidad de los CC.TT., por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- la definición de “invención”;</li> <li>- la interpretación de los criterios para la protección (novedad, actividad inventiva, utilidad) cuando se aplican a los CC.TT.;</li> <li>- exclusiones por razones de política pública de la materia patentable.</li> </ul>
<p>Protección preventiva de los CC.TT. en el sistema de patentes</p>	<p>Gran cantidad de CC.TT. están protegidos en principio ante afirmaciones ilegítimas en las patentes, por ejemplo cuando un solicitante de una patente trata de obtener derechos sobre CC.TT. elaborados por otros.</p> <p>Entre las medidas específicas figuran:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- mejorar el acceso a los CC.TT. como estado de la técnica durante el procedimiento de patentamiento sin que se facilite la apropiación indebida de CC.TT. (por ejemplo, incluyendo los CC.TT. en la documentación mínima del PCT, normas sobre documentación de los CC.TT., inclusión de los CC.TT. en la Clasificación Internacional de Patentes);</li> </ul>	<p>Preocupaciones relativas a que el hecho de poner los CC.TT. a disposición durante los procedimientos de patentamiento pueden provocar actos de apropiación indebida por parte de terceros.</p>

	<ul style="list-style-type: none"> <li>- directrices para el examen de patentes relacionadas con CC.TT.;</li> <li>- portales, vías de acceso y bases de datos adecuadas de CC.TT. y recursos genéticos conexos para su utilización en los procedimientos de patentamiento.</li> </ul>	
	<p>Mecanismos específicos de divulgación de patentes respecto de los CC.TT. y recursos genéticos conexos, en particular:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- divulgación de la fuente de origen de los CC.TT.;</li> <li>- divulgación del consentimiento fundamentado previo;</li> <li>- divulgación de la participación equitativa en los beneficios.</li> </ul>	<p>Un extenso debate y análisis internacional sobre requisitos específicos de divulgación respecto de los CC.TT.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Directrices de Bonn del CDB.</li> <li>- propuestas de nuevos requisitos en el seno de la OMC y de la OMPI.</li> </ul>
Conocimientos tradicionales no divulgados	<p>Pueden protegerse los CC.TT. que sean secretos, tengan un valor comercial por ser secretos y hayan sido objeto de medidas razonables para mantenerlos en secreto.</p>	<p>Las cuestiones concretas atañen a:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- cuándo se considera “secreto” un conocimiento tradicional divulgado en el seno de una comunidad tradicional;</li> <li>- la función de las leyes o las prácticas consuetudinarias;</li> <li>- la protección de los CC.TT. con un valor espiritual y cultural para la comunidad, aunque sin valor comercial para ésta.</li> </ul>
Protección contra la competencia desleal	<p>Protección frente a:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• cualquier acto capaz de crear una confusión;</li> <li>• las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio;</li> <li>• las indicaciones o aseveraciones que pudieren inducir al público a error.</li> </ul>	<p>Flexibilidad en la interpretación de las medidas frente a la competencia desleal para incluir una norma más general contra el enriquecimiento injusto y la apropiación indebida.</p>

<p>Protección de signos distintivos</p>	<p>No aplicable a los CC.TT. como tales, aunque sí a los signos distintivos y los símbolos asociados a productos relacionados con CC.TT., en particular:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- las marcas de bienes y servicios con un componente de CC.TT.;</li> <li>- las marcas colectivas o de certificación;</li> <li>- las indicaciones geográficas.</li> </ul>	
<p>Legislación sobre diseños industriales</p>	<p>Diseños industriales que sean nuevos u originales.</p>	<p>Posibilidad de excluir la protección para los diseños dictados esencialmente por consideraciones técnicas o funcionales.</p>
<p>Derecho de autor y legislación conexas (incluida la protección de bases de datos y ejecuciones de expresiones del folclore)</p>	<p>No existe protección de los conocimientos como tales, aunque sí respecto de los medios de registro y transmisión de los CC.TT., especialmente de las expresiones culturales tradicionales susceptibles de protección.</p>	<p>Véase el análisis de carencias en materia de expresiones culturales tradicionales.</p>
<p>Derecho público internacional</p>	<p>CDB y Directrices de Bonn: CC.TT. relativos a la biodiversidad.                  Tratado Internacional de la FAO sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura: CC.TT. relativos a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura.                  Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: derechos de los pueblos indígenas relativos a los CC.TT..</p>	

