



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

TESIS DOCTORAL

**LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES:
APORTACIONES AL DESARROLLO DE UN SISTEMA *SUI GENERIS***

**Elaborada por
DEGMAR APARECIDA FERRETI**

**Dirigida por la Profesora
Dra. D.^a MERCEDES CURTO POLO**

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

Salamanca, 2011

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

**LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES:
APORTACIONES AL DESARROLLO DE UN SISTEMA *SUI GENERIS***

TESIS DOCTORAL presentada por
Degmar Aparecida Ferreti para optar
al grado de Doctora, bajo la
dirección de la Profesora Dra. D.^a
Mercedes Curto Polo.

Fdo.: Degmar Aparecida Ferreti

Vº Bº de la Directora

Fdo.: Mercedes Curto Polo

Salamanca, 2011

A mi esposo Minoru, compañero en todos los momentos, cuya ayuda y comprensión fueron fundamentales para el desarrollo de este trabajo. Gracias por tu apoyo y tu amor. ¡Te amo!

A nuestros hijos, Guilherme y Amanda, regalo de Dios en nuestras vidas, que prescindieron de mi presencia y cariño.

A vosotros os lo dedico.

AGRADECIMENTOS

El camino hacia el doctorado es muy largo y nadie lo hace solo, por esto me gustaría agradecer a aquellos que participaron conmigo en este proyecto.

A Dios, Señor en el cielo y en la tierra, poderoso para hacer toda las cosas mucho más abundantemente de lo que pedimos o entendemos. A ti, Señor, toda honra, toda gloria y todo honor.

A mi esposo, Minoru, ya que sin su ayuda y apoyo no hubiera llegado hasta aquí. Sobre todo cuando estábamos distantes en los momentos difíciles siempre me ha sostenido y me ha calmado. Gracias por creer que este sueño sería posible.

A mi Directora de Tesis, Profesora Dra. Mercedes Curto Polo, por su efectiva orientación, paciencia y disponibilidad.

A la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) por los dos años de beca.

A la Universidad Federal de Acre por haberme dado la oportunidad de poder dedicarme en exclusiva a esta tarea de investigación.

A los compañeros profesores del Curso de Derecho de la Universidad Federal de Acre por mi liberación.

A Isabel que con mucho amor me recibió en su casa (mi casa en Salamanca); a Teresa, por su pronta disponibilidad para hacer las correcciones de español; y, a Sara que fue una persona muy importante en el inicio del doctorado.

A nuestra familia, especialmente a mis padres Guilherme y Alcenira que, con seguridad, intercedieron por nosotros ante Dios todas las noches.

A todos nuestros amigos que nos apoyaron y especialmente por sus oraciones.

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS.....	XIII
INTRODUCCIÓN	01
CAPÍTULO I. LOS DERECHOS SOBRE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES COMO DERECHOS INTELECTUALES COLECTIVOS Y LA NECESIDAD DE PROCEDER A SU CORRECTA PROTECCIÓN	11
I. LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y LA CIENCIA OCCIDENTAL	11
II. CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS E IMPORTANCIA DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.....	17
1. Concepto de conocimientos tradicionales	17
1.1. Planteamiento del problema.....	17
1.2. Conocimientos tradicionales y comunidad tradicional	19
1.2.1. Aproximación al concepto de comunidad tradicional.....	19
1.2.2. Comunidades indígenas y comunidades locales.....	23
A) Comunidades indígenas	23
B) Comunidades locales.....	26
C) Similitudes y diferencias entre comunidades indígenas y comunidades locales	30
1.2.3. Concepto de “comunidad tradicional”	31
1.3. Concepto de “conocimientos tradicionales”	33
1.3.1. Planteamiento del problema	33
1.3.2. Concepto de conocimientos tradicionales en sentido amplio	35

1.3.3. Conocimientos tradicionales de naturaleza técnica y expresiones culturales tradicionales.....	40
A) Conocimientos tradicionales de naturaleza técnica o conocimientos tradicionales en sentido estricto.....	40
B) Expresiones culturales tradicionales.....	41
1.4. Conclusiones.....	46
2. Características de los conocimientos tradicionales.....	48
2.1. Preliminar.....	48
2.2. La “tradición” en relación con los conocimientos tradicionales.....	49
2.3. Elementos característicos de los conocimientos tradicionales.....	50
2.3.1. Titularidad colectiva.....	51
2.3.2. Transmisión oral.....	52
2.3.3. Producción empírica.....	52
2.3.4. Carácter evolutivo y dinámico.....	53
2.3.5. Creaciones basadas en un sistema de creencias.....	54
2.3.6. Pertenencia a diferentes campos del saber.....	54
3. Importancia de los conocimientos tradicionales.....	55
3.1. Planteamiento del problema.....	55
3.2. Importancia ambiental.....	56
3.3. Importancia social.....	60
3.4. Importancia económico-financiera.....	63
III. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS SOBRE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.....	67
1. Planteamiento del tema.....	67
2. La noción de propiedad.....	69
2.1. Preliminar.....	69
2.2. La propiedad a lo largo de la historia.....	70
3. Los límites al derecho de propiedad en razón de su función social.....	75
4. Visión jurídica de la propiedad en el sistema jurídico occidental.....	76
5. La propiedad intelectual.....	77
5.1. Bienes materiales y bienes inmateriales.....	77
5.2. La propiedad intelectual como propiedad especial.....	80
5.3. Derechos conferidos por la propiedad intelectual.....	83

6. Los derechos sobre los conocimientos tradicionales como “Derechos Intelectuales Colectivos.....	85
6.1. Planteamiento del tema.....	85
6.2. Dificultades encontradas para proteger los conocimientos tradicionales por vía de los derechos de propiedad intelectual	87
6.3. Noción de derechos intelectuales.....	92
6.4. Noción de derechos colectivos <i>lato sensu</i>	93
6.4.1. Derechos individuales homogéneos.....	96
6.4.2. Derechos difusos.....	97
6.4.3. Derechos colectivos <i>stricto sensu</i>	98
6.4.4. Notas comunes y diferencias entre derechos colectivos <i>stricto sensu</i> y derechos difusos	101
6.5. Argumentos a favor de la caracterización de los derechos sobre los conocimientos tradicionales como Derechos Intelectuales Colectivos.....	102
7. Conclusión.....	110
IV. PROBLEMAS A QUE SE ENFRENTAN LOS TITULARES DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.....	111
1. Problemas no relacionados con la protección de los conocimientos tradicionales	111
2. Problemas relacionados con la protección de los conocimientos tradicionales	113
 CAPÍTULO II. LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES EN LOS FOROS INTERNACIONALES Y EN ALGUNAS LEGISLACIONES NACIONALES.....	 117
I. INTRODUCCIÓN	117
II. APROXIMACIÓN GENERAL AL TRATAMIENTO DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES EN LOS DISTINTOS FOROS INTERNACIONALES.....	118
III. LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA, Y LA CULTURA (UNESCO)	123
1. Consideraciones previas	123

2. Las Disposiciones Tipo OMPI/UNESCO	124
3. La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial..	126
4. La Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales	128
IV. EL CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA	130
1. Planteamiento general	130
2. El tratamiento dispensado a los conocimientos tradicionales en el Convenio sobre la Diversidad Biológica	132
3. El Grupo de Trabajo sobre el artículo 8j del CDB.....	135
V. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL	139
1. Planteamiento general	139
2. La labor de la OMPI en relación con los conocimientos tradicionales. El Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore.....	140
2.1. Disposiciones Revisadas sobre la Protección de los Conocimientos Tradicionales y Disposiciones Revisadas para la Protección de las Expresiones Culturales Tradicionales/Expresiones del Folclore	146
2.2. La protección de los conocimientos tradicionales a través del sistema de derechos de propiedad intelectual	150
VI. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO	153
1. Planteamiento general	153
2. La inclusión del sistema de derechos de propiedad intelectual en la Organización Mundial del Comercio.....	154
3. La labor de la Organización Mundial del Comercio en relación con los conocimientos tradicionales	155
3.1. El Comité de Comercio y Medio Ambiente	156
3.2. El Consejo de los ADPIC.....	157
3.2.1. El debate sobre el examen del párrafo 3, b) del artículo 27 del ADPIC.....	158
3.2.2. El debate acerca de la protección internacional de los conocimientos tradicionales	163
3.2.3. Otros debates acerca de la protección de los conocimientos tradicionales	166

A) La protección de los conocimientos tradicionales por vía del sistema de propiedad intelectual	167
B) La protección de los conocimientos tradicionales por vía de un sistema “ <i>sui generis</i> ”.....	172
3.3. La Declaración Ministerial de Doha	173
VII. EL MERCADO COMUN DEL SUR (MERCOSUR)	176
1. Planteamiento general	176
2. El tratamiento dispensado a los conocimientos tradicionales.....	177
2.1. La experiencia argentina	178
2.2. La experiencia brasileña.....	180
2.2.1. Los avances en la Constitución de 1988	181
2.2.2. Antecedentes en materia normativa relativos al acceso a los recursos genéticos y a la protección de los conocimientos tradicionales	182
2.2.3. Ley nº. 2.186-16 de 2001 sobre el acceso al patrimonio genético y al conocimiento tradicional asociado.....	185
VIII. LA COMUNIDAD ANDINA	190
1. Planteamiento general	190
2. Decisión 391. Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos	191
2.1. La protección de los conocimientos tradicionales vía contratos de acceso	193
2.2. La protección de los conocimientos tradicionales más allá de los contratos de acceso.....	194
3. Decisión 486. El Régimen Común de Propiedad Industrial	194
4. Decisión 523. Estrategia Regional de biodiversidad	197
5. Decisión 524. Mesa de Trabajo sobre Derechos de los Pueblos indígenas.....	199
6. La experiencia de Perú	200
6.1. Ley nº. 26.839 de 1997 sobre conservación y aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica	200
6.2. Las garantías constitucionales a las comunidades tradicionales tras la reforma de 2000	200

6.3. Ley n°. 27.811 de 2002 sobre el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas	201
6.4. Ley n°. 28.216 de 2004 sobre el acceso a la diversidad biológica y los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas.....	205
IX. LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES EN PANAMÁ Y VENEZUELA.....	207
1. La experiencia de Panamá.....	207
1.1. Los derechos colectivos de las comunidades tradicionales en la Constitución de 1972.....	207
1.2. Ley n°. 20 de 2000 sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas.....	207
2. La experiencia de Venezuela	210
2.1. Los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución de 1999..	210
2.2. Ley de diversidad biológica de 2000	211
2.3. Ley orgánica de pueblos y comunidades indígenas de 2005	212
CAPÍTULO III. LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES A TRAVÉS DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL: INADECUACIÓN DEL SISTEMA DE PATENTES	215
I. INTRODUCCIÓN	215
II. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LAS PATENTES DE INVENCIÓN. SU INAPLICABILIDAD A LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES	218
1. Algunas consideraciones acerca de las patentes.....	218
1.1. Concepto y características de las patentes de invención.....	219
1.2. Fundamentos de las patentes de invención	224
2. Los fundamentos de creación y desarrollo de los conocimientos tradicionales	230
III. LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE PATENTES Y LA TITULARIDAD DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.....	234
1. La titularidad individual del derecho de patentes.....	234
1.1. Invenciones creadas por un solo inventor	234
1.2. Invenciones creadas por varios inventores	236
1.2.1. Invenciones paralelas.....	236

1.2.2. Cotitularidad en la invención	237
1.2.3. Invenciones laborales.....	238
2. La titularidad colectiva de los conocimientos tradicionales.....	241
IV. LOS REQUISITOS OBJETIVOS DE LA PATENTABILIDAD Y EL NO CUMPLIMIENTO DE LOS MISMOS POR PARTE DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES	245
1. Planteamiento del tema.....	245
2. La novedad exigida por el sistema de patentes y la divulgación de los conocimientos tradicionales	250
2.1. El significado de novedad.....	250
2.2. Divulgaciones no destructivas de la novedad.....	256
2.3. Divulgaciones destructivas de la novedad.....	257
2.4. Novedad en el tiempo y en el espacio.....	258
2.5. La divulgación de los conocimientos tradicionales	258
3. La actividad inventiva exigida por el sistema de patentes y las creaciones tradicionales	264
3.1. Noción de actividad inventiva	264
3.2. La actividad inventiva en relación con las creaciones intelectuales tradicionales	269
4. La aplicación industrial de las invenciones patentadas y el conocimiento tradicional	270
4.1. Noción del significado de aplicación industrial	270
4.2. La no aplicación industrial directa de los conocimientos Tradicionales	272
5. La descripción de la invención en la solicitud de patente y los conocimientos tradicionales.....	273
V. EXCEPCIONES A LA PATENTABILIDAD Y SU RELACIÓN CON LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES	276
1. Excepciones a la patentabilidad	276
2. Los conocimientos tradicionales en relación con las excepciones a la patentabilidad	280

VI. DERECHOS CONFERIDOS POR LA PATENTE Y LA DESTRUCCIÓN DEL MODO DE PRODUCCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES	282
1. Contenido del derecho de patentes.....	282
1.1. Derechos del titular de la patente.....	282
1.2. Alcance de la protección del derecho de patentes. Doctrina de los equivalentes	286
2. Limitaciones al derecho de patentes.....	291
2.1. Agotamiento del derecho de patentes.....	292
2.2. Derecho de preuso.....	295
2.3. Monopolio legal	297
2.4. Uso experimental	299
3. La destrucción del modo de vida tradicional.....	300
VII. LA PROTECCIÓN TEMPORAL Y LOS ALTOS COSTES DEL DERECHO DE PATENTES.....	305
1. Plazo de protección del derecho de patentes.....	305
2. Los costes de solicitud y mantenimiento de patentes	306
3. Los conocimientos tradicionales frente a la protección temporal del derecho de patentes y los altos costes de mantenimiento de patentes ...	307
VIII. LA INEFICIENCIA DEL DERECHO DE PATENTES EN LA PROMOCIÓN DEL REPARTO JUSTO Y EQUITATIVO DE LOS BENEFICIOS.....	308
CAPÍTULO IV. LA PROTECCIÓN DE LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES A TRAVÉS DEL SISTEMA DE PROPIEDAD INTELECTUAL: INADECUACIÓN DEL DERECHO DE AUTOR.....	313
I. INTRODUCCIÓN	313
II. PROPIEDAD INTELECTUAL Y DERECHO DE AUTOR	316
III. EL DERECHO DE AUTOR CON RELACIÓN A LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES.....	320
1. Nociones del concepto y del fundamento del derecho de autor y fundamento de creación de las expresiones culturales tradicionales.....	320
1.1. Concepto y fundamento del derecho de autor.....	320

1.2. Fundamento de creación y desarrollo de las expresiones culturales tradicionales	323
2. Naturaleza jurídica del derecho de autor y de los derechos sobre las expresiones culturales tradicionales.....	326
2.1. Naturaleza jurídica del derecho de autor	326
2.2. Naturaleza jurídica de los derechos sobre las expresiones culturales tradicionales	329
3. Objeto de protección del derecho de autor y las expresiones culturales tradicionales	330
3.1. Obras protegidas por el derecho de autor	330
3.2. Manifestaciones culturales tradicionales	337
4. Requisitos que debe cumplir la creación intelectual para ser protegida por el derecho de autor y las expresiones culturales tradicionales	342
4.1. Requisitos de la obra para ser protegida por el derecho de autor	342
4.1.1. Creación	342
4.1.2. Originalidad	344
4.1.3. Fijación material	347
4.2. Los requisitos exigidos por el derecho de autor frente a las expresiones culturales tradicionales	348
5. La titularidad del derecho de autor en relación con la titularidad de las expresiones culturales tradicionales.....	351
5.1. La titularidad del derecho de autor	351
5.1.1. Titularidad de la obra en colaboración.....	354
5.1.2. Titularidad de la obra colectiva	356
5.2. La titularidad de las expresiones culturales tradicionales.....	360
6. Contenido y límites de la protección del derecho de autor con relación a las expresiones culturales tradicionales	365
6.1. Protección conferida por el derecho de autor.....	365
6.1.1. El derecho patrimonial del autor	365
6.1.2. El derecho moral del autor	369
6.2. Límites del derecho de autor	375
6.3. Insuficiencia de la protección conferida por el derecho de autor para proteger las expresiones culturales tradicionales.....	379

7. Temporalidad de la protección conferida por el derecho de autor y las dificultades para aplicarla a la protección de las expresiones culturales tradicionales	385
7.1. Fundamentos de la protección temporal del derecho de autor.....	385
7.2. Plazo de protección del sistema de derecho de autor.....	386
7.3. El plazo de protección en el derecho de autor con relación a las expresiones culturales tradicionales.....	389
IV. LOS DERECHOS DE LOS ARTISTAS, INTÉRPRETES, EJECUTANTES Y PRODUCTORES Y SU RELACIÓN CON LAS EXPRESIONES CULTURALES.....	390
 CAPÍTULO V. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES: ELEMENTOS PARA EL DESARROLLO DE UN SISTEMA DE PROTECCIÓN <i>SUI GENERIS</i>	395
I. INTRODUCCIÓN	395
II. SISTEMAS JURÍDICOS DIVERSOS PARA CONOCIMIENTOS DIVERSOS.....	397
III. SIGNIFICADO DEL TÉRMINO “PROTECCIÓN” EN RELACIÓN CON LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.....	406
1. Protección y salvaguarda de los conocimientos tradicionales.....	406
2. Protección positiva y protección preventiva.....	409
IV. DISEÑO DE UNA PROTECCIÓN <i>SUI GENERIS</i> PARA LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES	411
1. Planteamiento del tema.....	411
2. Objetivos de la protección	414
2.1. Proteger un derecho humano fundamental	415
2.2. Promover justicia natural	416
2.3. Promover la equidad	416
2.4. Valorar el conocimiento tradicional.....	417
2.5. Conservar el modo de vida tradicional	418
2.6. Prevenir la piratería	420
2.7. Promover el uso y el desarrollo de los conocimientos tradicionales...	422
2.8. Otros objetivos de la protección	423

3. Titularidad de la protección	425
4. Beneficiarios de la protección.....	432
5. Objeto de protección	433
6. Protección de los CTS mediante un sistema <i>sui generis</i>	437
6.1. Contenido general de la protección.....	437
6.2. Protección preventiva.....	442
6.2.1. Planteamiento general.....	442
6.2.2. Actos concretos contra los que se deben proteger los conocimientos tradicionales.....	443
6.2.2.1. Apropiación indebida	443
6.2.2.2. Otras acciones lesivas.....	444
6.2.3. Mecanismos de protección para los conocimientos tradicionales	446
6.2.3.1. Legitimación procesal de las comunidades tradicionales	446
6.2.3.2. Acciones ejercitables por las comunidades tradicionales	450
A) Acciones administrativas.....	451
B) Acciones judiciales.....	452
6.2.3.3. La aplicación del principio de hiposuficiencia en relación con la protección de los conocimientos tradicionales y sus consecuencias	456
6.3. Protección positiva: autorización para el uso de los conocimientos tradicionales	458
6.3.1. Planteamiento general	458
6.3.2. Consentimiento fundamentado previo para acceso y uso de los conocimientos tradicionales	459
6.3.3. Contratos de licencia para acceso y uso de los conocimientos tradicionales	466
6.3.4. Distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los conocimientos tradicionales.....	471
7. Mecanismos de salvaguardia de los conocimientos tradicionales.....	477
7.1. Establecimiento de una entidad de gestión.....	477

7.2. Reconocimiento y fortalecimiento de las normas y prácticas consuetudinarias de las comunidades tradicionales	480
7.3. Establecimiento de fondos compensatorios	484
7.4. Registro de los conocimientos tradicionales.....	486
8. Sistema de protección internacional.....	491
CONCLUSIONES	497
BIBLIOGRAFÍA	507

LISTA DE ABREVIATURAS

ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio. Acuerdo internacional que constituye el Anexo 1C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, adoptado en el marco de la Ronda de Uruguay del GATT.
CAN	Comunidad Andina. Organismo regional compuesto por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú que se inició con la suscripción del Acuerdo de Cartagena, el 26 de mayo de 1969. Antes de 1996, era conocida como el Pacto Andino o Grupo Andino.
CCMA	Comité de Comercio y Medio Ambiente de la Organización Mundial del Comercio. Creado por el Acuerdo de Marrakech en la Conferencia Ministerial de Marrakech celebrada en abril de 1994.
CDB	Convenio sobre la Diversidad Biológica. Convenio internacional resultado de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo, realizada en junio de 1992, en Rio de Janeiro – Brasil.
CGEN	Consejo de Gestión del Patrimonio Genético, órgano nacional brasilero creado por la Medida Provisoria nº. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001.
CIID	Centro Internacional de Investigación para el Desarrollo. Corporación pública creada por el Parlamento de Canadá en 1970.