B. CARENCIAS QUE EXISTEN A NIVEL INTERNACIONAL

<b>Aspecto de la protección</b>	<b>Descripción de la carencia en la protección</b>	<b>Consideraciones específicas</b>
<p>Definición o determinación de los CC.TT. que deban protegerse</p>	<p>Ausencia de una definición de los CC.TT. que deban ser protegidos, si bien en varios instrumentos internacionales se hace referencia a los CC.TT. (en áreas particulares de CC.TT.).</p> <p>Elementos de una definición elaborada en el seno del CIG.</p>	
<p>Carencias respecto de los objetivos expresos de protección</p>	<p>Valor intrínseco de los sistemas de CC.TT..</p> <p>Los sistemas de CC.TT. como formas valiosas de innovación.</p> <p>Respeto hacia los sistemas de CC.TT. y los valores intelectuales y espirituales de los titulares de CC.TT.</p> <p>Respeto de los derechos de los titulares y custodios de los CC.TT.</p> <p>Conservación de los CC.TT.</p> <p>Fortalecimiento de los sistemas de CC.TT.</p> <p>Apoyo a la innovación dentro de los sistemas de CC.TT.</p> <p>Apoyo a la preservación y salvaguardia de los CC.TT.</p> <p>Prevención de la apropiación indebida y la utilización desleal e injusta de los CC.TT., y promoción de la participación equitativa en los beneficios de los CC.TT.</p> <p>Garantizar que el acceso y el uso de los CC.TT. están sujetos al consentimiento fundamentado previo.</p> <p>Promoción del desarrollo sostenible de las comunidades y las actividades comerciales legítimas basadas en los sistemas de CC.TT.</p> <p>Prevención de la concesión o el ejercicio de derechos de P.I. sin validez legal sobre los CC.TT.</p>	

<i>Carencias en materia de mecanismos jurídicos vigentes</i>		
La materia no está prevista en la legislación	<p>Conocimientos tradicionales que no quedan contemplados por las formas de protección de la P.I. que existen, como por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- los CC.TT. que no se consideran nuevos;</li> <li>- los CC.TT. que se consideran evidentes;</li> <li>- los CC.TT. que se han divulgado públicamente o que no cumplen los criterios relativos a la protección de la información confidencial.</li> </ul>	Véase el punto A anterior.
	Los CC.TT. acumulados, de titularidad colectiva y de carácter intergeneracional, que no cumplen los criterios relativos a la información no divulgada o confidencial.	
	Sistema de CC.TT. integrados como tal.	
No se reconoce a los beneficiarios o los titulares de los derechos	Derechos, intereses y atribuciones colectivas dentro de un sistema de CC.TT.	
Formas de utilización indebida y acciones ilegítimas que no pueden impedirse en virtud de la legislación vigente	Una norma expresa frente al patentamiento ilegítimo de CC.TT.	
	Requisito específico de divulgación relativo a los CC.TT.	
	Protección frente al enriquecimiento injusto o la apropiación indebida de los CC.TT.	

Derecho al reconocimiento y la integridad	Oposición al uso de CC.TT. sin el reconocimiento explícito de la comunidad originaria de los conocimientos.	
	Oposición al uso que suponga una ofensa cultural o espiritual o menoscabe la integridad de los CC.TT.	
Consentimiento fundamentado previo relativo a los CC.TT.	<p>Ausencia del reconocimiento expreso de que los titulares de CC.TT. tienen derecho al consentimiento fundamentado previo respecto del acceso a determinadas formas de CC.TT.</p> <p>Esclarecimiento de la protección de la información no divulgada como medio para aplicar el derecho al consentimiento informado previo.</p>	Necesidad de aclarar el principio del consentimiento fundamentado previo respecto de conocimientos compartidos con otros titulares de CC.TT., y de que ya hayan sido divulgados más allá de la comunidad con el consentimiento (tácito o expreso) o sin el consentimiento de ésta.
Derecho a la participación equitativa en los beneficios	Ausencia del derecho a obtener una remuneración u otros beneficios (incluidos beneficios adecuados desde el punto de vista cultural y otros beneficios no financieros).	Posible papel de las leyes consuetudinarias para determinar qué beneficios resultarán equitativos y adecuados.