CNUMAD	Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo. También conocida como “Cumbre para la Tierra”, realizada entre el 3 y el 14 de junio de 1992, en Rio de Janeiro – Brasil.
COP	Conferencia de las Partes. Máximo órgano del Convenio sobre la Diversidad Biológica, el cual reúne a los representantes de todos los países que lo han ratificado.
CPE	Convenio sobre la Patente Europea. También conocido como Convenio de Munich, fue firmado el 5 de octubre de 1973, con 31 Estados miembros en la actualidad.
CT	Conocimiento Tradicional
CTs	Conocimientos Tradicionales
CUB	Convenio de la Unión de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas de 1886.
DOV	Derecho de Obtentor
DPI	Derechos de Propiedad Intelectual
ECT	Expresión Cultural Tradicional
ECTs	Expresiones Culturales Tradicionales
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. Organización específica de la ONU, creada el 16 de octubre de 1945, en la ciudad de Québec que agrupa a 191 países.
FUNAI	Fundación Nacional del Índio. Persona Jurídica de Derecho Privado brasilera, creada por la Ley nº. 5.731, de 05 de enero de 1967, vinculada al Ministerio de la Justicia.
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio. Acuerdo multilateral creado en la Conferencia de La Habana, en 1947, firmado en 1948.
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografía y Estadística. Fundación Pública de la administración federal de Brasil instituida por el Decreto-ley nº 161, de 13 de febrero de 1967.
INDECOPI	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Persona Jurídica de Derecho Público

	de Perú, creado en noviembre de 1992, mediante el Decreto-Ley n°. 25.868.
MERCOSUR	Mercado Común del Sur. Unión subregional integrada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, creado el 26 de marzo de 1991 con la firma del Tratado de Asunción.
MT	Medicina Tradicional
NAFTA	Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Bloque comercial de libre comercio de ámbito regional formado por Estados Unidos, Canadá y México, que entró en vigor 1 de enero de 1994.
OEA	Organización de los Estados Americanos. Organización internacional panamericanista y regional, creada en mayo 1948, con 35 Estados miembros.
OIT	Organización Internacional del Trabajo. Organismo especializado de las Naciones Unidas, fundada el 11 de abril de 1919, en el marco de las negociaciones del Tratado de Versalles.
OINT	Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías. Oficina peruana competente para conocer y resolver, en primera instancia administrativa, las solicitudes de patentes de invención, patentes de modelo de utilidad, diseños industriales, certificados de protección, conocimientos colectivos de pueblos indígenas, circuitos integrados y certificados de obtentor de nuevas variedades vegetales.
OMC	Organización Mundial del Comercio. Organismo internacional que se ocupa de las normas que rigen el comercio entre los países. Creada por las negociaciones de la Ronda Uruguay (1986-1994) y establecida el 1 de enero de 1995, cuenta hoy con 153 Estados miembros.
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Organismo especializado de las Naciones Unidas, creada en 1967, con la firma del Convenio de Estocolmo.
OMS	Organización Mundial de la Salud. Organismo de las Naciones Unidas especializado en gestionar políticas de prevención,

	<p>promoción e intervención en salud a nivel mundial. Organizada por iniciativa del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que impulsó la redacción del primer estatuto que entró en vigor el 7 de abril de 1948. La OMS cuenta hoy con 193 Estados miembros.</p>
ONG	Organización no Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas. Organismo internacional que facilita la cooperación en asuntos como el Derecho internacional, la paz y seguridad internacional, el desarrollo económico y social, los asuntos humanitarios y los Derechos Humanos. Fundada el 24 de octubre de 1945 en San Francisco (California), por 51 países, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, con la firma de la Carta de las Naciones Unidas, en la cual se comprometieron a mantener la paz y la seguridad internacionales, fomentar entre las naciones relaciones de amistad y promover el progreso social, la mejora del nivel de vida y los Derechos Humanos. En la actualidad, la ONU posee 192 Estados miembros.
OTCA	Organización del Tratado de Cooperación Amazónica. Creada en 1995, por Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú, Surinam y Venezuela, países integrantes del Tratado de Cooperación Amazónica, suscripto el 3 de julio de 1978.
PI	Propiedad Intelectual
PIC	Consentimiento Fundamentado Previo
SAPI	Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual. Organismo venezolano en materia de derecho de autor, marcas y patentes, creado según Decreto Presidencial de Venezuela nº. 1768, el 25 de marzo de 1997.
TIEF	Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas. Adoptado por la Conferencia Diplomática el 20 de diciembre de 1996.
UE	Unión Europea. Comunidad de Derecho constituida en régimen de organización internacional <i>sui generis</i> , compuesta

por veintisiete Estados europeos, y su Unión fue establecida con la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea (TUE), el 1 de noviembre de 1993.

UNESCO Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Organismo especializado de las Naciones Unidas, fundado el 16 de noviembre de 1945, con el objetivo de contribuir a la paz y a la seguridad en el mundo mediante la educación, la ciencia, la cultura y las comunicaciones. La UNESCO cuenta con 193 Estados miembros y 7 Miembros asociados.

UNCTAD Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Se estableció en 1964 como un cuerpo intergubernamental permanente de las Naciones Unidas. Es el principal órgano de la Asamblea General de la ONU para los asuntos relacionados con el comercio, las inversiones y el desarrollo.

UPOV Unión Internacional para la Protección de Nuevas Variedades de Plantas. Organización intergubernamental adoptada en París en 1961, revisada en 1972, 1978 y 1991, que en 2005 constaban con 58 Estados miembros.

USPTO Oficina de Marcas y Patentes de los Estados Unidos

WWF Fondo Mundial para la Naturaleza. Gran Organización no Gubernamental mundial conservacionista independiente que cuenta con casi 5 millones de socios y una red mundial de oficinas en 100 países.

INTRODUCCIÓN

Con los últimos avances tecnológicos y científicos pareciera que la mente humana del mundo industrializado hubiera llegado a un punto en que nada nuevo se pudiera inventar. Pero la naturaleza sigue asombrando a la humanidad con nuevas enfermedades, nuevos retos y la amenaza de la misma desaparición del planeta (producto del mismo hombre).

En dicho contexto, el “saber” de las comunidades tradicionales, que suele ser llamado “conocimiento tradicional”, hasta hace pocos años ignorado por la sociedad moderna, ha merecido especial atención desde diversas ópticas, sea como manifestación de la identidad de ciertas comunidades tradicionales, sea como parte fundamental de un patrimonio cultural actualmente expuesto a numerosos y evidentes riesgos; sea como fuente de productos culturales, indicaciones y directrices para el hacer humano en relación con su entorno. De esta forma se ha convertido en valiosa fuente de información para la ciencia moderna. Esto se debe a que existe un reconocimiento general sobre el aporte sustantivo de las prácticas e innovaciones tradicionales en diversas áreas, que van desde el manejo ambiental hasta el desarrollo biotecnológico.

En definitiva, los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades tradicionales se han convertido en un insumo importante para la evolución de la industria biotecnológica y en objeto de investigaciones por las principales industrias de fármacos, semillas, cosméticos, alimentos y agrotóxicos en todo el mundo; además de reconocerse su importancia en la conservación del medio ambiente.

Es innegable la utilidad de las plantas secularmente utilizadas por las comunidades tradicionales en su alimentación, rituales, combate a las plagas y tratamientos medicinales que ofrecen atajos para que científicos de todo el mundo

encuentren sustancias potencialmente interesantes para la industria biotecnológica. Con ese atajo, las industrias ahorran millones de dólares y años en investigaciones. Existe, sin duda, un claro interés comercial en los potenciales del conocimiento tradicional para el desarrollo de fármacos, cosméticos, agricultura, alimentación, biotecnología, entre otros.

Los conocimientos tradicionales tienen innegablemente gran importancia, en los aspectos ambiental, social y económico-financiero; por esto han adquirido gran relevancia en el plano jurídico, económico, social y cultural en el desarrollo de políticas nacionales e internacionales.

A partir de esta constatación y, principalmente, por el hecho de que grandes multinacionales obtienen grandes lucros por la utilización de los saberes en estudio, sin la debida autorización de las comunidades que poseen los mismos y sin el necesario reparto de los beneficios, la cuestión sobre la forma como se han protegido o se deben proteger los conocimientos producidos por las comunidades tradicionales es de fundamental importancia.

Concurren, en torno al tema, posturas no siempre conciliables. Por una parte, las comunidades tradicionales reivindican derechos colectivos sobre sus conocimientos ancestrales y el derecho pleno a decidir sobre su uso y divulgación; por otra parte, los Estados que, a pesar de haber adquirido el compromiso de reconocer estos derechos a las comunidades tradicionales, ya sea por vía de la ratificación del Convenio sobre la Diversidad Biológica o por legislaciones y marcos constitucionales nacionales, se enfrentan a limitaciones institucionales, políticas y jurídicas para el establecimiento de mecanismos efectivos de cumplimiento.

También en el nivel internacional se ve en el interior de algunos organismos que se están produciendo dinámicos procesos de discusión y establecimiento de marcos normativos para la regulación y protección de los conocimientos tradicionales. Es el caso, por ejemplo, de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y su Comité Intergubernamental sobre Recursos Genéticos y Propiedad Intelectual, Conocimientos Tradicionales y Folklore (Comité Intergubernamental de la OMPI), de la Organización Mundial del Comercio y su Consejo del Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), de la Convención sobre Diversidad

Biológica, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y Cultura, y algunos foros regionales como la Comunidad Andina.

A pesar de los grandes avances que hemos presenciado en los últimos años en el reconocimiento del papel de los derechos de las comunidades tradicionales expresados por los esfuerzos normativos que buscan regular el acceso a los conocimientos tradicionales, los retos son aún muy grandes. Esto se debe especialmente a que se han utilizado parámetros que no necesariamente se ajustan a las dinámicas de producción, conservación y desarrollo de esos conocimientos, ni garantizan la protección de los derechos, la participación, el desarrollo y el bienestar de las comunidades tradicionales.

La falta de protección jurídica, o la deficiente protección, mediante institutos que se muestran inadecuados, han originado continuos casos de apropiación de los recursos genéticos y de los conocimientos asociados a la biodiversidad; lo cual se puede calificar como piratearía de la biodiversidad o, simplemente, biopiratería.

Por ello, un régimen eficaz de protección debe suponer no sólo una herramienta jurídica adecuada, sino también un proceso de reconocimiento y ejercicio de los derechos que tenga en cuenta aspectos que permitan contrarrestar una erosión cultural creciente que tiene efectos directos en el mantenimiento y desarrollo de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales.

Muchos defienden la idea de que los conocimientos tradicionales deben ser protegidos por el sistema de derechos de propiedad intelectual, pues la propiedad intelectual se ha convertido en una institución jurídica de gran importancia para el mundo, dado que se considera un bien capaz de determinar el futuro de nuestra sociedad con relación a la protección de las creaciones advenidas de forma inventiva de la mente humana. No obstante, debe tenerse en cuenta que los conocimientos producidos por las comunidades tradicionales no forman parte de los patrones establecidos por el contexto occidental de propiedad intelectual.

En términos sencillos, la propiedad intelectual clásica y sus diferentes instrumentos no han servido – o al menos no se ha comprobado que sean el

medio idóneo – para proteger los diferentes intereses de las comunidades tradicionales sobre sus conocimientos e innovaciones intelectuales.

Los conocimientos tradicionales son producciones intelectuales, pero son conocimientos y saberes producidos de forma particular y dotados de especificidades que los distinguen de las producciones intelectuales ordinarias. Son conocimientos producidos colectivamente, teniendo así una titularidad colectiva, o muchas veces hasta difusa. Por esta y otras razones que serán expuestas a lo largo de este trabajo, el instituto de la propiedad intelectual, como está establecido hoy, en especial los institutos de patente y derecho del autor, no son adecuados para proteger, reconocer, retribuir y compensar a las comunidades tradicionales por sus esfuerzos que se reflejan en creaciones en el campo artístico, artesanal, tecnológico, ambiental, agroindustrial, medicinal, entre otros.

De ahí la necesidad de un sistema *sui generis* de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales; esto es, una diversidad de normas legales que respete la diversidad de conocimientos. Cuando nuevos institutos jurídicos surgen, con nuevas características y naturaleza jurídica diversa de los institutos protegidos por el Derecho positivo vigente, es imprescindible que un nuevo derecho surja. Esto, por lo tanto, remarca la importancia de esta investigación.

En este trabajo se busca ofrecer una reflexión sobre la temática relacionada con la protección de los conocimientos tradicionales, incluyendo las expresiones culturales tradicionales, con especial referencia a los institutos de la patente y de derecho de autor. Ahora bien, no queremos solamente analizar la cuestión de cómo son protegidos los conocimientos producidos por las comunidades tradicionales en el ámbito internacional, sino que nos proponemos demostrar la posibilidad de la creación de un sistema *sui generis* capaz de atender a las necesidades y expectativas de las comunidades tradicionales en relación con sus conocimientos.

Debe aclararse, en primer lugar, que el debate sobre la protección de los conocimientos tradicionales es reciente y está muy lejos de concluir; en segundo, que no se pretende plantear soluciones universales para todos los problemas enfrentados por las comunidades tradicionales con relación a sus conocimientos. Todo lo contrario, la tesis central de esta investigación ofrece precisamente la

posibilidad de encontrar alternativas adecuadas que satisfagan a las diferentes comunidades tradicionales pero con un gran objetivo de mira; a saber, sugerir medidas e instrumentos para contribuir al establecimiento y aplicación de marcos jurídico-institucionales que favorezcan el mantenimiento y revitalización de los sistemas de conocimientos tradicionales, además de reflexionar sobre algunos elementos esenciales para el desarrollo de un sistema *sui generis* para proteger los conocimientos tradicionales en función de sus características específicas.

Por todo lo expuesto, el objetivo general de este trabajo es analizar las características e importancia de los conocimientos tradicionales y la naturaleza de los derechos sobre los mismos, a través de un tratamiento jurídico y sociológico, discutiendo la ineficacia del sistema internacional de protección de la propiedad intelectual, con especial referencia a los institutos de patente y derecho de autor, en relación con la protección de los conocimientos producidos por las comunidades tradicionales.

Además del objetivo general tenemos como objetivos específicos:

- Conceptuar lo que se entiende por conocimiento tradicional, incluyendo en él las expresiones culturales tradicionales, destacando su importancia social, ambiental y económica.
- Caracterizar los derechos sobre los conocimientos tradicionales como derechos intelectuales colectivos, reclamando, así, una adecuada protección jurídica.
- Destacar el tratamiento dispensado por algunos foros internacionales y regionales, y algunas legislaciones nacionales a los derechos intelectuales de las comunidades tradicionales.
- Demostrar la inadecuación e ineficacia del sistema internacional de la propiedad intelectual en la protección de los conocimientos tradicionales, analizando los principales institutos y principios que regulan los distintos sistemas de protección, en especial los institutos de patente y derecho de autor, utilizados para proteger los conocimientos tradicionales de naturaleza técnica y las expresiones culturales tradicionales, respectivamente.
- Dada la ineficacia de los sistemas de patente y derechos de autor para proteger los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales,

proponer el desarrollo de un sistema *sui generis* de protección que garantice los derechos sobre los conocimientos producidos por las comunidades tradicionales.

La pretensión del presente trabajo es ofrecer una visión panorámica del contexto en el que nace y se desarrolla el conocimiento tradicional, deteniéndonos en los aspectos que reflejen la importancia de los mismos tanto para la supervivencia de las comunidades tradicionales como para la sociedad occidental, y, por lo tanto, la necesidad de una efectiva protección.

En cuanto al método de investigación empleado hemos optado por un método dialéctico o de contrapunto, situando el conocimiento tradicional en el contexto de los derechos de propiedad intelectual.

La contradicción presentada es la tensión existente entre el modo de tratamiento dispensado a los conocimientos individuales por los organismos internacionales en relación con el sistema protector de la propiedad intelectual y la sistemática inherente al modo de producción y desarrollo de los conocimientos tradicionales. A partir de ésta, se busca analizar una nueva estructura y una efectiva protección de los derechos intelectuales de las comunidades tradicionales. Este método permite entender los institutos en cuestión a partir de la contradicción presentada, situándolos en su contexto social, jurídico y económico.

En cuanto a los métodos de proceder en relación con etapas más concretas de la investigación para alcanzar los objetivos propuestos, utilizamos básicamente el dogmático jurídico, mediante el análisis socio-jurídico-crítico de bibliografías y documentos relacionados con el tema en estudio.

Para conseguir los objetivos propuestos fue fundamental no sólo la búsqueda de los principales autores que escribieron sobre el tema, sino también de las informaciones sobre las principales características de los conocimientos tradicionales para demostrar la inadecuación del sistema de patente para la protección de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos y del derecho de autor para la protección de las expresiones culturales tradicionales. Así pues para el desarrollo de este trabajo utilizamos como método la investigación bibliográfica, que se fundamenta en el estudio de la bibliografía

publicada en forma de libros, revistas y publicaciones digitales escritos sobre el tema.

Asimismo, es importante enmarcar que las obras y tesis escritas sobre el tema de nuestro estudio aún son incipientes y superficiales, y han dado poco enfoque a la naturaleza jurídica de los derechos sobre los conocimientos objeto de este trabajo; de ahí que enfrentáramos algunas dificultades en el desarrollo de la investigación. Entre las dificultades encontradas queremos destacar sobre todo la falta de análisis de los elementos que hacen del sistema de patente y derecho de autor inadecuados para proteger los conocimientos tradicionales y la falta de análisis de la naturaleza jurídica de los derechos sobre los conocimientos tradicionales.

Es constatable que la mayoría de los autores que escriben sobre el tema de la protección de los conocimientos tradicionales se muestran contrarios a la referida protección vía el sistema de propiedad intelectual. Por otra parte, cabe apuntar, que estos autores, en la gran mayoría, no justifican sus posicionamientos, limitándose a señalar que el sistema de patente y derecho de autor son inadecuados o insuficientes para proteger los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales.

Además de los autores, apoyamos nuestros análisis en leyes nacionales de algunos países así como algunos textos legales internacionales, como el Convenio sobre la Diversidad Biológica, por ejemplo. En este supuesto también hay que advertir que enfrentémonos algunas dificultades pues la gran mayoría de esos textos legales son muy vagos y a veces muy contradictorios con relación a la efectiva protección de los conocimientos tradicionales y solamente enfatizan los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos.

En lo relativo a la estructura, el presente trabajo está constituido por cinco capítulos, además de la introducción y de la conclusión. El capítulo primero inicia la investigación y, para ello, se presenta una 'fotografía' de las comunidades tradicionales y de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales. En este capítulo se efectúa la conceptualización, caracterización, importancia de los conocimientos tradicionales y se analiza la naturaleza jurídica de los derechos sobre los conocimientos tradicionales, generados, conservados y desarrollados en el tiempo por parte de las comunidades tradicionales. Asimismo, se presentan

algunos de los principales problemas enfrentados por esas comunidades, especialmente en relación con la protección de sus conocimientos.

Es importante destacar que este capítulo permite una ubicación de los conocimientos tradicionales dentro de un contexto social, cultural, político y jurídico que justifica y sustenta los demás capítulos de la tesis.

En el capítulo segundo se destacan los intentos actuales para proteger los conocimientos tradicionales. Para ello, en primer lugar se subraya el debate en curso acerca del tema en algunos importantes foros internacionales como el Convenio de la Diversidad Biológica, la UNESCO, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, la Organización Mundial del Comercio; así como, en el plano regional, en foros como el Mercado Común del Sur y la Comunidad Andina. A continuación, se hace una breve reseña de los principales desarrollos políticos y normativos para la protección de los conocimientos tradicionales por parte de algunos países.

En este punto vale la pena justificar por qué se han incorporado algunos países y se han excluido otros de esta investigación. La razón es relativamente sencilla: en algunos países se ha avanzado más que en otros en materia de discusión política y jurídica sobre la protección de los conocimientos tradicionales y, por otro lado, la información sobre esos procesos e iniciativas se encuentra bastante más disponible y accesible en unos que en otros.

En el capítulo tercero nos dedicaremos a analizar la protección de los conocimientos tradicionales por vía del sistema de patentes, tratando de demostrar la inadecuación del mismo para proteger los conocimientos de titularidad colectiva producidos por las comunidades tradicionales.

Debe tenerse presente de todos modos que no tenemos la finalidad de realizar una descripción minuciosa y profunda del sistema de patentes. Solamente se destacan algunos aspectos que ilustran lo inadecuado que resulta este sistema frente al objeto que pretende regular: los conocimientos tradicionales. Con tal propósito se presentan los principales puntos del contenido del sistema de patentes, contraponiéndolos a la especificidad de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales.

En el capítulo cuarto, con la misma sistemática y las mismas observaciones del capítulo anterior – especialmente en lo que se refiere a la no descripción minuciosa de todos los aspectos del sistema de derecho de autor –, demostraremos la inadecuación del sistema de derecho de autor para proteger las expresiones culturales tradicionales.

En el quinto y último capítulo se proponen medidas específicas a través de las cuales podrían protegerse legalmente los conocimientos tradicionales, tanto a nivel nacional como internacional. En este capítulo se desarrolla la idea de un sistema *sui generis* de protección como alternativa para proteger las diferentes manifestaciones de los conocimientos tradicionales de las diferentes comunidades tradicionales existentes.

En esta propuesta se tienen especialmente en cuenta las condiciones requeridas para la preservación, difusión y protección de los conocimientos tradicionales, que busquen mantener y estimular el sistema de innovación en el cual se origina, permitiendo que tanto amplias capas de la población mundial, como las comunidades que lo han producido, guardado y desarrollado se beneficien de él.

Por fin, se recogen las principales conclusiones de esta Tesis Doctoral, que no tiene la presunción de agotar el debate en torno a los conocimientos tradicionales. En la medida en que el presente trabajo pueda provocar la conciencia, la reflexión y la búsqueda de soluciones por parte de los Estados, de los organismos internacionales y de las partes interesadas en el asunto, a partir de la problemática en cuestión, habremos conseguido nuestro objetivo.

En conclusión, en línea con los límites de esta Tesis, este trabajo tratará de presentar la singularidad y especificidad de los conocimientos tradicionales; la ineficacia de los sistema de patentes y derecho de autor para proteger los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades tradicionales; y el diseño de un sistema alternativo de protección *sui generis*, capaz de no sólo proteger, sino salvaguardar y desarrollar los derechos, los usos, las costumbres y las tradiciones de las comunidades tradicionales.

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS SOBRE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES COMO DERECHOS INTELECTUALES COLECTIVOS Y LA NECESIDAD DE PROCEDER A SU CORRECTA PROTECCIÓN

I. LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y LA CIENCIA OCCIDENTAL

La producción y el desarrollo del conocimiento son procesos que no están reservados a un solo pueblo o a una sola nación. A lo largo de la historia de la humanidad, podemos constatar diferentes tipos de creaciones y formas distintas de fomentar el desarrollo social y económico, de acuerdo con las especificidades de cada comunidad que derivan, por ejemplo, de factores relacionados con el territorio, la cultura, con elementos ético-morales, además del idioma. Esto, sin embargo, no significa que exista un grado de jerarquía entre el conocimiento de los pueblos; sino que las producciones de un pueblo están directamente relacionadas con su cultura y que, por lo tanto, son distintas de otros pueblos, y no inferiores o superiores.

Asimismo, la creatividad inventiva del hombre no es una producción aislada, sino el producto de millares de años de evolución de la sociedad humana, en cualquier parte en que ella estuviera presente. En verdad, cuando un nuevo bien o un proceso de producción es creado, ello está influenciado por todo el contexto socio-cultural en el cual está inmerso su autor.

Teniendo en cuenta las diversas idiosincrasias de los distintos pueblos, es evidente que las producciones intelectuales no son uniformes. No obedecen todas ellas a un mismo parámetro epistemológico. No obstante, parece que la sociedad occidental ha acuñado los patrones de aquello que puede o no ser considerado ciencia. El “ser ciencia” actual está directamente expresado por medio de categorías y abstracciones de la racionalidad científica moderna que excluye cualquier tipo de conocimiento que no encaje en estas categorías¹.

En efecto, parece que de acuerdo con el pensamiento científico occidental el conocimiento se ordena jerárquicamente de forma vertical². Y es esta jerarquización del conocimiento la que permite que la ciencia occidental imponga única y exclusivamente sus avances tecnológicos como invenciones que crean nuevas formas de vida y de conocimiento³.

Esta posición ha determinado que los conocimientos producidos por las comunidades tradicionales sean tradicionalmente tratados por la sociedad occidental como conocimientos de segunda categoría⁴. Consecuentemente, una

¹ SHIVA, V. *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*. Petrópolis, Vozes, 2001. Para la autora, la ciencia occidental es una ciencia que reduce. Este tipo de ciencia es criticado por ella no por lo que incluye en el ser ciencia, sino por lo que deja de incluir.

Señalamos que en este trabajo todas las traducciones a la lengua española fueron hechas por la autora.

² La cultura científica occidental parte de una concepción del mundo a partir de una perspectiva fragmentada, donde cada elemento puede ser analizado y definido sin ser considerado en su integración con el todo. Además, en la cultura occidental el conocimiento se ordena jerárquicamente. Este modelo científico siempre invalidó, subestimó e hizo invisibles los demás sistemas de conocimiento, designándolos como “no científico”. En esta visión occidental del mundo, el conocimiento tradicional ha sido menospreciado. Según MARCOS TERENA “*la idea del mundo europeo y en general la occidental era que toda razón, sabiduría y verdad estaban concentradas en la civilización occidental. Las demás naciones y civilizaciones eran atrasadas e infantiles, en ellas no existía la sabiduría real, sino únicamente mitología y que, además, era valorada como superstición*”. MORIN, E. *Saberes globais e saberes locais: o olhar transdisciplinar*. Participação de Marcos Terena. Rio de Janeiro, Garamond, 2000, p. 27. Para Rêgo, ese “*paradigma fragmentador, reduccionista y excluyente de otros saberes es la base de la comprensión que construye el desarrollo en nuestra sociedad contemporánea*”. RÊGO, P. A. *Biodiversidade e repartição de benefícios*. Curitiba, Juruá Editora, 2010, p. 43.

³ Sobre el proceso de construcción del pensamiento moderno científico, especialmente en su relación con la función de la propiedad intelectual ver AMANAJÁS, G. “A invenção e a reinvenção do Sistema de Propriedade Intelectual”, en BARROS, B. S.; GARCÉS, C. L. L.; MOREIRA, E. C. P.; PINHEIRO, A. S. F. (Orgs.). *Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais*. Belém, Museu Paraense Emílio Goeldi, Centro Universitário do Pará, 2007, pp. 195-208.

⁴ La tensión entre el conocimiento científico y el conocimiento tradicional puede ser vista en SILVA, L. M.; CARDOSO, W. C.; MOREIRA, E. C. P.; SOARES, G. A. “Incentivo à proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: uma proposta de educação ambiental”, en BARROS, B. S.; GARCÉS, C. L. L.; MOREIRA, E. C. P.; PINHEIRO, A. S. F. (Orgs.). *Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais...*, *op.cit.*, pp. 209-240, pp. 220-224; igualmente,

vez que los conocimientos tradicionales (en adelante, CTs) no son considerados conocimientos propiamente dichos, su apropiación por parte de científicos o empresas de países desarrollados no es encarada como una forma de robo o piratería. Su utilización libre y sin culpa se basa en el entendimiento de que esos conocimientos son parte del llamado “dominio público” dentro del sistema de protección de la propiedad intelectual internacional. Aún así, no cabe olvidar distintas iniciativas tomadas en los últimos años tendentes a lograr una adecuada protección de los conocimientos tradicionales⁵.

Es evidente que hay muchas diferencias entre el saber tradicional y el saber científico occidental. No obstante, es necesario reconocer que el hecho de que los CTs no estén insertos en el contexto de la cultura científica de visión eurocéntrica, no significa que ellos no sean ciencia, o no sean también conocimientos⁶. El líder indígena brasileño MARCOS TERENA, en una ponencia

PINHEIRO, A. S. F.; BARROS, B. S.; BARBOSA, N. C. S.; SOUZA, A. M. F. “A proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais na Amazônia; pesquisa, inovação e desenvolvimento: há parceria possível?”, en BARROS, B. S.; GARCÉS, C. L. L.; MOREIRA, E. C. P.; PINHEIRO, A. S. F. (Orgs.). *Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais...*, op.cit., pp. 241-258.

⁵ Cabe destacar, en este sentido, la labor de la OMPI y la OMC que se han convertido en dos de los principales foros de discusión acerca de la adecuada protección de los CTs. Sin perjuicio de su desarrollo ulterior, destacamos ahora algunos de los documentos de trabajo más relevantes: **OMPI**. “Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de Propiedad Intelectual de los titulares de los conocimientos tradicionales. Informe de la OMPI relativo a las misiones exploratorias sobre Propiedad Intelectual y conocimientos tradicionales (1998-1999)”. Ginebra, 2001, p. 43; **OMPI**. Doc. WIPO/GRTF/IC/12/5(a). Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “Reproducción del documento wipo/grtkf/ic/9/5: ‘la protección de los conocimientos tradicionales: revisión de objetivos y principios’”, 6 de diciembre de 2007. Disponible en <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_12/wipo_grtkf_ic_12_5_c.doc>. Consultada el 20 de mayo de 2011. **OMPI**. Doc. WIPO/GRTKF/IC/8/8/REV. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “Reconocimiento de los conocimientos tradicionales en el sistema de patentes: borrador provisional”, 3 de junio de 2005; **OMPI**. Doc. WIPO/GRTKF/IC/10/5. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “La protección de los conocimientos tradicionales: proyectos de objetivos y principios”, 2 de octubre de 2006; **OMC**. IP/C/W/368/Rev.1. Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, 8 de febrero de 2006; **OMC**. Doc. IP/C/W/370/Rev.1. Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio. “Protección de los conocimientos tradicionales y el folclore: resumen de las cuestiones planteadas y de las observaciones formuladas”, 9 de marzo de 2006. Disponible en <http://www.wto.org/english/tratop_e/TRIPS_e/ipcw370r1.doc>. Consultada el 30 de marzo de 2011; **OMC**. Doc. IP/C/W/469. Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio. “Párrafo 3 b) del artículo 27, relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore”, 13 de marzo de 2006.

⁶ SHIVA llama la atención sobre las distorsiones existentes en la propia definición de conocimiento, de forma que se considera el conocimiento occidental como “científico” y las tradiciones no occidentales como “no científicas”, afirmando que los sistemas tradicionales de

en la Universidad de Brasilia, señala que: “...no ser moderno, no ser desarrollado, no significa ser culturalmente o intelectualmente pobre. Porque nosotros, los indios, nacemos con un conocimiento, incluso religioso y espiritual, y cuando llegó la civilización nada de esto tuvo valor o sentido. Porque el hombre blanco no sabía comprender el lenguaje del hombre indígena”⁷.

Nótese que la diferencia entre el conocimiento tradicional y el conocimiento científico no está sólo relacionada con la forma de producción o comprobación del conocimiento, sino sobre todo con la concepción del mundo, la forma de apropiación del territorio, y con los medios de generación e innovación de recursos y prácticas por parte de quienes los crean y los desarrollan⁸.

Esa idea queda magníficamente expresada en las palabras de LORENZO MUELAS, senador colombiano y destacado líder del pueblo indígena gambiano, según el cual “el mundo occidental, sus científicos y técnicos, piensan todo en casillas, cada profesional tiene su área exclusiva y desarrolla sus temas separados. Cuando se inventaron el nombre ‘biodiversidad’ comenzaron también a hacer sus cajoncitos: los animales, y las plantas por aquí, los seres humanos por allá, los conocimientos en otra cajita y así sucesivamente. Nosotros miramos

conocimiento tienen sus propias bases científicas que los diferencian de los sistemas de conocimiento occidental, que es reductor y cartesiano, pero no por eso dejan de ser ciencia. SHIVA, V. “The politics of knowledge at the CBD”, in *Third World Network*. Disponible en <<http://www.twinside.org.sg/title/cbd-cn.htm>>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

⁷ MORIN, E. *Saberes globais e saberes locais...*, op.cit., p. 23.

⁸ “La cultura indígena presenta diferencias fundamentales con la ciencia ‘occidental’, respecto a la concepción y apropiación del mundo, del territorio y de las formas para la generación e innovación de recursos y conocimientos: los indígenas conciben el mundo desde una visión holística, integral, global, plural, colectiva, biodiversa, interdependiente, complementaria e indivisible; la ciencia occidental tiende a apropiarse del mundo de una forma reductora, parcializada, especializada, divisible, homogénea e individual”. ALONSO, G. O. V. “La Chagra: patrimonio colectivo de las comunidades indígenas amazónicas”, en FLORÉZ, M. (Org.). *Diversidad biológica y cultural: retos y propuestas desde América Latina*. Bogotá, Grupo Ad Hoc sobre Diversidad Biológica, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos – ILSA, 1998, p. 166. Según DUTFIELD, los CTs se diferencian de los conocimientos científicos occidentales por las siguientes razones: 1) se registran y se transmiten por vía oral; 2) se aprenden mediante la observación y la experiencia práctica; 3) se basan en el entendimiento de que los elementos de la materia tienen una fuerza de la vida; 4) no consideran la vida humana como superior a otros elementos animados e inanimados, pero creen que todas las formas de vida tienen parentesco y son interdependientes; 5) es una concepción holística y no reductora; 6) son conocimientos más intuitivos que analíticos, y son principalmente cualitativos en lugar de cuantitativos; 7) se basan en datos generados por los usuarios de los recursos propios, en lugar de grupos especializados de investigadores; 8) tienen sus raíces en un contexto social que ve el mundo en términos sociales y espirituales, con relaciones entre todas las formas de vida; y, 10) sus explicaciones derivan a menudo de los fenómenos ambientales, con experiencias colectivas acumulativas y espirituales. DUTFIELD, G. *Intellectual Property, biogenetic resources and traditional knowledge*. Earthscan, 2004, pp. 93-94.

*el mundo de una manera totalmente diferente, lo miramos en su conjunto, con todos sus componentes, con todo lo que existe en la naturaleza, con lo que produce la naturaleza y en su relación con los conocimientos. El mundo de nosotros es un mundo de circunferencia, donde están los dioses, donde están los sitios sagrados, las grandes rocas, los grandes ríos, las montañas, donde están las plantas y los animales, donde sale el sol, el rayo solar que preña la tierra para que ella pueda parir. Y ahí está también el indígena, haciendo parte de la naturaleza. Y como además pensamos que la naturaleza es de los dioses, que nosotros somos tan sólo sus guardianes y administradores, consideramos que la tierra es nuestra madre y por eso no cabe en nuestra cabeza pensar en explotarla o negociar con ella. Por el contrario, le tenemos un gran aprecio y respeto, y tratamos de que nuestra relación con ella nunca sea violatoria de su integridad, sino más bien buscarnos asegurar ese delicado equilibrio que debe existir entre todos*⁹.

Esta diferencia de concepción del mundo y de la explotación de la naturaleza debe ser respetada y tenida en cuenta, tanto en la elaboración de políticas públicas, cuanto en los análisis jurisprudenciales y doctrinales a la hora de tratar temas que son valiosos para las comunidades tradicionales.

De este modo, parece que el debido análisis de los conocimientos no occidentales no puede ser hecho dentro de los mismos parámetros de validez de la ciencia occidental, bajo pena de desconsiderar la producción intelectual nacida en diferentes partes del mundo y que es vital como atajo en el descubrimiento de productos para las industrias bioquímicas, de alimentos y fármacos, entre otras; más allá de ser importante en la conservación de la biodiversidad con la cual estos conocimientos están relacionados.

⁹ ALONSO, G. O. V. "La Chagra...", *op.cit.*, p. 173. Igualmente se afirma que "la oposición entre naturaleza y cultura realizada en el mundo occidental, en verdad, no funciona entre los pueblos autóctonos, pues entre ellos no se admite la marginalización de una y la supervaloración de la otra. Lo que existe es una convivencia familiar entre las realidades, basadas en el respeto mutuo, de tal modo que esa situación estructural se mantenga, se preserve y se transmita a las futuras generaciones. Como vemos, la experiencia de esos pueblos, que se resisten a ser excluidos, produce identidades forjadas en alianzas fuertes, definitivas, con sus tierras, territorios y recursos". BARBOSA, C. G. A. *Terra, território e recursos naturais: cultura, sociedade e política para povos autóctonos*. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo, 2000, p. 61. En el mismo sentido, International Council for Science. "Science traditional knowledge and sustainable development", ICSU, Series on Science for Sustainable Development, n°. 04, 2002, p. 09.

Es importante resaltar también que, la ciencia, además de ser una expresión tanto de la creatividad humana individual como de la creatividad colectiva, no se restringe a la ciencia occidental e incluye conocimientos oriundos de diversas culturas de diferentes períodos de la historia¹⁰.

Todo ello nos lleva a afirmar que los conocimientos, el saber científico, las producciones intelectuales tradicionales precisan ser analizados dentro de un ángulo y visión más abiertos, a fin de que esos conocimientos vengan a recibir la debida protección jurídica, al igual que las producciones intelectuales occidentales, respetadas sus diferencias y sus peculiaridades. Esos conocimientos deben ser reconocidos y valorados dentro de sus especificidades, en especial por la importancia económica que representan en el descubrimiento de nuevas invenciones de aplicaciones industrial y comercial. Además, el reconocimiento de las diversas tradiciones de creatividad es un componente esencial para mantener vivos diferentes sistemas de conocimiento.

¹⁰ “La ciencia es una expresión de la creatividad humana, tanto la individual como la colectiva. Una vez que la creatividad tiene diversas expresiones, considero la ciencia como una iniciativa pluralista que engloba diferentes ‘maneras de conocer’. Para mí, ella no se restringe a la ciencia occidental, mas incluye los sistemas de conocimiento de diversas culturas en diferentes períodos de la historia”. SHIVA, V. *Biopirataria...*, *op.cit.*, p. 29. DUTFIELD también hace un importante comentario acerca del hecho de no considerar los CTs como conocimientos científicos. Para él, parece razonable afirmar que algunos conocimientos tradicionales son, hasta cierto grado, científicos, aunque la forma de expresión puede parecer muy diferente de la ciencia occidental para la mayoría de nosotros. Por ejemplo, una persona indígena es un científico. Tanto él como un científico occidental saben qué extracto de corteza de quina puede curar la malaria. Pero, es probable que describan lo que saben de manera muy diferente, y que puedan ser mutuamente ininteligibles. DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 94.

II. CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS E IMPORTANCIA DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

1. Concepto de conocimientos tradicionales

1.1. Planteamiento del problema

Construir un concepto de lo que ha de entenderse por “conocimientos tradicionales” no es tarea fácil. Por un lado, diversos autores y organismos presentan diferentes propuestas de lo que el mismo comprende. Por otro, e íntimamente relacionado con lo anterior, no existe una definición internacionalmente aceptada de “conocimientos tradicionales” como tal. Los participantes en los debates sobre la protección de los CTs utilizan expresiones y definiciones diferentes para designar el conocimiento tradicional de acuerdo con el aspecto que quieren destacar.