## C. CONSIDERACIONES PERTINENTES PARA DETERMINAR SI HAN DE ABORDARSE ESAS CARENCIAS

	<b>Naturaleza de la consideración</b>	<b>Descripción</b>
Consideraciones de carácter sustantivo	Legislación y políticas internacionales	<p>En particular obligaciones legales y marcos políticos relativos a:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- la conservación de la biodiversidad y la lucha contra la desertificación;</li> <li>- los derechos de los pueblos indígenas;</li> <li>- políticas sostenibles sobre salud y acceso a los medicamentos.</li> </ul>
	Consideraciones de carácter social, cultural, político y económico	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Hincapié en la reclamación de las injusticias producidas por la apropiación y uso indebidos de los CC.TT.</li> <li>• Función de los CC.TT. en el desarrollo sostenible a nivel local.</li> <li>• Vínculos entre la protección de los CC.TT. y la identidad cultural y social de las comunidades.</li> <li>• Utilización industrial y comercial de los CC.TT.</li> <li>• Valor de los CC.TT. para hacer frente al cambio medioambiental y climático.</li> <li>• Referencia a los CC.TT. en diversos contextos regulatorios.</li> </ul>
	Papel de la protección de los CC.TT. en los contextos más generales de la formulación de políticas	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La protección de la biodiversidad y el uso equitativo de sus beneficios.</li> <li>• El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.</li> <li>• El fomento de la seguridad alimentaria y la promoción de la diversidad cultivos para la alimentación.</li> <li>• Garantizar el acceso a la salud de forma adecuada</li> </ul>

		<p>desde el punto de vista cultural.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• El desarrollo sostenible a nivel local.</li> <li>• La disminución y mitigación del cambio climático.</li> <li>• El creciente solapamiento entre los CC.TT. como tales y las disciplinas formales de la biotecnología.</li> <li>• La contribución de los sistemas de CC.TT. a la innovación y la diversidad cultural.</li> </ul>
	<p>Consideraciones jurídicas y políticas específicas</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- El hecho de que muchos procesos nacionales o regionales están ya elaborando una protección más robusta de los CC.TT., lo que sugiere que podría haber dificultades, impedimentos u otro tipo de obstáculos si no se produce un avance en la dimensión internacional con el fin de establecer una plataforma común para sistemas nacionales o regionales diferentes de protección de los CC.TT.</li> <li>- Las posibles repercusiones sistémicas derivadas de la falta de claridad en la legislación internacional sobre P.I. en áreas que tienen pertinencia para los CC.TT. y los sistemas de CC.TT. y de innovación.</li> <li>- Las posibles ganancias derivadas de la reducción de la incertidumbre jurídica relacionada con cuestiones relativas a la posible titularidad o a responsabilidades sobre la custodia relacionadas con los CC.TT.</li> <li>- Los costos y beneficios resultantes de un enfoque internacional común respecto de las cuestiones relativas a la protección de los CC.TT.</li> </ul>
	<p>Consideraciones que se contraponen específicamente a buscar soluciones a las carencias</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- La posibilidad de que resulte prematuro abordar determinadas carencias en el plano internacional, incluso cuando estén claramente definidas, habida cuenta de la necesidad de acumular y compartir más experiencia a nivel nacional como condición previa para unos resultados internacionales más claros;</li> <li>- La diversidad de los CC.TT. y de las comunidades que los poseen, que pueden poner límites a la dimensión</li> </ul>