En efecto, el propio término “conocimientos tradicionales” está lejos de ser pacífico. Por el contrario, se constata la existencia de una pluralidad de términos utilizados para designar este tipo de conocimiento. Así, al lado de “conocimientos tradicionales” se utilizan expresiones como: “conocimientos indígenas”, “conocimientos comunitarios”, “conocimientos tradicionales y locales”, “conocimientos locales”, “conocimientos ecológicos locales”, “conocimientos medioambientales tradicionales”, “tradición aborígen”, “patrimonio cultural”, “patrimonio indígena”, “propiedad intelectual y cultural indígena”, “propiedad intelectual indígena”, “conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales”, “folclore”, “expresiones del folclore”¹¹.

¹¹ MASSAGUER, J. “Algunos aspectos de la protección jurídica de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos mediante el Sistema de Propiedad Intelectual”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXIII, 2002, pp. 197-221, p. 199. Vid., también, DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, *op.cit.*, pp. 91-92; **WIPO**. Doc. WIPO/GRTKF/IC/3/9. Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore. “Traditional knowledge: operational terms and definitions”, 20 de mayo de 2002, p. 18. Disponible en <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_13/wipo_grtkf_ic_13_5_a.pdf>.

Intentaremos en este trabajo aclarar algunos de estos términos, pues algunos, a pesar de ser diferentes, quieren designar la misma cosa, mientras que otros, a pesar de ser utilizados para designar la misma cosa, no son sinónimos.

Con todo, conviene avanzar que, a pesar de estas divergencias terminológicas, en este trabajo vamos utilizar el término “conocimientos tradicionales”, por ser el más usual. Además, es también el término utilizado por el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos (GIC) de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), por la Organización Mundial del Comercio (OMC), por la Declaración Ministerial de Doha, y por muchos otros organismos internacionales y nacionales¹².

Por otra parte, junto al problema derivado de la multiplicidad de términos utilizados para designar lo que en este trabajo vamos a llamar “conocimientos tradicionales” (CTs), otra dificultad para establecer un concepto del término reside, tal como enunciara el Profesor MASSAGUER, en *“la pluralidad de enfoques bajo los cuales se puede abordar el estudio y tratamiento de los conocimientos tradicionales y, en consecuencia, el desplazamiento del centro de gravedad de un lado a otro del espectro de preocupaciones y objetivos políticos-legislativos”*¹³.

Consultada el 29 de marzo de 2011.

¹² **WIPO**. Doc. WIPO/GRTKF/IC/3/9..., *op.cit.*, p. 08. Vid., también, **OMC**. Doc. IP/C/W/370/Rev.1..., *op.cit.*, p. 02; **OMC**. Declaración Ministerial de Doha. Art. 19. Disponible en <<http://scm.oas.org/Reference/spanish/COMERCIO/DECLARACION%20DE%20DOHA%20DEC1-spa.doc>>. Consultada el 29 de marzo de 2011; **CAN**. “Elementos para la protección *sui generis* de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena”. Documento consensuado por el Grupo de Trabajo de Expertos Indígenas sobre Conocimientos Tradicionales de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), 18 de octubre de 2004, p. 03. Disponible en <<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/DInformativos/SGdi724.doc>>. Consultada el 28 de marzo de 2011.

¹³ En efecto, este autor pone de manifiesto como *“algunas definiciones se hallan fuertemente condicionadas por consideraciones relacionadas con el reconocimiento y protección de derechos humanos, como la contenida en el artículo 29 del Proyecto de Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas [el referido proyecto fue aprobado por la Asamblea General de la ONU el 13 de septiembre de 2007] o la que se encuentra en el documento ‘Principios y directrices para la protección del patrimonio de los pueblos indígenas’ elaborado bajo los auspicios del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas; otras ponen el centro en aspectos relacionados con la preservación de la biodiversidad, como el artículo 8.j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica; otras priman los aspectos de carácter cultural, como se hace en el artículo 3.c) de la Ley australiana de Protección del Patrimonio de los Aborígenes y los Isleños del Estrecho de Torres; otras se hallan enmarcadas en acciones relativas a la salud pública, como sucede en las Directrices de la Organización Mundial de la Salud sobre metodologías relativas a la investigación y la evaluación de la medicina tradicional, y, en fin (...) otras revelan preocupaciones humanitarias y tienden a la superación de situaciones de*

Pese a estas dificultades, es necesario conceptualizar o intentar llegar lo más próximo posible a un concepto generalmente aceptado de conocimiento tradicional. Y ello porque la forma en la que los CTs se definan tiene importantes implicaciones sobre el tipo y la cobertura de su régimen de protección. Es decir, la determinación del régimen de protección para los CTs, sea entre los existentes, sea entre los de nueva creación, está directamente relacionada con la precisión acerca de lo que está comprendido en la definición de estos conocimientos.

1.2. Conocimientos tradicionales y comunidad tradicional

1.2.1. Aproximación al concepto de comunidad tradicional

Para empezar y para comprender mejor lo que son los CTs, se hace preciso previamente aclarar el término “comunidad tradicional”, por ser el lugar donde son producidos y desarrollados los CTs.

En una primera aproximación al término, vale la pena destacar la complejidad y la diversidad de las comunidades tradicionales. Frente a las conocidas similitudes de los contextos sociales, económicos, culturales, religiosos, políticos y legales que circundan a estas comunidades – por ejemplo la exclusión social, económica y laboral; el aislamiento geográfico; la pobreza en términos de ingreso económico – se presentan también considerables diferencias entre ellas.

De forma paradójica, si hay algo que pueda ser tomado como característico o como una regla en estas comunidades es justamente su diversidad. Diversidad que puede ser identificada en sus diferentes lenguas, religiones, culturas, organizaciones políticas, sociales y jurídicas¹⁴.

emergencia (...), como la que se encuentra en el artículo 16.g) del Convenio de Naciones Unidas para luchar contra la desertificación en aquellos países con serios problemas de sequía y/o desertificación, particularmente en África.” MASSAGUER, J. “Algunos aspectos de la protección jurídica de los conocimientos tradicionales...”, op.cit., pp. 199-200.

¹⁴ De acuerdo con AKOUN, “*las sociedades arcaicas, en un número superior a tres mil, apenas tienen en común sus diferencias con las sociedades a las que se da el nombre de ‘históricas’. Difieren tanto entre ellas como las sociedades europeas unas de otras*”. AKOUN, A. (Org.). *Diccionario de antropología: do homem primitivo às sociedades actuais*. Viseu, Verbo, 1983, p. 196.

Estas diferencias incluyen también distintos grados de integración con la sociedad urbana o ‘moderna’, diferentes niveles de conexión con los mercados, mayor o menor asimilación de patrones culturales foráneos; mayor o menor aceptación de las estructuras jurídicas y sociales formales existentes; variados intereses con relación al tema de los CTs (por ejemplo un mayor interés por elementos de la artesanía o textiles tradicionales frente a una mayor preocupación por las plantas medicinales y sus aplicaciones), entre otros¹⁵.

Por esta situación un tanto paradójica – de similitudes y diferencias –, es muy difícil delimitar rasgos comunes que permitan una definición unívoca de lo que serían las “comunidades tradicionales”; del mismo modo que también resulta difícil señalar elementos que caractericen las “comunidades indígenas”, la “comunidad negra”, la “comunidad ribereña”, que quedan incluidas en el concepto de comunidad tradicional, en virtud de la especificidad cultural de la población que las componen.

Esto significa que la diversidad cultural puede ser enfocada tanto desde el punto de vista de las diferencias existentes entre las comunidades indígenas y las comunidades locales, cuanto desde el punto de vista de las diferencias entre las muchas comunidades indígenas, por ejemplo¹⁶.

En Brasil, por ejemplo, al lado de las innumerables comunidades locales, que veremos más adelante, están las comunidades indígenas, que, aunque constituyen un porcentaje pequeño de la población del país, son una minoría

¹⁵ RUIZ MULLER, M. *La protección jurídica de los conocimientos tradicionales: algunos avances políticos y normativos en América Latina*. Unión Mundial para la Naturaleza, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ), Lima, Perú, 2006, p. 09.

¹⁶ TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO llama la atención sobre la heterogeneidad de los pueblos indígenas. Para él la heterogeneidad deriva “de las diferencias entre los indígenas, algunos de los cuales sufrieron la conquista y la colonización de los europeos, mientras otros fueron víctimas de fenómenos parecidos, aunque de autoría autóctona. Por ejemplo, en África o Asia encontramos grupos dominantes nativos que, si no fuera porque detentan el poder, probablemente podrían considerarse indígenas – ad ex. India-. Por otra parte, observamos grupos indígenas asentados en sus tierras ancestrales dentro de las fronteras de un único Estado – los mayores entre otros -, mientras otros habitan en la región a la que pertenece ese Estado, pero son pueblos (poblaciones) transfronterizas, al residir en las diferentes vertientes de una misma frontera; es el caso entre otros de los mayas que habitan a ambos lados de la frontera México-Guatemala, de los mapuches en Argentina y Chile, de los misquitos entre Nicaragua y Honduras, o de los sami, en los países escandinavos”. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S. “Los pueblos indígenas en el orden internacional”, *Cuadernos Internacionales*, nº. 2, Madrid, Dykinson, 2001, p. 30.

culturalmente diferenciada y un componente importante en la identidad nacional del país¹⁷.

Sin embargo, antes de analizar lo que es una comunidad tradicional hay que partir de una precisión terminológica y justificar la preferencia por la utilización del término “comunidad” y no “pueblo” o “nación”, especialmente de las comunidades indígenas.

Pese a que la OMPI, así como muchos otros organismos internacionales¹⁸, utilice los términos “comunidad”, “pueblo” y “población” especialmente en relación con los grupos indígenas, como sinónimos¹⁹, esos términos no pueden ser utilizados de forma indistinta. Los términos “pueblos” y “poblaciones” derivan de connotaciones políticas distintas y su utilización trae innegablemente consecuencias jurídicas y políticas en el ámbito del Derecho Internacional. Por el contrario, la utilización del término “comunidad” no comporta mayores problemas políticos y jurídicos. De ahí que se prefiera este término neutro desde un punto de vista jurídico y político.

¹⁷ Brasil es el hogar de al menos 215 sociedades indígenas que hablan 180 idiomas distintos. Aproximadamente 345.000 personas indígenas, o alrededor del 0,2% de la población total de Brasil, viven en los pueblos y territorios indígenas que ocupan el 12% del territorio de Brasil. Cerca de 200.000 indígenas viven en los nueve estados del Amazonas, y de 100.000 a 190.000 personas de ascendencia indígena vive fuera de las tierras indígenas en las ciudades en todo Brasil. Fundação Nacional do Índio. “O índio hoje”. Disponible en <<http://www.funai.gov.br/indios/conteudo.htm#HOJE>>. Consultada el 30 de marzo de 2011. Mientras que muchos pueblos indígenas están asimilando la vida moderna, el extremo opuesto del espectro también existe todavía: un adicional de unos 53 grupos indígenas no han sido contactados aún en Brasil. “Pueblos Indígenas no Brasil”. Disponible en <<http://pib.socioambiental.org/pt>>. Acceso el 30 de marzo de 2011. Algunos otros datos sobre la población indígena en Brasil puede ser encontrados también en GÓMEZ DEL PRADO, J. L. “Pueblos indígenas. Normas internacionales y marcos nacionales”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, nº. 21, Bilbao, 2002, p. 113 y ss.

¹⁸ Como, por ejemplo, JOSÉ R. MARTÍNEZ COBO, relator especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que, al conceptuar lo que son las comunidades indígenas, utiliza los términos “comunidades”, “pueblos” y “naciones” como sinónimos. JACOBY, C. D.; WEISS, C. “Recognizing Property Rights in traditional biocultural contribution”, *16 Stan. Envtl. L.J.* 74, January, 1997, p. 04.

¹⁹ Además de utilizar los términos “comunidad”, “pueblos” y “poblaciones” de forma indistinta, la OMPI señala que “*será mejor que la elección del término o la expresión utilizados para describir a los beneficiarios de la protección surja de las consultas mantenidas en el seno de los países y las comunidades y sea fruto de sus propias decisiones, en armonía con la propuesta de que los principios acordados internacionalmente permitan a los legisladores nacionales suficiente flexibilidad a la hora de aplicarlos*”. OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/7/4. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “La protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore: esquema de las opciones políticas y los mecanismos jurídicos”, de 27 de agosto de 2004, p. 09. Disponible en <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_7/wipo_grtkf_ic_7_4.pdf>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

El término “comunidad” representa un grupo de seres humanos que comparten elementos en común, como idioma, costumbres, ubicación geográfica, visión del mundo o valores, por ejemplo, que suele crear una identidad común mediante la diferenciación de otros grupos o comunidades²⁰.

Se contempla así que la amplia denominación de “comunidad” asociada al calificativo “tradicional” viene siendo de forma general utilizada para designar a los pueblos o al conjunto de personas que están vinculadas cultural y ancestralmente. Por ello, en este trabajo, utilizaremos las expresiones “comunidades tradicionales”, “comunidades locales” y “comunidades indígenas”, pues parecen ser las más viables de acuerdo con los objetivos de este trabajo.

Tras esas observaciones terminológicas, hemos de afirmar que las comunidades tradicionales pueden ser entendidas como grupos de personas que, al mantener sistemas de conocimiento tradicional y prácticas a nivel comunitario, luchan por crear una identidad públicamente reconocida y basada en el uso de técnicas de bajo impacto ambiental, se organizan total o parcialmente por medio de sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus representaciones políticas, sociales, económicas, religiosas, culturales o parte de ellas, en instituciones con aplicación legítima del poder, con liderazgo local, y con rasgos culturales selectivamente reafirmados y mejorados²¹.

En este punto, es necesario advertir que los términos “comunidad tradicional” y “comunidad indígena” no son sinónimos²², a pesar de que algunos autores las utilicen como tales²³. Las comunidades indígenas (o autóctonas), a

²⁰ Según la Real Academia Española, el término comunidad hace referencia a la calidad común, por lo que permite definir a distintos tipos de conjuntos: de las personas que forman parte de un pueblo, región o nación; y de personas vinculadas por intereses comunes. Disponible en <<http://buscon.rae.es/draeI/SrvltGUIBusUsual?LEMA=comunidad>>. Consultada el 30 de marzo de 2011.

²¹ CUNHA, M. C.; ALMEIDA, M. W. B. “Indigenous people traditional people, and conservation in the Amazon”, *Daedalus: Journal of the American Academy of Arts and Sciences*, 129 (2), pp. 315-338; CALDAS, A. *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: la conquista de los saberes*. Bogotá, ILSA, 2004, p. 89.

²² BRAHY, N. *The property regime of biodiversity and traditional knowledge*. Brujllles, Larcier, 2008, p. 291.

²³ A modo de ejemplo, citaremos que los autores POSEY y DUTFIELD en muchas ocasiones utilizan el término “comunidad indígena” como sinónimo de “comunidad tradicional”. POSEY, D. A.; DUTFIELD, G. *Más allá de la Propiedad Intelectual: los derechos de las comunidades*

pesar de que sean las comunidades tradicionales más conocidas, constituyen solamente una parte de las comunidades tradicionales. **El concepto de comunidades tradicionales comprende el de comunidades indígenas y el de comunidades locales, que serían las demás comunidades tradicionales no-indígenas.** En consecuencia, se puede afirmar que el concepto de comunidad tradicional es más amplio que el de comunidad indígena que quedaría incluido en aquél.

1.2.2. Comunidades indígenas y comunidades locales

A) Comunidades indígenas

Dentro de las comunidades tradicionales se destacan las comunidades indígenas debido a su peculiar conformación, su gran número y porque también su reconocimiento (por lo menos de su existencia) por parte del Derecho occidental moderno se produjo hace mucho tiempo. Muy probablemente como resultado de lo anterior, hay una mayor producción teórica sobre las comunidades indígenas, tanto en el campo antropológico como en el jurídico²⁴.

indígenas y locales a los recursos tradicionales. Montevideo, NORDAN, 1999, p. 37, obra financiada por Organizaciones no-gubernamental de expresión internacional, como el Centro Internacional de Investigación para el Desarrollo (CIID) y el Fondo Mundial para la Naturaleza (WWF). Asimismo, el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), uno de los acuerdos multilaterales para el desarrollo sostenible internacional, que trata de la protección de la biodiversidad por todos los países del mundo, fruto de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Rio de Janeiro, Brasil, en 1992, fue uno de los primeros documentos en reconocer el derecho de las comunidades tradicionales sobre sus conocimientos, y tampoco hace diferencia entre comunidad local y comunidad indígena; en su art. 8 (j) establece solamente que comunidades locales e indígenas son comunidades que "...*entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica...*".

²⁴ En Brasil recientemente se ha observado un aumento de la producción doctrinal sobre las cuestiones relacionadas con las comunidades indígenas. Esto se ha generado principalmente después de 1988, tras la promulgación de la Constitución Federal. La Constitución de Brasil de 1988 contiene un capítulo sobre los derechos que tienen los pueblos indígenas de gozar de sus propias formas de organización social. Las obligaciones constitucionales obligan al Estado brasileño a delimitar las tierras ancestrales de los pueblos indígenas y a proteger sus propiedades y bienes. Una vez que se han delimitado los territorios de los pueblos indígenas esas tierras son inalienables y no están disponibles. Los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras son imprescriptibles. GÓMEZ DEL PRADO, J. L. *Pueblos indígenas...*, *op.cit.*, p. 113.

Tras esas observaciones, intentaremos entender lo que es una comunidad indígena²⁵. Una de las definiciones que a nuestro parecer representa muy bien las comunidades indígenas, y que merece destacar, es la de OLIVA MARTÍNEZ. Según él, *“los pueblos indígenas son aquellas comunidades etnoculturales que a lo largo de la historia han sido sometidas a un proceso de conquista, subyugación, subordinación o asimilación por poblaciones llegadas de ultramar o sus descendientes, que han sido incorporados a los Estados nacionales en contra de su voluntad o sin su consentimiento y cuyos miembros, en la actualidad, mantienen una conciencia de identidad colectiva diferenciada, comparten una lengua y una cultura común, se perciben y definen a sí mismos como participantes de una tradición y de una historia compartida que les distingue de otros individuos que están insertos en tradiciones diferentes y mantienen, en la práctica o en el imaginario colectivo, un apego especial a unos territorios ancestrales. A su vez, los pueblos indígenas sufren o han sufrido una situación de pobreza y subdesarrollo y de especial vulnerabilidad frente al progreso y manifiestan, en el presente, una actitud de resistencia y solidaridad interétnica, identificándose con las luchas de otros pueblos indígenas que habitan otras partes del mundo, frente a las dinámicas globales envolventes y la imposición de modelos en el plano económico, político, social y cultural, de la que todavía hoy son objeto”*²⁶.

Del mismo modo, los propios indígenas también nos ofrecen sus definiciones acerca de lo que ellos entienden que son. Según el Consejo Mundial de Pueblos Indígenas²⁷, los pueblos indígenas son *“grupos poblacionales como*

²⁵ Sin embargo, es necesario advertir que no hay *“una noción de pueblos indígenas unívoca y universalmente aceptada, y el concepto de indígena no se presta a una definición precisa y amplia que pueda aplicarse de la misma forma a todas las regiones del mundo”*. OLIVA MARTÍNEZ, J. D. *La cooperación internacional con los pueblos indígenas. Desarrollo y Derechos Humanos*. Madrid, CIDEAL, 2005, p. 30.

²⁶ OLIVA MARTÍNEZ, J. D. *La cooperación internacional con los pueblos indígenas...*, *op.cit.*, p. 66.

²⁷ El Consejo Mundial de los Pueblos Indígenas es una organización internacional no gubernamental, fundada en 1975, para promover los derechos y preservar las culturas de los pueblos indígenas de América, Pacífico sur y Escandinava. Su sede se encuentra en Ottawa, Canadá. De acuerdo con OLIVA MARTÍNEZ, el Consejo Mundial de Pueblos Indígenas es *“una de las organizaciones de ámbito universal que mayor presencia ha tenido en los derechos internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas y que fue una de las impulsoras de las conferencias internacionales de los años 70 que supusieron la emergencia de la cuestión indígena*

*los nuestros que desde tiempo inmemorial, habitamos las tierras en que vivimos, conscientes de poseer una personalidad propia, con tradiciones sociales y medios de expresión vinculados al país heredado de nuestros antepasados, con un idioma propio y con características esenciales y únicas que nos dotan de la firme convicción de pertenecer a un pueblo, con nuestra propia identidad, y que así nos deben considerar los demás*²⁸.

De las definiciones transcritas arriba podemos decir que las comunidades indígenas son aquellas que teniendo una continuidad histórica con las anteriores a la invasión y las sociedades pre-coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios, o partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y están decididos a preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica, como la base de su existencia continuada como pueblo, de conformidad con sus propios patrones culturales, sociales e institucionales²⁹.

Uno de los principales rasgos de las comunidades indígenas es la relación muy específica y diferenciada que mantienen con la tierra y la naturaleza³⁰. Sus modos de vida se basan en la apropiación colectiva respecto a la primera, y, en la extracción, sin agotar, de los recursos que la naturaleza ofrece, respecto a la

en la comunidad internacional". OLIVA MARTÍNEZ, J. D. *La cooperación internacional con los pueblos indígenas...*, *op.cit.*, pp. 62-63.

²⁸ OLIVA MARTÍNEZ, J. D. *La cooperación internacional con los pueblos indígenas...*, *op.cit.*, p. 63.

²⁹ **OMPI**. Doc. WIPO/GRTKF/IC/7/4..., *op.cit.*, pp. 08-09, JACOBY, C. D.; WEISS, C. "Recognizing Property Rights...", *op.cit.*, p. 04. En el mismo sentido, DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 92; BRAHY, N. *The property regime of biodiversity...*, *op.cit.*, p. 291.

³⁰ DANTAS, F. A. C. *O sujeito diferenciado: a noção de pessoa indígena no direito brasileiro*. Curitiba, 1999. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curitiba, p. 132; JIMÉNEZ BARTLETT, L. "Diversidad cultural y pueblos indígenas", *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, n.º. 54, Bilbao, Universidad de Deusto, 2009, p. 39; AMIOTT, J. "Investigating the Convention on Biological Diversity's protections for traditional knowledge", *11 Mo. Env'tl. L. & Pol'y Rev.* 3, 2003, p. 05; STAVENHAGEN, R. (Coord.). *Derecho indígena y Derechos Humanos en América Latina*. México, Colegio de México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1988, p. 188; BOU FRANCH, V. "En busca de un estatuto jurídico para los pueblos indígenas", en BORJA JIMÉNEZ, E. (Coord.). *Diversidad cultural: conflictos y Derecho. Nuevos horizontes del Derecho y de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 141; PONTE IGLESIAS, M. T. "Ciudadanía y consolidación democrática: la promoción y protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas", *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas (RIPS)*, vol. 8, n.º. 1, Servicio de Publicación da Universidade de Santiago de Compostela, 2009, pp. 153-177, p. 165.

segunda. Por ello, esas comunidades poseen una economía de subsistencia, basada en la autonomía de producción, caza y recolección de los bienes necesarios para la vida, sin carácter de acumulación.

Cabe agregar que para estas comunidades la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras³¹.

Por todo lo dicho, es importante subrayar, corriendo el riesgo de ser repetitivos, algunos elementos muy relevantes que están presentes en las comunidades indígenas y que las diferencian de otras comunidades, las cuales son: existencia originaria y continuidad histórica; patrones culturales, económicos, instituciones sociales y sistemas legales propios; posesión de una identidad propia y distinta – autoidentificación; experiencia de subyugación, exclusión, discriminación y subordinación; y, por último, pero no menos importante, está la especial relación que tienen con las tierras que ocupan y su deseo de conservarlas y transmitir las a sus descendientes.

De todos estos aspectos, conviene prestar una especial atención a la autoidentificación; que posee una doble vertiente: la capacidad de los miembros del grupo para considerarse como tales; y la capacidad del propio grupo de establecer las características determinantes de su pertenencia³².

B) Comunidades locales

En cuanto a las comunidades locales, podemos decir que son agrupamientos humanos que se distinguen de los demás por sus condiciones

³¹ Para AMIOTT, los pueblos indígenas son los “tutores o cuidadores de la tierra, que comparten un profundo apego y la administración de su entorno, que abarca muchos de los ecosistemas más valiosos y vulnerables del mundo. (...) A fin de sobrevivir durante milenios en estos ambientes frágiles, los indígenas han desarrollado un conocimiento holístico de sus tierras y recursos que en muchas sociedades contemporáneas falta. Donde la mayoría de la humanidad tiende a buscar el dominio sobre el mundo natural, el enfoque de los pueblos indígenas es la esencia misma del desarrollo sostenible”. AMIOTT, J. “Investigating the Convention on Biological Diversity’s...”, *op.cit.*, p. 05.

³² TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S. “Los pueblos indígenas...”, *op.cit.*, p. 42; OLIVA MARTÍNEZ, J. D. *La cooperación internacional con los pueblos indígenas...*, *op.cit.*, pp. 60-61.

culturales; con forma de organización regida total o parcialmente por sus propias costumbres y tradiciones; con la propiedad sobre sus recursos biológicos, innovaciones, prácticas, conocimientos y tecnologías; y que conservan sus instituciones sociales y económicas por generaciones sucesivas³³. Son ciertamente comunidades que se constituyen sobre lazos culturales muy peculiares que se distinguen de los modos de vida social y económica que prevalecen en la mayoría de los países³⁴.

Dentro del contexto brasileño, podemos destacar como ejemplo de comunidades locales las comunidades extrativistas³⁵, ribereñas³⁶, caiçaras³⁷, babaçueiros³⁸ y las comunidades negras (o quilombolas), de entre otras³⁹.

³³ De acuerdo con el inciso III del art. 7 de la Ley Provisional brasileña n.º. 2.186-16 comunidad local es todo “grupo humano, incluyendo remanentes de comunidades de quilombos, distinto por sus condiciones culturales, que se organiza, tradicionalmente, por generaciones sucesivas y costumbres propias, y que conserva sus instituciones sociales y económicas”. Esta Ley reglamenta el inciso II del § 1 y el § 4 del art. 225 de la Constitución, los arts. 1, 8, alinea "j", 10, alinea "c", 15 y 16, alineas 3 y 4 del Convenio sobre la Diversidad Biológica, que regulan el acceso al patrimonio genético, a la protección y el acceso al conocimiento tradicional asociado, a la repartición de beneficios y el acceso a la tecnología y transferencia de tecnología para su conservación y utilización, y da otras providencias, publicada en el Diario Oficial de la Unión el 24 de agosto de 2001”. Disponible en <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2186-16.htm>. Consultada el 30 de marzo de 2011.

³⁴ LEWINSKI, S. v. (Ed.) *et al. Indigenous heritage and Intellectual Property. Genetic resources, traditional knowledge and folklore*. Netherlands, Wolters Kluwer, 2008, p. 143.

³⁵ Son comunidades que viven básicamente de la pesca, de la caza, del cultivo de mandioca y de la colecta de productos de la floresta, como fibras, “cipós” (un tipo de planta en Brasil), remedios, frutas, corteza, gomas y resinas. RADLER, J. “Clima: um outro desenvolvimento para a Amazônia”, *ENVOLVERDE - Revista Digital de Meio Ambiente e Desenvolvimento*, 29/11/2006. Disponible en <www.napra.org.br/doc/reportagem_nairobi.pdf>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

³⁶ Son pequeñas poblaciones que viven a la vera de los muchos ríos que bañan las grandes extensiones amazónicas. Las comunidades de los “riberieños” viven básicamente de lo que el río ofrece: agua, peces y alimentos. “Para estas poblaciones, el río no es sólo un elemento del escenario o del paisaje, sino algo constitutivo del modo de ser del hombre”. SILVA, J. C. *O rio, a comunidade e o viver*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, 1999, pp. 9 y 18. GORDILLO añade que los riberieños es una población pobre y pasa hambre. Parte de su pobreza consiste en la imposibilidad legal de acceder a un trozo de tierra a lo largo de sus vidas. Según ley federal en Brasil, las tierras próximas a los ríos son propiedad de la Marina brasileña. Consecuentemente, quienes viven en esas franjas viven en territorio ocupado “ilegalmente”, y jamás tendrán derecho a reivindicar una tierra para ellos, pues ocupar un terreno federal no da derechos de ningún tipo. GORDILLO, M. ““Ribeirinhos”: los desconocidos del Amazonas”, *Boletín MANOS UNIDAS*, n.º. 145, octubre/noviembre/diciembre de 2001. Disponible en <http://www.manosunidas.org/publicaciones/boletines/boletin145/bol145p29_.htm>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

³⁷ Las comunidades caiçaras son fruto del mestizaje entre los indígenas, colonizadores portugueses y negros, ocupando el área situado entre el sur del litoral del Estado de Pará y el sur del litoral del Estado de Rio de Janeiro. Tienen un modo de vida particular que asocia la pesca, la

Una comunidad local muy conocida en Brasil y que merecen destacar son las comunidades negras formadas a partir de los quilombos⁴⁰. Los “quilombos” conformaban comunidades basadas en la producción colectiva y estaban constituidas principalmente por esclavos fugitivos o libertos.

Muchas de estas comunidades resistieron el proceso de integración y desestructuración cultural impuesto por el modelo estatal y existen hasta hoy. Pueden ser descritas como comunidades tradicionales, con culturas, dialectos, formas de producción y reglas internas propias, que señalan una identidad étnica de predominancia negra, localizadas en su mayoría en el contexto rural. O bien, son grupos étnicos raciales que se identifican como tales, con trayectoria histórica propia, dotados de relaciones territoriales específicas, con presunción ancestral negra relacionada con la lucha a la opresión histórica sufrida.

En virtud de su importancia histórica y cultural, la Constitución brasileña de 1988 reconoció el derecho de esas comunidades a sus territorios, denominándolos como “remanentes de quilombos”⁴¹. En estas situaciones de

pequeña agricultura, la artesanía y el extrativismo vegetal, habiendo desarrollado un conocimiento profundo sobre los ambientes en que viven, danzas y músicas, más allá de un vocabulario con innumerables palabras de uso exclusivamente local. La cultura caiçara revela la gran diversidad cultural del litoral brasileño. Información disponible en el Centro de Estudo Caiçara de la USP <<http://www.usp.br/nupauc/cec.html>>. Consultada el 30 de marzo de 2011.

³⁸ Extrativistas que tienen como base de subsistencia la exploración del babaçu, una especie de palmera oriunda del Norte del Brasil. ESTERCI, N. “Populações tradicionais”, en RICARDO, B.; CAMPANILLI, M. (Eds.). *Almanaque Brasil Socioambiental*. São Paulo, ISA, 2008.

³⁹ Para más información vid. ANTUNES, P. B. *Diversidade biológica e conhecimento tradicional associado*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, p. 126; PINHEIRO, V. S. “Subsídios para a proteção da biodiversidade e do conhecimento tradicional”. Disponible en <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6399/subsidios-para-a-protecao-da-biodiversidade-e-do-conhecimento-tradicional>>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

⁴⁰ Los Quilombos son “refugios de defensa generalmente llamados quilombos, palabra oriunda del lenguaje de los negros que allí predominaban –los Bantos-, y que significa exactamente, de acuerdo con la mayoría de las autoridades, habitación (kilombo, en la lengua kibundo angolesa)”. BRANDÃO, T. “Quilombo”, *Caderno de Folclore*, 28, Funarte, Rio de Janeiro, 1979, p. 28. A dicho sitios se les llamaba mocambos, o también quilombos, y a sus habitantes calhambolas, mocambeiros y quilombolas. Los *quilombos* surgieron en el Brasil colonial como forma de organización de los negros que se resistían a la condición de esclavos, siendo el más famoso el de Palmares, en Alagoas, liderado por Zumbi.

⁴¹ El art. 68 de las Disposiciones Constitucionales Generales, promulgadas conjuntamente con la Constitución Federal de 1988, dispone que “a los remanentes de las comunidades llamadas quilombos que estén ocupando sus tierras es reconocida la propiedad definitiva, debiendo el Estado emitirles los títulos respectivos”. El órgano gubernamental con competencia para titular las áreas es la Fundação Cultural Palmares, vinculada al Ministerio de Cultura. Más Informaciones acerca de la Fundación Cultural de Palmares pueden ser encontradas en el sitio Web <<http://www.palmares.gov.br/>>. Consultada el 30 de marzo de 2011. Según datos del Instituto

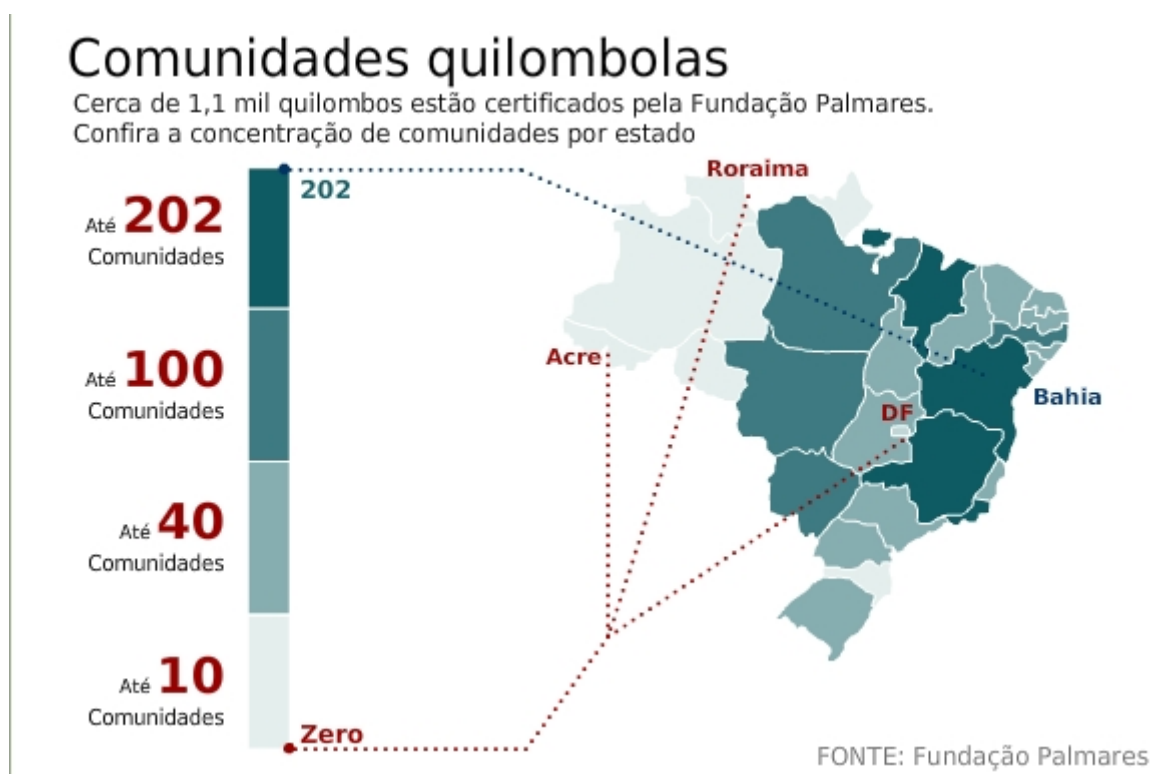
asentamiento predominan la adopción de un “sistema de uso común de la tierra”, donde su control no es ejercido libre e individualmente por un grupo doméstico determinado, sino a través de normas específicas instituidas más allá del código legal vigente y acatadas de manera consensual, en las sinuosidades de las relaciones sociales establecidas entre varios grupos familiares de pequeños productores directos que componen una unidad social⁴².

De acuerdo con los registros de la Fundación Cultural Palmares⁴³, fueron identificadas por el gobierno brasilero 1.000 comunidades remanentes de los quilombos. Las mayores concentraciones de esas comunidades están en los Estados de Bahía y Maranhão, pero existen comunidades quilombolas en todas las regiones brasileñas, conforme al mapa que se presenta a continuación.

Brasileño de Geografía y Estadística – IBGE, se estima que 2 millones de personas viven en estas comunidades organizadas para garantizar el derecho a la propiedad a la tierra en Brasil. Pero sufren constantes amenazas de expropiación e invasión de las tierras por enemigos que codician las riquezas en recursos naturales, fertilidad del suelo y calidad de la madera. Datos disponible en <<http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/datas/consciencianegra/quilombos.html>>. Consultada el 30 de marzo de 2007.

⁴² Estas “tierras de uso común” comprenden una “constelación de situaciones de apropiación de recursos naturales (suelo, hídricos y forestales), utilizándolos según una diversidad de formas y con base en innumerables combinaciones distintas entre el ‘uso privado’ y el ‘común’, atravesadas por factores étnicos, de parentesco y de sucesión, por factores históricos, político-organizativos y económicos, que corresponden a prácticas y sistemas de representaciones propios”. ALMEIDA, A. W. B. “Quilombos: tema e problema”, en Prometo vida de negro, Jamary dos Pretos-Terra de Mocambeiros, *Coleção Negro Cosme*, vol. II, São Luis, SMDDH/CCN-PVN, 1998.

⁴³ La Fundación Cultural Palmares es una entidad pública vinculada al Ministerio de la Cultura, instituida por la Ley Federal nº 7.668, de 22 de agosto de 1988, cuya función es promover la preservación, la protección y la diseminación de la cultura negra buscando la inclusión y el desarrollo de la población negra en Brasil.



C) Similitudes y diferencias entre comunidades indígenas y comunidades locales

Las comunidades locales, así como las comunidades indígenas, poseen estrecha relación con la naturaleza, forman parte del grupo que se suelen llamar minorías⁴⁴, son grupos aislados y marginales que se enfrentan a muchos de los mismos problemas, especialmente cuando se refiere a la problemática relacionada con la protección de sus creaciones intelectuales.

⁴⁴ SORIANO define las minorías “como un colectivo, frecuentemente de escasas dimensiones, definidos por rasgos culturales innegociables – raza, lengua, religión, tradiciones, etc. – que se encuentra en una situación grave de dependencia respecto a una estructura de poder, estatal o supraestatal”. SORIANO, R. *Los derechos de las minorías*. Sevilla, Editorial MAD, 1999, p. 18. En el mismo sentido JIMÉNEZ BARTLETT, L. “Diversidad cultural y pueblos indígenas...”, *op.cit.*, pp. 20-21. TORBISCO CASALS señala aún que minorías culturales son “aquellos grupos culturalmente no dominantes en un estado cuyos miembros se ven a sí mismos como portadores de una identidad singular a la que atribuyen un valor y que, por tanto, desean mantener”. TORBISCO CASALS, N. “La interculturalidad posible: el reconocimiento de Derechos Colectivos”, en LUCAS MARTÍN, F. J. de. *La multiculturalidad. Cuadernos de Derecho Judicial*, VI-2001, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 274.

No obstante, a pesar de tener algunos rasgos comunes, también poseen algunas diferencias. Las comunidades locales son comunidades tradicionales no indígenas que están más influenciadas por la cultura occidental; en cambio, las comunidades indígenas viven de acuerdo con su propia cultura, con poca o ninguna influencia de la cultura occidental.

Otro punto que distingue las comunidades locales de las indígenas es la noción de propiedad: mientras las comunidades indígenas desconocen la propiedad individual, el concepto puede formar parte de algunas comunidades locales, a pesar del fuerte sentimiento colectivo. Además, como ya hemos señalado, de acuerdo con la realidad brasilera, que puede ser ampliamente aplicado en otros países, las comunidades locales generalmente giran en torno a una actividad bien específica, en la mayoría de los casos relacionadas con su actividad de supervivencia; por ejemplo, las comunidades ribereñas son pequeñas poblaciones que viven a la vera de los ríos y viven de lo que el río ofrece, es decir, básicamente de la pesca. Las comunidades extrativistas viven en la flora y superviven de los productos de la propia selva, como: caza, pesca, fibras de los árboles, gomas y resinas.