		<p>internacional de la actividad normativa</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- La incertidumbre sobre los derechos y atribuciones de los titulares extranjeros de derechos, como las comunidades titulares de CC.TT. que pertenecen a contextos culturales y sociales radicalmente diferentes;</li><li>- La posible necesidad de establecer procesos de consulta más robustos y variados antes de pasar a resultados políticos y jurídicos de alto nivel que resultarían difíciles y costosos de revisar una vez concluidos.</li></ul>
--	--	--

D. OPCIONES QUE EXISTEN O PUEDEN PERFILARSE PARA HACER FRENTE A CUALQUIER CARENCIA QUE SE HAYA PUESTO DE MANIFIESTO:

Opciones a los diferentes niveles	Consideraciones específicas aplicables
<b>Ámbito internacional</b>	
i) Un instrumento o instrumentos internacionales vinculantes	¿Qué normas concretas están suficientemente establecidas en substancia y de forma oportuna para traducirse en una ley internacional vinculante? - Con relación a la protección de los CC.TT. directamente. - Con relación al reconocimiento de los CC.TT. en el sistema de patentes y otras esferas de la legislación sobre P.I.
ii) Interpretaciones o explicaciones autorizadas o convincentes de los instrumentos jurídicos vigentes	¿Qué disposiciones y principios jurídicos vigentes pueden ser susceptibles de una interpretación autorizada frente a los CC.TT.? Por ejemplo: - la competencia desleal; - las normas de la legislación sobre patentes y otras esferas de la legislación sobre P.I.; - la información no divulgada o la legislación sobre confidencialidad.
iii) Un instrumento o instrumentos normativos internacionales no vinculantes	¿Qué normas, criterios y prioridades políticas pueden concertarse en forma de instrumento no vinculante en el plano internacional?
iv) Resolución, declaración o decisión política de alto nivel	¿Qué normas, criterios y prioridades políticas pueden concertarse en forma de resolución política en el plano internacional?
v) Fortalecer la coordinación internacional mediante directrices o leyes tipo	
vi) Coordinación de los avances nacionales en materia legislativa	

<p>vii) Cooperación internacional en medidas prácticas</p>	<p>Existencia de programas, materiales e iniciativas encaminadas a:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- la creación de capacidad y material sustantivo para los procesos jurídicos y políticos;</li> <li>- el fortalecimiento de la capacidad práctica de los titulares de CC.TT.;</li> <li>- el fortalecimiento y orientación de las instituciones;</li> <li>- la cooperación y coordinación interinstitucional dentro del sistema de las Naciones Unidas;</li> <li>- la sensibilización y creación de capacidad entre el público en general.</li> </ul>
<p><b>Ámbito regional</b></p>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Instrumentos jurídicos concertados a nivel regional, subregional o bilateral, especialmente instrumentos <i>sui generis</i> y legislación convencional en materia de P.I.</li> <li>• Declaraciones políticas o de índole política proclamadas a nivel regional, subregional o bilateral.</li> <li>• Leyes tipo y otras formas de orientación legislativa adoptadas a nivel regional.</li> <li>• Protocolos tipo, directrices, y recomendaciones sobre prácticas óptimas adoptadas a nivel regional o subregional.</li> <li>• Iniciativas y programas regionales, subregionales y bilaterales para apoyar la creación de capacidad en las comunidades con relación a los CC.TT.</li> </ul>	

**Ámbito nacional**

- Legislación destinada a proteger los CC.TT., en particular instrumentos sui generis y legislación convencional en materia de P.I.
- Marcos políticos y mecanismos administrativos dirigidos a promover y proteger los CC.TT., especialmente dentro de áreas específicas como la medicina y la salud pública, el medio ambiente y la agricultura.
- Protocolos tipo, directrices, y recomendaciones sobre prácticas óptimas adoptadas por las autoridades nacionales u otras instituciones.
- Iniciativas y programas nacionales para apoyar la creación de capacidad en las comunidades con relación a los CC.TT.

[Fin del Anexo y del documento]