A título comparativo, si la noción de comunidades indígenas se define y se refiere, sobre todo, a los pueblos de las Américas y de Oceanía, por el contrario, el término "comunidad local" no está estrictamente regulado, y se utiliza para referirse a las comunidades en el resto del mundo que mantienen vivas sus formas tradicionales de vida y los conocimientos tradicionales sobre los recursos biológicos⁴⁵.

1.2.3. Concepto de “comunidad tradicional”

Por todo lo expuesto y para los objetivos de este trabajo, las comunidades tradicionales serán entendidas como el grupo humano que mantiene sistemas de conocimientos, innovaciones y prácticas a nivel comunitario, cuya existencia se funda en un sistema sostenible⁴⁶ de explotación de los recursos naturales, donde

⁴⁵ BRAHY, N. *The property regime of biodiversity...*, op.cit., p. 291.

⁴⁶ El término “*utilización sostenible*” es definido en el art. 2 del Convenio de la Diversidad Biológica como “*la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no*

los conocimientos son pasados de generación a generación y adaptados a las condiciones ecológicas locales y que desempeñan un importante papel en la protección de la naturaleza y en el mantenimiento de la diversidad biológica, y que se organizan total o parcialmente por medio de tradiciones o costumbres propias, y que conserva sus instituciones políticas, culturales, sociales, religiosas y económicas, o parte de ellas.

Es de destacar entonces que el término “comunidades tradicionales” comprende tanto las comunidades indígenas como las comunidades locales y que con este término se designan las poblaciones y grupos familiares que cultivan la tierra y/o practican actividades extractivas como pesca, cosecha, caza; que, utilizando técnicas de explotación armónica y sostenible con el medio ambiente y utilizando los recursos genéticos disponibles de forma racional, causan pocos daños a la naturaleza, de la cual esas comunidades dependen directamente; con producción empleada básicamente para el consumo; con actividad productiva muy dependiente de los ciclos de la naturaleza; con profundo conocimiento en medicina tradicional; y, cuyos conocimientos, producidos colectivamente y fuera del contexto de la ciencia occidental, son pasados de generación en generación de forma oral. En definitiva, son comunidades que tienen concepción diferente de la naturaleza y de los modos de producción occidental, y que manifiestan una cultura y organización social distintas a las comunidades occidentales, como, por ejemplo, las comunidades indígenas, negras y ribereñas.

Por fin, debe aclararse que las comunidades tradicionales no pueden ser confundidas con comunidades pobres o marginadas en general, aunque en la mayoría de los casos la pobreza o la marginación estén presentes en la realidad de las comunidades locales e indígenas.⁴⁷

ocasiona la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras”.

⁴⁷ “En términos económicos, los tenedores de los conocimientos tradicionales son algunos de los más pobres del mundo. Los conocimientos tradicionales y sus cultivos alimentan a la mitad de la población mundial y ofrecen el 85 por ciento de sus alimentos, medicinas, refugio, y las necesidades de combustible, y acopio de semillas y de conocimientos agrícolas locales de alimentación de aproximadamente 1,4 millones de habitantes rurales a diario”. AMIOTT, J. “Investigating the Convention on Biological Diversity's...”, *op.cit.*, p. 06. Para BRAHY, el aumento de la pobreza de las comunidades locales e indígenas es una de las principales amenazas para la erosión de los CTs. BRAHY, N. The property regime of biodiversity..., *op.cit.*, p. 309. ESPINOSA añade que “el tema de la pobreza es muy relevante si consideramos que es multidimensional y está determinada no sólo por bajos ingresos económicos, sino por la falta de bienes, capacidades,

1.3. Concepto de “conocimientos tradicionales”

1.3.1. Planteamiento del problema

Tras caracterizar las comunidades tradicionales vamos a comprender lo que comúnmente se suele llamar “conocimientos tradicionales”. Como hemos adelantado, la primera observación está relacionada con la confusión terminológica en relación con estos tipos de conocimientos. Si las comunidades indígenas no representan el conjunto de las comunidades tradicionales, tampoco los términos “conocimientos tradicionales” y “conocimientos indígenas” son sinónimos. Los “conocimientos indígenas” son los CTs de las comunidades indígenas y están insertos dentro de los “conocimientos tradicionales”. Es decir, los conocimientos indígenas forman parte de la categoría de CTs. Por lo tanto, los CTs no son necesariamente conocimientos indígenas.

Otra observación ha de hacerse respecto a la inclusión de las “expresiones culturales tradicionales” (ECTs) dentro del concepto de conocimiento tradicional. Es verdad que en un sentido amplio los CTs engloban las ECTs y que en muchas definiciones de lo que sea “conocimiento tradicional”, como la señalada por la OMPI⁴⁸, que veremos más adelante, está incluido tácitamente el concepto de

oportunidades, voces derechos y seguridad de los medios de vida”. ESPINOSA, M. F. “Prologo”, en RUIZ MULLER, M. *La protección jurídica de los conocimientos tradicionales: algunos avances políticos y normativos en América Latina*. Unión Mundial para la Naturaleza, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ), Lima, Perú, 2006, p. 19.

⁴⁸ “Las obras literarias, artísticas o científicas basadas en la tradición; así como las interpretaciones o ejecuciones; invenciones; descubrimientos científicos; dibujos o modelos; marcas, nombres y símbolos; información no divulgada y todas las demás innovaciones y creaciones basadas en la tradición que proceden de la actividad intelectual en el ámbito industrial, científico, literario o artístico. La expresión ‘basada en la tradición’ se refiere a los sistemas de conocimientos, las creaciones, innovaciones y expresiones culturales que se han transmitido generalmente de generación en generación; se considera generalmente que pertenece a un pueblo en particular o a su territorio y evolucionan constantemente en respuesta a los cambios que se producen en su entorno. Entre las categorías de conocimientos tradicionales figuran: los conocimientos agrícolas; los conocimientos científicos; los conocimientos técnicos; los conocimientos ecológicos; los conocimientos medicinales; incluidos las medicinas y los remedios conexos; los conocimientos relacionados con la diversidad biológica; las ‘expresiones del folclore’ en forma de música, baile, canción, artesanía, dibujos y modelos, historias y obras de arte; elementos de los idiomas, como los nombres, indicaciones geográficas y símbolos, y bienes culturales muebles”. OMPI. “Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de Propiedad Intelectual...”, *op.cit.*, p. 25. Vid., también, los documentos OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/3/9..., *op.cit.* Varios autores también incluyen en el concepto de CTs las expresiones culturales tradicionales. GERVAIS, por ejemplo, señala que los conocimientos

“expresiones culturales tradicionales”. Con todo, los términos van a ser analizados por separado, pues las ECTs, como caracterizadas hoy por la mayoría de los organismos nacionales e internacionales⁴⁹, reciben normalmente una protección distinta a la de los demás tipos de los CTs⁵⁰. Mientras que aquéllas son generalmente protegidas por el derecho de autor y derechos conexos, los demás tipos de CTs, también conocidos como CTs de naturaleza “técnica”, relacionados, por ejemplo, con la biodiversidad, la agricultura, la medicina tradicional, la ecología, etc., son protegidos por medio de patentes u otro sistema de la propiedad industrial. Sin embargo, la conceptualización y caracterización de los CTs, en sentido amplio⁵¹, nos ayudará a entender lo que está o no incluido también en las ECTs⁵². Por otro lado, consideramos que nuestra propuesta de protección a

tradicionales comprenden la *“tradición basada en obras literarias, artísticas o científicas, interpretaciones o ejecuciones; invenciones, descubrimientos científicos, diseños; marcas, nombres y símbolos, información no divulgada, y todas las tradiciones de otras innovaciones y creaciones basadas en resultados de la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario o artístico”*. GERVAIS, D. J. “Spiritual but not intellectual? The protection of sacred intangible traditional knowledge”, in *Symposium Traditional Knowledge, Intellectual Property, and Indigenous Culture*, 11 *Cardozo J. Int’l & Comp. L.* 467, summer, 2003, p. 03. También se pronuncia de la misma LONG, D. E. “Traditional knowledge and the fight for the public domain”, 5 *J. Marshall Rev. Intell. Prop. L.* 617, summer, 2006, p. 01; ANTEQUERA PARILLI, R. “La tutela del folklore en el marco de los derechos intelectuales. Algunas reflexiones sobre su protección *sui generis*”, en *Estudio de Derecho de Autor y Derechos Afines*. Madrid, Editorial Reus, 2007, pp. 504-615 (Colección de Propiedad Intelectual), p. 506.

⁴⁹ Como veremos, la mayoría de las leyes nacionales suelen proteger las ECTs a través de las normas de derecho de autor. Según TOBIN, esta separación entre conocimiento tradicional técnico y expresiones culturales tradicionales refleja la falta de un marco conceptual, en el marco institucional a nivel internacional, capaz de abordar todos los sistemas de conocimientos de las comunidades indígenas y locales. TOBIN, B. “The role of customary law and practice in the protection of traditional knowledge related to biological diversity”, in ANTONS, C. (Ed.). *Traditional knowledge, traditional cultural expressions and Intellectual Property Law in the Asia-Pacific region*. Netherlands, Max Planck Institute, 2009, p. 128.

⁵⁰ LONG, D. E. “Traditional knowledge...”, *op.cit.*, p. 01.

⁵¹ “En una dimensión más amplia, los conocimientos tradicionales también comprenden expresiones artísticas y culturales...”. OMC. Doc. IP/C/W/165. Comunicación de Bolivia, Colombia, Ecuador, Nicaragua y Perú.

⁵² Es importante subrayar que lo que llamamos en este trabajo “expresiones culturales tradicionales” en muchos documentos y foros nacionales e internacionales, como veremos más adelante, suelen denominarse “Folclore” o “expresión del folclore”. La utilización de la terminología “expresión cultural tradicional” se hace meramente por preferencia personal. Varios comentaristas se han referido a las connotaciones negativas y eurocéntricas de los términos “folclore” y “expresiones del folclore”. “...el término sugiere algo muerto que debe recogerse y preservarse, en lugar de algo que forme parte de una tradición viva en evolución”. ALEMÁN, M. M. “Protección de los conocimientos tradicionales: estado actual de las negociaciones del Comité Intergubernamental de la OMPI. La protección a las variedades locales que no cumplen los requisitos de protección por Derecho de Obtentor”, en *Seminario de Expertos sobre los Derechos de Propiedad Intelectual en el Ámbito de los Recursos Fitogenéticos*, realizado en Buenos Aires, el

través de un sistema *sui generis* puede ser aplicada a todos los CTs entendidos en sentido amplio.

Asimismo, en la propia OMPI fue organizado en 2001 un grupo de trabajo que se ha titulado Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, **Conocimientos Tradicionales y Folclore** (negrillas nuestras), que demuestra que en realidad las expresiones culturales tradicionales tienen hoy en este organismo un tratamiento distinto de los demás CTs - pero no que no estén incluidas dentro de los mismos como se ha afirmado arriba -, al mismo tiempo que se trata de destacar la importancia de las mismas. Igualmente, tanto la OMC como la Declaración de Doha utilizan los términos “conocimientos tradicionales y folclore”⁵³.

Tras la reflexión sobre lo que se entiende por CT en sentido amplio, al final, para mejor comprensión de los términos, vamos a conceptualizar por separado los CTs de naturaleza técnica o asociados a la biodiversidad y las ECTs. Y ello porque, como tuvimos oportunidad de adelantar, se suelen proteger los CTs técnicos o asociados a la biodiversidad (o simplemente conocimientos tradicionales asociados) por vía del sistema de patentes y las ECTs por vía del derecho de autor.

1.3.2. Concepto de conocimientos tradicionales en sentido amplio

Son numerosos los ensayos que tratan de explicar los elementos que están incluidos en el término “conocimiento tradicional”; algunos más amplios, otros más restrictivos, y con diferentes énfasis en ese o aquel elemento.

Algunas definiciones enfatizan la relación entre esos conocimientos y la naturaleza, especialmente la utilización sostenible de la diversidad biológica; es el

18, 19 y 20 de octubre de 2006. En el mismo sentido LEWINSKI, S. v. “An analysis of WIPO’s latest proposal and the Model Law 2002 of de pacific community for the protection of traditional cultural expressions”, in ANTONS, C. (Ed.). *Traditional knowledge, traditional cultural expressions and intellectual property lay in the Asia-Pacific region*. Netherlands, Max Planck Institute, 2009, p. 112.

⁵³ **OMPI**. Doc. WIPO/GRTKF/IC/3/9..., *op.cit.*, p. 08; **OMC**. Doc. IP/C/W/370/Rev.1..., *op.cit.*; **OMC**. Declaración Ministerial De Doha..., *op.cit.*, art. 19.

caso del CDB⁵⁴ y de autores como MARTHA JOHNSON, del Instituto Cultural Dene en Canadá⁵⁵. Otras destacan la finalidad de la generación y del desarrollo de esos conocimientos, destacando que los CTs son generados y desarrollados con el objetivo de satisfacer las necesidades de las comunidades tradicionales, tanto de orden material como espiritual⁵⁶. Algunas definiciones enfatizan aún el modo en que estos conocimientos son transmitidos a futuras generaciones⁵⁷. Y otras, el contexto en el que esos conocimientos son generados y desarrollados⁵⁸.

⁵⁴ El art. 8 (j) del CDB señala que los CTs son los “**conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica**” (negritas nuestras).

⁵⁵ MARTHA JOHNSON define los conocimientos tradicionales como “*un cuerpo de conocimientos construido por un grupo de personas a través de generaciones que viven en estrecho contacto con la naturaleza. Incluye un sistema de clasificación, un conjunto de empíricas observaciones sobre el medio ambiente local, y un sistema de autogestión que rige la utilización de los recursos*”. DUTFIELD, G. “The public and private domains: intellectual property rights in traditional ecological knowledge”, *Electronic Journal of Intellectual Property Rights*, Oxford Intellectual Property Research Centre, mar., 1999. Disponible en <<http://www.oiprc.ox.ac.uk/EJWP0399.html>>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

⁵⁶ Para TEODORA ZAMUDIO los CTs se constituyen en “*el saber culturalmente compartido y común a todos los miembros que pertenecen a una misma sociedad, grupo o pueblo, y que permite la aplicación de los recursos del entorno natural de modo directo, compuesto, combinado, derivado o refinado, para la satisfacción de necesidades humanas, animales, vegetales y/o ambientales, tanto de orden material como espiritual*”. ZAMUDIO, T. “Relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la protección de los conocimientos tradicionales”. Disponible en <<http://www.prodiversitas.bioetica.org>>. Consultada el 29 de marzo de 2011. ZAMUDIO es profesora e investigadora de la Universidad de Buenos Aires (Argentina); Directora del Programa sobre biodiversidad, conocimiento tradicional y propiedad intelectual; profesora visitante de la Universidad de Caxias del Sur (Brasil) y de la Università Degli Studi di Siena (Italia); analista en conocimiento tradicional en la América Latina. Editora de los cuadernos de Bioética (Sitio web <www.bioetica.org>); miembro de la Asociación Internacional y nacional de Derecho Comparativo, de la Asociación de Bioética y de la Asociación Científica Argentina. Presidente del Programa Panamericano de Defensa y Desarrollo de la Diversidad biológica, cultural y social.

⁵⁷ ANTEQUERA PARILLI, señala que por conocimientos tradicionales se han entendido “*las experiencias, capacidades, prácticas y enseñanzas que se transmiten de generación en generación, por parte de comunidades o de grupos étnicos y que comprenden, entre otros, los tecnológicos, los medicinales y los de la utilización de los recursos biológicos, pero que en un sentido lato podrían abarcar también al folklore*”. ANTEQUERA PARILLI, R. “La tutela del folklore...”, *op.cit.*, p. 506. En el mismo sentido DIEGUES, A. C. “Saberes tradicionais e etnoconservação”, en DIEGUES, A. C.; VIANA, V. M. (Orgs.). *Comunidades tradicionais e manejo dos recursos naturais da mata atlântica*. São Paulo, NUPALB-USP, ESALQ – USP, 2000, p. 14.

⁵⁸ La OMPI, de forma amplia, conceptúa los CTs como 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*

Por otro lado, algunas legislaciones u organismos no conceptúan directamente el término conocimiento tradicional, sino que enumeran un conjunto de elementos que están incluidos en él⁵⁹. Un ejemplo de esta situación y que vale la pena subrayar es el señalado por OMPI que utiliza el término “conocimientos tradicionales” para referirse a

*las obras literarias, artísticas o científicas basadas en la tradición; así como las interpretaciones o ejecuciones; invenciones; descubrimientos científicos; dibujos o modelos; marcas, nombres y símbolos; información no divulgada y todas las demás innovaciones y creaciones basadas en la tradición que proceden de la actividad intelectual en el ámbito industrial, científico, literario o artístico. (...) Entre las categorías de conocimientos tradicionales figuran: los conocimientos agrícolas; los conocimientos científicos; los conocimientos técnicos; los conocimientos ecológicos; los conocimientos medicinales; incluidos las medicinas y los remedios conexos; los conocimientos relacionados con la diversidad biológica; las ‘expresiones del folclore’ en forma de música, baile, canción, artesanía, dibujos y modelos, historias y obras de arte; elementos de los idiomas, como los nombres, indicaciones geográficas y símbolos, y bienes culturales muebles. **Quedarían excluidos de esta descripción de los conocimientos tradicionales los elementos que no se derivan de la actividad***

todo conocimiento derivado de los recursos genéticos”. **OMPI.** Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “Proyecto de análisis de carencia en materia de protección de los conocimientos tradicionales”, 30 de mayo de 2008, p. 07. En el mismo sentido, **OMPI.** Doc. WIPO/GRTKF/IC/11/5(c). Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. Reproducción del documento WIPO/GRTKF/IC/9/5, “La protección de los conocimientos tradicionales: revisión de objetivos y principios”, 26 de abril de 2007, p. 21.

⁵⁹ La Ley panameña n.º. 20, de 26 junio de 2000, publicada en la Gaceta Oficial n.º. 24.083, el 27 de junio de 2000, que tiene como finalidad proteger los derechos colectivos de propiedad intelectual de los pueblos indígenas, señala en su art. 1 que los conocimientos tradicionales son creaciones como “*invenciones, modelos, dibujos y diseños, innovaciones contenidas en las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, petroglifos y otros detalles; además, los elementos culturales de su historia, música, arte y expresiones artísticas tradicionales, susceptibles de un uso comercial...*”. Texto disponible en <<http://www.dpi.bioetica.org/legisdpi/pa20.htm>>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

intelectual en el ámbito industrial, científico, literario o artístico, como los restos humanos, los idiomas en general y otros elementos similares del ‘patrimonio’ en un sentido amplio (negritas nuestras)⁶⁰.

A pesar de la diversidad de definiciones y enfoques presentados, creemos que es necesario una definición de CT que, más allá de flexible e integradora, enfocada a la protección de ese sistema de conocimientos en su totalidad, de modo que permita acoger todas las manifestaciones de esta clase de creaciones intelectuales, con independencia de su naturaleza y del sector de actividad humana al que se refiere.

En definitiva, los CTs abarcan tipos muy diversos de conocimientos que son identificados especialmente por su modo de producción y transmisión. En este trabajo, los CTs representan el conjunto de sabidurías y adopción de técnicas desarrolladas de forma particular y fundadas en experiencias ancestrales. Por ello, en sentido amplio o *lato*, podemos conceptualizar los CTs como **conocimientos, innovaciones y prácticas**⁶¹ **que han sido desarrollados con base en la experiencia adquirida a lo largo de los siglos y adaptados a la cultura local y al medio ambiente, pero que continúan evolucionando en el presente, producidos colectivamente por las comunidades tradicionales, de acuerdo con la cultura tradicional y leyes comunitarias, transmitidos oralmente de generación en generación, relacionados con áreas vitales como la diversidad biológica, el desarrollo agrícola, la ecología, la medicina tradicional, la seguridad alimentaria, la pesca, la horticultura, la silvicultura, la literatura, la música, la artesanía, los rituales y otras técnicas y arte, que**

⁶⁰ OMPI. “Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de Propiedad Intelectual...”, *op.cit.*, pp. 25-26. Vid., también, el documento OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/3/9..., *op.cit.*

⁶¹ RUIZ MULLER, por ejemplo, señala los siguientes significados para los términos conocimientos, innovaciones y prácticas: “a) **‘conocimientos’** como las ideas y el entendimiento abstracto respecto a cómo funcionan y por qué se generan ciertos fenómenos en la realidad, b) las **‘innovaciones’** como las invenciones o procedimientos materializados que reflejan los conocimientos aplicados y c) las **‘prácticas’** como precisamente las técnicas o formas en las cuáles pueden aplicarse de manera efectiva estas innovaciones” (negritas nuestras). RUIZ MULLER, M. “Protecting indigenous peoples knowledge: a policy and legislative perspective from Peru”, in *Policy and Environmental Law Series*, Peruvian Society for Environmental Law, n°.3 Lima, Peru, may, 1999.

pueden ser utilizados, entre otros, en la industria, en la medicina, en la producción de cosméticos, en la conservación de la biodiversidad, así como en aspectos intangibles de valor cultural. En síntesis, los conocimientos tradicionales son principalmente de carácter práctico y representan todo el conjunto de usos, costumbres, informaciones, manifestaciones y formas de vida que una determinada comunidad desarrolla para su existencia material y espiritual, expresados en forma de procesos y productos.

En este concepto, es importante subrayar que los CTs se extienden hacia elementos que no están necesariamente relacionados con la diversidad biológica pero que son igualmente importantes en el ámbito de las comunidades tradicionales, como los relacionados con los valores y prácticas culturales y espirituales.

Con todo, pese a la diferenciación en la amplitud de los conceptos, la propia OMPI señala que el término “conocimientos tradicionales”, que incluye las “expresiones culturales tradicionales”, se utiliza principalmente a efectos prácticos, pues reconoce el derecho de las comunidades indígenas y locales sobre todos sus conocimientos, prácticas, innovaciones, culturas relacionadas con remedios y prácticas medicinales, diversidad biológica, conocimientos agrícolas relacionados con los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura. E igualmente, afirma que, dada la naturaleza diversa y dinámica de estos conocimientos, lo cual dificulta la posibilidad de establecer una definición particular y exclusiva del término, *“es posible que no sea necesario establecer una definición particular a fin de delimitar el alcance del objeto para el que se solicita la protección”*⁶².

No obstante, reiteramos, una vez más, que para una mejor comprensión de los diferentes tipos de conocimientos, innovaciones y prácticas que comportan los CTs, podemos “separar” los CTs en conocimientos tradicionales de naturaleza técnica o conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos⁶³ y los

⁶² OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/3/9..., *op.cit.*, p. 26. El referido documento deja claro que una definición de lo que se comprende por conocimiento tradicional debe ser amplia y flexible, aplicándose una mayor precisión en el plano nacional o en el alcance de ámbitos específicos de protección; o, al menos, la ausencia de una definición única, global y exhaustiva no debería ser un obstáculo para la coordinación o armonización internacional de los sistemas jurídicos internos.

⁶³ Los conocimientos tradicionales asociados son conceptuados en Brasil en el inciso II del art. 7 de la Ley Provisional n°. 2.186-16 como la *“...información o práctica individual o colectiva de*

conocimientos tradicionales de naturaleza cultural representados en las expresiones culturales tradicionales. Así, que a efectos de precisar las características de nuestro objeto de estudio y siguiendo la tónica de este trabajo, a continuación vamos a conceptualizar los CTs de naturaleza técnica y las ECTs por separado.

1.3.3. Conocimientos tradicionales de naturaleza técnica y expresiones culturales tradicionales

A) Conocimientos tradicionales de naturaleza técnica o conocimientos tradicionales en sentido estricto

Los conocimientos tradicionales de naturaleza técnica (o asociados a los recursos genéticos) son el resultado, por lo general, del tratamiento efectuado por las comunidades locales e indígenas a partir de la gestación integral y colectiva de los recursos naturales y de la combinación de experiencias que generan conocimientos que son transmitidos por tradición. En lo que concierne a este conjunto de conocimientos, **el término conocimientos tradicionales técnicos (o asociados) comprende el saber, las innovaciones, las informaciones, las prácticas, las experiencias y el aprendizaje relacionados con las técnicas agrícolas, la medicina tradicional, la seguridad alimentaria, la producción de cosméticos, conocimientos sobre plantas y animales, además de otros relacionados con la conservación de la diversidad y con la gestión medioambiental**⁶⁴.

Es síntesis, los CTs de naturaleza técnica son aquellos generados, desarrollados y enriquecido a través del contacto con a naturaleza y del

comunidad indígena o de comunidad local, con valor real o potencial, asociada al patrimonio genético”.

⁶⁴ ALEMÁN, M. M. “Protección de los conocimientos tradicionales...”, *op.cit.*, p. 11; CORREA, C. M. *Traditional knowledge and Intellectual Propert. Issues and options surrounding the protection of traditional knowledge*. The Quaker United Nations Office (QUNO), Ginebra, november, 2001, p. 04; **CAN**. “Elementos para la protección *sui generis* de los conocimientos tradicionales...”, *op.cit.*, p. 03.

aprovechamiento de los recursos naturales que les brinda el hábitat de las comunidades tradicionales.

B) Expresiones culturales tradicionales

Como hemos remarcado con relación al concepto amplio de CTs, en relación con las ECTs también es posible encontrar una pluralidad de conceptos más o menos amplios y con diferentes enfoques.

Al analizar algunas leyes nacionales apreciamos como algunas de ellas se limitan a incluir en las “expresiones del folklore”, que en este trabajo denominamos “expresiones culturales tradicionales” (ECTs), solamente aquellas creaciones que son definidas como **obras** en el marco de la protección vía derecho de autor y, por lo tanto, restringen las ECTs a aquellas manifestaciones culturales que pueden ser comportadas dentro del conjunto de obras artísticas o literarias. Ejemplos son las Leyes de Derecho de Autor de Paraguay, Perú y Bolivia⁶⁵.

⁶⁵ La Ley sobre Derecho de autor de Paraguay, por ejemplo, restringe dichas expresiones a “*las producciones de elementos característicos del patrimonio cultural tradicional, constituidas por el conjunto de obras literarias o artísticas, creadas por autores no conocidos o que no se identifiquen, que se transmitan de generación en generación y que respondan a las expectativas de la identidad cultural tradicional del país o de sus comunidades étnicas*” (negrillas nuestras). Ley paraguaya n°. 1.328, de 20 de agosto de 1998, sobre derecho de autor y derechos conexos, promulgada el 27 de agosto de 1998. Disponible en <http://www.wipo.int/clea/docs_new/pdf/es/py/py001es.pdf>. Consultada el 29 de marzo de 2011. Reglamentada por el Decreto n°. 5159/99. Disponible en <<http://www.ftaa-alca.org/intprop/natleg/Paraguay/d515999.asp>>. Consultada el 31 de marzo de 2011. Las ECTs son entendidas en sentido muy similar a la legislación de Paraguay por las leyes del Ecuador, Perú, y Bolivia. De acuerdo con el art. 7 de la Ley de Ley de Ecuador, n°. 83, que reglamenta la propiedad intelectual, publicada en el Registro Oficial n°. 320, del 19 de Mayo de 1998, las “**Expresiones del folklore** (son): *producciones de elementos característicos del patrimonio cultural tradicional, constituidas por el conjunto de obras literarias y artísticas, creadas en el territorio nacional, por autores no conocidos o que no se identifiquen, que se presuman nacionales del País, de sus comunidades étnicas y se transmitan de generación en generación, de manera que reflejen las expectativas artísticas o literarias tradicionales de una comunidad*” (negrillas nuestras). Disponible en <<http://www.wipo.int/clea/es/details.jsp?id=1205>>. Consultada el 31 de marzo de 2011. El art. 2.12 del Decreto Legislativo peruano n°. 822, de 23 de abril de 1996, sobre derecho de autor, publicada en el Diario Oficial el 24 de abril de 1996, las “**Expresiones del Folklore** (son): *Producciones de elementos característicos del patrimonio cultural tradicional, constituidas por el conjunto de obras literarias y artísticas, creadas en el territorio nacional por autores no conocidos o que no se identifiquen, que se presuman nacionales del país o de sus comunidades étnicas y se transmitan de generación en generación, de manera que reflejan las expectativas artísticas o literarias tradicionales de una comunidad*” (negrillas nuestras). Disponible en <<http://www.wipo.int/clea/es/details.jsp?id=3412>>. Consultada el 31 de marzo de 2011. Por fin, el art. 21 de la Ley boliviana n°. 1.322, de 13 de abril de 1992, sobre derecho de autor, publicada en la Gaceta Oficial de Bolivia n°. 1.734, el 24 de abril de 1992 ,

En consecuencia, en esos países, las ECTs no comprenden muchos de los elementos de la cultura de las comunidades tradicionales, como los usos, las costumbres, las tradiciones, los mitos, la lengua, las creencias, etc., porque éstos difícilmente podrán encajar en el concepto de obra literaria o artística en el marco del derecho de autor, como será analizado en el capítulo IV, y, por tanto, no quedan comprendidos en la tutela estatal⁶⁶.

El problema reside en la contradicción entre las leyes anteriormente referidas y la “Disposiciones Tipo para las Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folklore contra la Explotación Ilícita y otras Acciones Lesivas”, de la UNESCO/OMPI, en lo que se refiere a la extensión de lo que está o no incluido en las ECTs. Si en las primeras, como se ha dicho anteriormente, la protección de las ECTs se extiende solamente a aquellas creaciones que pueden ser caracterizadas como “obra”, en el sentido del derecho de autor, en la segunda las ECTs comprenden todos los tipos de manifestaciones producidas como elementos artísticos tradicionales, desarrollados por las comunidades tradicionales, sean o no caracterizados como “obra”.

Para la UNESCO, uno de los organismos internacionales que más se ha destacado en la lucha para la protección y salvaguarda de las culturas tradicional y popular, las ECTs comprenden todas las creaciones integradas por elementos característicos del patrimonio cultural tradicional desarrollado y perpetuado por una comunidad o por individuos que reflejen las expectativas artísticas tradicionales de esa comunidad y que comprenden, entre otras, la lengua, la literatura, la música, la danza, los juegos, la mitología, los ritos, las costumbres, la artesanía, la arquitectura y otras artes, estén o no fijadas en un soporte⁶⁷.

establece que “se consideran protegidas por esta Ley todas aquellas obras consideradas como folklore, entendiéndose por folklore en sentido estricto: el **conjunto de obras literarias y artísticas** creadas en el territorio nacional por autores no conocidos o que no se identifiquen y que se presuman nacionales del país o de sus comunidades étnicas y se transmitan de generación en generación, constituyendo uno de los elementos fundamentales del patrimonio cultural tradicional de la nación” (negritas nuestras). Disponible en <<http://www.wipo.int/clea/es/details.jsp?id=494>>. Consultada el 31 de marzo de 2011.

⁶⁶ ANTEQUERA PARILLI, R. “La tutela del folklore...”, *op.cit.*, p. 514.

⁶⁷ El art. 2 de las Disposiciones Tipo UNESCO-OMPI para Leyes Nacionales sobre la Protección del Folclore contra la Explotación Ilícita y otras Acciones Lesivas, de 1985, señala que “a los efectos de la presente [Ley], se entiende por ‘expresiones del folklore’ las producciones integradas por elementos característicos del patrimonio artístico tradicional desarrollado y perpetuado por una comunidad, o por individuos que reflejen las expectativas de esa comunidad, en particular: i) **las**

Estos diferentes conceptos y enfoques presentan diferencias fundamentales. Parece que tal diferencia radica en los distintos planteamientos del que se parte para una protección. Mientras que algunos países parten de una clara preferencia hacia la protección de las ECTs vía el derecho de autor, sin cuestionar su eficacia en la protección de estas manifestaciones tradicionales; de las Disposiciones Tipo parece deducirse una mayor neutralidad, de modo que primero evalúan las especificidades y características del objeto de protección de forma general, sin partir de una delimitación desde la perspectiva de la aplicación del derecho de autor, para después saber cual es el sistema más adecuado para la protección del mismo.

Siguiendo la premisa de la UNESCO, la OMPI, en el documento titulado “La protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore: objetivos y principios revisados”, también incluye en el concepto de ECTs los elementos que había excluido en el concepto anteriormente citado cuando

expresiones verbales, tales como los cuentos populares, la poesía popular y los enigmas; ii) las expresiones musicales, tales como: las canciones y la música instrumental populares; iii) las expresiones corporales, tales como: las danzas y representaciones escénicas, sea que estas expresiones estén fijadas o no un soporte; y, iv) las expresiones tangibles, tales como: a) las obras de arte popular y tradicional, tales como: dibujos, pinturas, tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaico, ebanistería, forja, joyería, cestería, labores de punto, textiles, tapices, trajes; b) los instrumentos musicales; c) las obras arquitectónicas” (negrillas nuestras). Texto disponible en <<http://unesdoc.unesco.org/images/0006/000637/063799SB.pdf>>. Consultada el 31 de marzo de 2011. Esta comprensión de ECTs también está presente en la “Cláusula A” de la Recomendación adoptada por la Conferencia General en su 25ª reunión, realizada en París, el 25 de noviembre de 1989. UNESCO. “Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular”. Adoptada por la 25ª Conferencia General de la UNESCO, París, 15 de noviembre de 1989. Disponible en

<<http://portal.unesco.org/culture/es/files/35219/11920224731recomfolklores.pdf/recomfolklores.pdf>>. Consultada el 31 de marzo de 2011. Asimismo, en la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, de 2003, la UNESCO señala en el art. 2.2 que “el ‘patrimonio cultural inmaterial’, según se define en el párrafo 1 supra, se manifiesta en particular en los ámbitos siguientes: a) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial; b) artes del espectáculo; c) usos sociales, rituales y actos festivos; d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; e) técnicas artesanales tradicionales”. Disponible en <<http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?lg=es&pg=00006>>. Consultada el 29 de marzo de 2011. Igualmente, algunas leyes nacionales también incluyen en las ECTs algunos elementos que difícilmente pueden encuadrarse en el concepto de obra, en el marco del derecho de autor. Ejemplo es el art. 2 de la Ley de Panamá nº. 20, del 26 de junio de 2000, que incluye en las expresiones artísticas tradicionales “...costumbres, tradiciones, creencias, espiritualidad, religiosidad, cosmovisión, expresiones folclóricas, manifestaciones artísticas, conocimientos tradicionales y cualquier otra forma de expresión tradicional de los pueblos indígenas...”.

tratamos la conceptualización de los CTs en sentido amplio⁶⁸; y detalladamente señala que

las ‘expresiones culturales tradicionales’ o ‘expresiones del folclore’ son todas las formas tangibles o intangibles en que se expresan, aparecen o se manifiestan los conocimientos y la cultura tradicionales, y comprenden las siguientes formas de expresión o combinaciones de las mismas: i) las expresiones verbales, tales como los relatos, las gestas épicas, las leyendas, la poesía, los enigmas y otras narraciones; las palabras, los signos, los nombres y los símbolos; ii) las expresiones musicales, tales como las canciones y la música instrumental; iii) las expresiones corporales, tales como las danzas, las representaciones escénicas, las ceremonias, los rituales y otras interpretaciones o ejecuciones, independientemente de que estén o no fijadas en un soporte; y, iv) las expresiones tangibles, tales como las obras de arte y, en particular, dibujos, pinturas (incluidas las pinturas corporales), tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, forja, joyería, cestería, labores de punto, textiles, cristalería, tapices, indumentaria; artesanía; instrumentos musicales; y obras arquitectónicas; que son: aa) producto de la actividad intelectual creativa, en particular la creatividad del individuo y la de la comunidad; bb) características de la identidad cultural y social de una comunidad, así como de su patrimonio cultural; y, cc) mantenidas, utilizadas o

⁶⁸ La OMPI, en el documento titulado “Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares de los conocimientos tradicionales. Informe de la OMPI relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales (1998-1999)”, de lo cual transcribimos el concepto de conocimiento tradicional en sentido amplio (vid. nota 60), señala que “*quedarían excluidos de esta descripción de los conocimientos tradicionales los elementos que no se derivan de la actividad intelectual en el ámbito industrial, científico, literario o artístico, como los restos humanos, los idiomas en general y otros elementos similares del ‘patrimonio’ en un sentido amplio*”. Pese esta aparente contradicción, es importante subrayar que mientras esta cita es de un documento de 2001, la cita transcrita ahora está en un documento con fecha de 2006, y, en ese período, como veremos en el capítulo II, la OMPI ha realizado un importante labor en el debate acerca de la protección de los CTs; por esto creemos que es el segundo concepto el que refleja hoy la posición de la misma.

*desarrolladas por esa comunidad o por individuos que tienen el derecho o la responsabilidad de hacerlo de conformidad con las leyes y las prácticas consuetudinarias de dicha comunidad*⁶⁹.

Al analizar este concepto de la OMPI, ROMÁN PÉREZ señala que las ECTs son formas en que se manifiestan los conocimientos y las culturas tradicionales y que esas manifestaciones se *“mantienen, utilizan o desarrollan conforme a las normas y prácticas consuetudinarias de una comunidad y con ello está informando de que se trata de una realidad viva, gestada en un momento anterior, que además obedece a una tradición”*⁷⁰.

Otro concepto que a nuestro entender también es muy significativo en el sentido que estamos desarrollando en este trabajo es el presente en la Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular de la UNESCO⁷¹, que define la cultura tradicional, en el mismo sentido que queremos dar al término ECTs, como: *“conjunto de creaciones que emanan de una comunidad cultural fundadas en la tradición, expresadas por un grupo o por individuos y que reconocidamente responden a las expectativas de la comunidad en cuanto expresión de su identidad cultural y social; las normas y los valores se transmiten oralmente, por imitación o de otras maneras. Sus formas comprenden,*

⁶⁹ **OMPI.** Doc. WIPO/GRTKF/IC/9/4. “La protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore: objetivos y principios revisados”. Anexo: Disposiciones revisadas para la protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore objetivos políticos y principios fundamentales. 9 de enero de 2006, p. 12 del anexo. Disponible en <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_9/wipo_grtkf_ic_9_4.doc>. Consultada el 31 de marzo de 2011. Como este documento aún es un proyecto, una propuesta de sustitución puede ser encontrada en el documento **OMPI.** Doc. WIPO/GRTKF/IC/18/4, de 18 de febrero de 2011, que será analizada en la decimoctava sesión del Comité que será realizada en Ginebra, entre 9 a 13 de mayo de 2011. Sin embargo, se puede adelantar que en relación al concepto de expresiones culturales tradicionales el texto prácticamente no ha cambiado, solamente se incluyó que las ECTs pueden se manifestar de forma tangible o intangible, independiente que esté o no fijadas en un soporte, p. 04. El texto completo del documento está disponible en <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_18/wipo_grtkf_ic_18_4.doc>. Consultada el 14 de abril de 2011.

⁷⁰ ROMÁN PÉREZ, R. “Manifestaciones de la cultura popular relevantes como obra del espíritu. Artesanía. Folclore. Cuentos y tradiciones populares”, en VALDÉS, C.; ROGEL, C. (Dirs.). *Cultura Popular y Propiedad Intelectual*. Madrid, Editorial Reus, 2011 (Colección de Propiedad Intelectual), pp. 29-47, p. 32.

⁷¹ Adoptada por la Conferencia General en su 25ª reunión, París, 15 de noviembre de 1989. Disponible en <<http://portal.unesco.org/culture/es/files/35219/11920224731recomfolklorees.pdf/recomfolklorees.pdf>> Consultada el 31 de marzo de 2011.

entre otras, la lengua, la literatura, la música, la danza, los juegos, la mitología, los ritos, las costumbres, la artesanía, la arquitectura y otras artes” (negrillas nuestras). Veán que esta enumeración es apenas ilustrativa de las formas más típicas de ECTs, y no impide que otras formas de manifestaciones de la cultura sean incluidas en las mismas.

Por ende, para fines de protección, no es aceptable proteger solamente las ECTs que tengan algún retorno económico, como aquellas que pueden ser calificadas como “obras literarias y artísticas”, en el marco de protección vía el derecho de autor. Por el contrario, consideramos que las ECTs deben ser entendidas como el conjunto de creaciones intelectuales fruto del conocimiento y de la cultura de una comunidad tradicional fundada en la tradición, expresadas por un grupo o por individuos que reconocidamente responden a las expectativas de la comunidad en cuanto manifestaciones de su identidad cultural, espiritual y social⁷², y que comprenden, entre otros, los/las cuentos, poesías, relatos, leyendas, mitos, adivinanzas, proverbios, canciones, músicas, danzas, obras de teatro, formas artísticas de los rituales y ceremonias religiosas, dibujos, pinturas, tallas, esculturas, cerámica, terracotas, mosaicos, trabajos en madera, objetos de metal, joyas, cesterías, bordados, tejidos, alfombras, trajes, instrumentos musicales, formas arquitectónicas, signos, símbolos. Es decir, las ECTs pueden ser definidas como cualquier forma en que la cultura de las comunidades tradicionales se expresan, aparecen o se manifiestan, sean orales o escritas, tangibles o intangibles, fijadas o no en un soporte.

1.4. Conclusiones

A nuestro juicio, por las razones desarrolladas previamente, los CTs, en el sentido lato, comprenden todos los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades locales e indígenas, transmitidos de generación a

⁷² En este sentido también se pronuncia ROMÁN PÉREZ, R. “Manifestaciones de la cultura popular...”, *op.cit.*, pp. 34-36; OJEDA RODRÍGUEZ, N. “Las obras procedentes de la cultura popular en los tratados y acuerdos internacionales”, en VALDÉS, C.; ROGEL, C. (Dirs.). *Cultura popular y Propiedad Intelectual*. Madrid, Editorial Reus, 2011 (Colección de Propiedad Intelectual), pp. 95-114, pp. 99-100; LAU, I. *Propiedad Intelectual*. Panamá, Imprenta Universal Books, 2003, p. 108; SQUYRES, M. M. “Trademark practice throughout the world”, *TMPRWLD* § 32:1, abril, 2009, p. 01.

generación, creados y desarrollados en un contexto tradicional, asociados de manera directa con el entorno cultural y social, en particular con el territorio en que se desarrolla, con las plantas, los animales, y, en el caso de las comunidades indígenas, con los dioses y los espíritus, y, por eso, deben ser comprendidos como conocimientos holísticos, colectivos y dinámicos.

Si de una forma lata el término conocimiento tradicional incluye los elementos arriba citados, es verdad que en la práctica los debates en torno a la protección de los CTs acaban por dividir los CTs en dos grupos. Como hemos explicado, para mejor comprensión del objeto de nuestra investigación, los CTs pueden ser divididos en conocimientos tradicionales de naturaleza técnica, o simplemente conocimiento tradicional asociado, para referirse a los conocimientos especializados y relacionados con la conservación de la biodiversidad, la clasificación y usos de plantas y animales; los procedimientos agrícolas y selección de semillas; medicina natural y técnicas curativas; gestión y uso de tierras, recursos hídricos y ecosistemas naturales; producción de alimentos, tintes, fibras, látex; creación y diseño de textiles; los recursos genéticos; entre otros similares.

Y, por otro lado, otro grupo de conocimientos denominados expresiones culturales tradicionales como manifestaciones de la cultura tradicional que se plasma en la música, las danzas, los cuentos, los ritos, las pinturas, la artesanía, los idiomas y los símbolos, las interpretaciones o ejecuciones, sin perjuicio de otras manifestaciones.

No obstante, es importante señalar que a pesar de que los CTs puedan ser divididos en dos grupos con frecuencia existe una estrecha relación entre ellos. Ha de destacarse la naturaleza holística de los sistemas culturales y de los conocimientos tradicionales, así como que existen complejas relaciones entre la identidad social y cultural de una comunidad y los componentes específicos de su base de conocimientos, en la que pueden interactuar los conocimientos técnicos especializados, las expresiones culturales, las formas narrativas tradicionales, las prácticas ecológicas, además de los distintos aspectos del estilo de vida y de los sistemas espirituales; de modo que cualquier intento por aislar y definir independientemente elementos particulares de los conocimientos o de la cultura puede ser causa de inquietud y preocupación por parte de las comunidades locales e indígenas. Con todo, a efectos de otorgar a los CTs un adecuado

tratamiento jurídico, en ocasiones puede resultar conveniente realizar tal distinción, reconociendo siempre la estrecha relación existente entre CTs técnicos y ECTs⁷³.

Y son justamente estos elementos tan propios de la vida de las comunidades tradicionales los que hacen difícil el tratamiento del tema de la protección del conocimiento tradicional desde una perspectiva jurídica o utilizando categorías propias de la ciencia, la tecnología y la normatividad no tradicional.

Resumidamente, tratando de aclarar las definiciones, podemos decir que los **conocimientos tradicionales** son creados, desarrollados y puestos en práctica por los **titulares de conocimientos tradicionales**, o sea, las comunidades locales e indígenas. Las **expresiones del folclore** y los **conocimientos tradicionales de naturaleza técnicas** son subgrupos que están incluidos en la noción de conocimientos tradicionales.

2. Características de los conocimientos tradicionales

2.1. Preliminar

La tarea de caracterizar los CTs producidos por las comunidades tradicionales tampoco es fácil, pues las mismas, como ya tuvimos oportunidad de señalar, no se constituyen en un todo homogéneo, dado que cada una ha evolucionado conforme al hábitat en el cual están inmersas. Aún así, como la necesidad de una definición parece incuestionable, entender las características de

⁷³ En palabras de ALEMÁN, “una manera similar, aunque más básica, de proceder consiste en considerar las ECTs y los conocimientos tradicionales técnicos como subconjunto de los ‘conocimientos tradicionales’ en su sentido amplio. Algunas ECTs pueden describirse como expresiones culturales de los conocimientos tradicionales (o como conocimiento tradicional expresado en forma de cultura), mientras que los conocimientos tradicionales técnicos se componen del contenido o de los conocimientos y aptitudes especializados de los conocimientos tradicionales. Este enfoque permite aplicar un tratamiento diferenciado cuando resulte apropiado, reconociendo simultáneamente la relación que existe entre ambos en tanto que categorías de conocimientos tradicionales”. ALEMÁN, M. M. “Protección de los conocimientos tradicionales...”, *op.cit.*, p. 11.

los CTs es imprescindible para determinar una protección jurídica adecuada, puesto que son conocimientos muy peculiares.

2.2. La “tradicición” en relación con los conocimientos tradicionales

Un aspecto fundamental en relación con los CTs es el adjetivo “tradicional”. Merece la pena analizarlo tratando de superar un error común en su aproximación según el cual tradicional significa conocimiento “viejo”, “inflexible” y “estático”⁷⁴.

Para comprender el significado del adjetivo ‘tradicional’ con relación a los conocimientos de las comunidades locales e indígenas, primero es necesario realzar que esos conocimientos tienen un doble significado. Si, por un lado, son conocimientos que nacen en el seno de una cultura antigua, originados, preservados y transmitidos en una comunidad tradicional - a veces mediante sistemas consuetudinarios de transmisión de los conocimientos - por otro, son conocimientos muy actuales.

Muchos de estos conocimientos se crean todos los días, puesto que surgen como respuestas prácticas de individuos y comunidades a los desafíos y cambios que les plantea su entorno, ambiental, social y cultural⁷⁵. O sea, son conocimientos dinámicos que se encuentran en constante proceso de adaptación, basados en un cuerpo sólido de valores míticos profundamente enraizados en la vida cotidiana de las comunidades tradicionales.

⁷⁴ BRAHY, N. *The property regime of biodiversity...*, *op.cit.*, p. 290. Sobre el proceso dinámico de creación de los CTs ver CARVALHO, E. T. “Protection of traditional biodiversity-related knowledge: analysis of proposals for the adoption of a *sui generis* system”, *11 Mo. Env'tl. L. & Pol'y Rev.* 38, 2003, p. 04. Para KRUMENACHER, los CTs pueden ser pensados más en términos de “innovaciones tradicionales”. KRUMENACHER, T. J. “Protection for indigenous peoples and their traditional knowledge: would a registry system reduce the misappropriation of traditional knowledge?”, *8 Marq. Intell. Prop. L. Rev.* 143, winter, 2004, p. 02.

⁷⁵ DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, *op.cit.*, pp. 94-95. La OMPI, por ejemplo, subraya que “la expresión ‘basada en la tradición’ se refiere a los sistemas de conocimientos, las creaciones, innovaciones y expresiones culturales que se han transmitido generalmente de generación en generación; se considera generalmente que pertenece a un pueblo en particular o a su territorio y evolucionan constantemente en respuesta a los cambios que se producen en su entorno”. OMPI. “Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de Propiedad Intelectual...”, *op.cit.*, pp. 25-26. En el mismo sentido, GERVAIS, D. J. “Spiritual but not intellectual?...”, *op.cit.*, p. 03.

Efectivamente, el término “tradicional” no debe ser interpretado como sinónimo de antigüedad⁷⁶. El término tradicional no implica que las cosas queden fijadas en el pasado, sino que supone la acumulación de experiencias ya vividas y probadas por los antepasados para aplicarlas en el presente, adaptándolas en busca de la reproducción de su eficacia. La idea de tradición se refiere pues a procesos creativos transmitidos de generación en generación, que continuamente evolucionan en función de cambios en el ambiente y en el medio social.

Siguiendo esta premisa, los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades locales e indígenas son “tradicionales” únicamente en la medida en que su utilización y creación forman parte de la identidad cultural y espiritual de las comunidades tradicionales, lo cual no significa necesariamente que los conocimientos sean antiguos y estáticos, sino que son representativos de los valores culturales de una comunidad.

2.3. Elementos característicos de los conocimientos tradicionales

La singularidad de los CTs, que se diferencian y contraponen con las creaciones convencionales, no reside solamente en la presencia de elementos cualitativos o de especial utilidad o valor; la singularidad de estos conocimientos reside especialmente en la forma y medio en que son generados, transmitidos y utilizados⁷⁷. Podemos apuntar algunos elementos que están presentes en la

⁷⁶ “Vale la pena destacar que el adjetivo ‘tradicional’ atribuido a los conocimientos objeto de nuestro análisis es dado no por su antigüedad o inexistencia de método científicamente comprobado, como defienden algunos, sino fundamentalmente por el sistema de transmisión oral, entre colectividad y generaciones, lo que determina la titularidad colectiva (y no raramente difusa), de suerte que los derechos sobre tales conocimientos también tiene esa naturaleza colectiva e intergeneracional”. LIMA, A.; BAPTISTA, F. M.; BENSUSAN, N. “Direitos intelectuais coletivos e conhecimentos tradicionais”, en LIMA, André; BENSUSAN, Nurit (Orgs.). *Quem cala consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*. São Paulo, Instituto Sócioambiental, 2003, pp. 203-216, p. 205. Para CASTILHO, el término tradicional se refiere pues “menos a la antigüedad y más a la forma por la cual el conocimiento es adquirido y utilizado a través de las generaciones hasta el presente”. CASTILHO, E. W. V. “Parâmetros para o regime jurídico sui generis de proteção ao conhecimento tradicional associado a recursos biológicos e genéticos”, en MEZZARROBA, O. (Org.). *Humanismo latino e Estado no Brasil*. Florianópolis, Fundação Boiteux; Fondazione Cassamarca, 2003, pp. 453-472, p. 459. Asimismo, para CARVALHO el término tradicional está relacionado con el contexto en el cual esos conocimientos son generados, y no con su contenido. CARVALHO, E. T. “Protection of traditional biodiversity-related knowledge...”, *op.cit.*, p. 04. En el mismo sentido BRAHY, N. *The property regime of biodiversity...*, *op.cit.*, p. 290.

⁷⁷ MASSAGUER, J. “Algunos aspectos de la protección jurídica de los conocimientos tradicionales...”, *op.cit.*, p. 203.

formación de estos conocimientos, cuales son: **titularidad colectiva, transmisión oral, modo de producción empírica, carácter evolutivo y dinámico, creaciones basadas en un sistema de creencias y que pertenecen a diferentes campos del saber.**

2.3.1. Titularidad colectiva

La **titularidad colectiva** es la característica más sobresaliente de los CTs⁷⁸. Tal como afirma algún autor, *“los conocimientos tradicionales son bienes inmateriales de titularidad colectiva, cuando no difusa en el tiempo y en el espacio, compartidos entre diversos pueblos y comunidades que no raramente habitan regiones distintas, hasta incluso en países diferentes”*⁷⁹. La titularidad colectiva es reconocida también por el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas en el documento titulado *“Principios y directrices para la protección del patrimonio de los pueblos indígenas”*, señalando que *“el patrimonio de los pueblos indígenas tiene un carácter colectivo...”*⁸⁰.

A pesar de que los CTs sean de titularidad colectiva, algunos CTs pueden eventualmente ser ejercidos por un único individuo de la comunidad, como acontece, por ejemplo, en el caso de los Chamanes, líderes espirituales de las tribus indígenas, que detentan innumerables prácticas, como curas con utilización de plantas, raíces, etc., restringidas solamente a los que ocupan tal función. No obstante, incluso en estos casos, estamos delante de una actividad colectiva, toda vez que los conocimientos utilizados por estos individuos son fruto de siglos de evolución de aquel pueblo y estos individuos solamente ejercitan el conocimiento de forma individual y, en un determinado momento, de modo tal que con posterioridad será sustituido en sus funciones, pasando los conocimientos a otra generación. Por ello, incluso en estos supuestos, podemos seguir afirmando la titularidad colectiva como una característica propia de los CTs.

⁷⁸ ANTUNES, P. B. *Diversidade biológica...*, op.cit., p. 118.

⁷⁹ LIMA, A.; BAPTISTA, F. M.; BENSUSAN, N. “Direitos intelectuais coletivos...”, op.cit., p. 205.

⁸⁰ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1994/31.

La producción, y, por lo tanto, la titularidad colectiva, tienen una fuerte vinculación con el medio humano en el que se crea y desarrolla esos conocimientos, hasta el punto de que constituyen en una manifestación de la identidad cultural de la comunidad⁸¹. Señalamos que el análisis de la producción colectiva de los CTs será hecha cuando tratemos de la clasificación de los derechos sobre los CTs como derechos intelectuales colectivos.

2.3.2. Transmisión oral

La **oralidad** también es otra característica que se puede destacar de los CTs⁸². Los conocimientos producidos en el contexto de las comunidades tradicionales, son transmitidos de padre a hijo, de generación a generación, de forma oral y, la mayoría de las veces, sin ningún registro escrito, lo que convierte la tarea de su protección en algo aún más desafiante. La medicina tradicional (MT) que se basa en creencias, normas y prácticas tradicionales acumuladas durante experiencias antiguas de prueba y error, éxitos y fracasos en el ámbito casero, constituye un importante ejemplo de la no codificación de esos conocimientos.

2.3.3. Producción empírica

Otra característica que se puede destacar de los CTs es el modo de **producción empírica**. Empirismo entendido en un sentido amplio, en la medida en que esos conocimientos son producidos no solamente en relación con aquello que se puede percibir a través de los sentidos humanos (visión, tacto, olfato, etc.), sino también en relación con lo que se puede producir a través de la intervención de otros aspectos de la psique, como, por ejemplo, el miedo y el dolor. A tal efecto, las comunidades tradicionales producen sus conocimientos a partir de la observación de su medio ambiente, en la medida en que se usa el mismo para la

⁸¹ MASSAGUER, J. "Algunos aspectos de la protección jurídica de los conocimientos tradicionales...", *op.cit.*, p. 203.

⁸² BRAHY, N. *The property regime of biodiversity...*, *op.cit.*, p. 302.

satisfacción de sus necesidades básicas, sea para tratamiento de una enfermedad, sea para la alimentación diaria, o sea, incluso, para hacer más fácil la realización de un determinado trabajo.

2.3.4. **Carácter evolutivo y dinámico**

En este punto, cabe poner de relieve que los CTs no son conocimientos estancados en el tiempo. Por el contrario, son conocimientos que están constantemente evolucionando, en continuo perfeccionamiento a lo largo del tiempo y por generaciones sucesivas⁸³. Este **carácter evolutivo y dinámico** de esos conocimientos está directamente relacionado con su adaptación a nuevas necesidades y nuevos usos por las comunidades tradicionales. *“Los conocimientos tradicionales no se aprenden meramente de memoria para luego ser transmitidos de generación en generación. De naturaleza inherentemente dinámica, están sujetos a un proceso continuo de verificación, adaptación y creación, y alteran su forma y contenido en reacción a las circunstancias cambiantes, tanto medioambientales como sociales”*⁸⁴.

Claro está que, en estas condiciones, no se puede entender los CTs como una simple continuación de tradiciones inamovibles, puesto que no se puede negar su capacidad de cambio y adaptación a las demandas de la realidad social de hoy en día por parte de las comunidades tradicionales.

⁸³ *“Los sistemas de conocimientos locales e indígenas no son estáticos. Evolucionan, se adaptan y transforman a lo largo del tiempo. Se incorporan nuevos materiales, y, en ocasiones, además de la adquisición de conocimientos se generan nuevos usos o aplicaciones y procesos para los conocimientos existentes”*. GUPTA, A. K. “Rewarding traditional knowledge and contemporary grassroots creativity: the role of Intellectual Property”, in Paper presented at a seminar at Kennedy School, Harvard University, Boston, may, 2000, p. 10. En el mismo sentido MASSAGUER, J. “Algunos aspectos de la protección jurídica de los conocimientos tradicionales...”, *op.cit.*, p. 203; LONG, D. E. “Traditional knowledge...”, *op.cit.*, p. 03; LONGACRE, E. “Advancing science while protecting developing countries from exploitation of their resources and knowledge”, *13 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* 963, spring, 2003, p. 04.

⁸⁴ **OMPI**. “Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de Propiedad Intelectual...”, *op.cit.*, p. 235.

2.3.5. Creaciones basadas en un sistema de creencias

Otra característica de los CTs está relacionada con el fundamento de su creación. Aunque existan creaciones cuya realización viene exclusivamente a satisfacer la voluntad artística del artesano, muchas de tales obras simbolizan un orden más profundo o un sistema de creencias. Cuando un cantante tradicional interpreta una canción, la cadencia y la forma siguen todas ellas reglas que se vienen cumpliendo durante generaciones. Por lo tanto, la interpretación de una canción entretiene y educa al público actual, pero también vincula a las personas actuales con el pasado. Es decir, las creaciones están basadas en un profundo **sistema de creencias** espirituales o religiosas.

2.3.6. Pertenencia a diferentes campos del saber

Finalmente, para acabar con las características de los CTs, es preciso poner de manifiesto que estos conocimientos no se limitan a un campo específico de la tecnología o de las artes. Como bien ha señalado el Documento consensuado por el Grupo de Trabajo de Expertos Indígenas sobre Conocimientos Tradicionales de la Comunidad Andina, los CTs están relacionados con diferentes saberes y prácticas⁸⁵.

⁸⁵ “...los conocimientos tradicionales están relacionados con los siguientes saberes y prácticas: Ciencias naturales (e.g. biología, botánica, zoología, taxonomía indígena); lingüística, cantos, rituales, danzas, ritmos; curaciones, medicinas, farmacología; artesanía, cerámica, tejido, diseños; manejo de la biodiversidad, desarrollo sostenible, cultivos asociados, agroflorestería, manejo de ecosistemas, manejo forestal, manejo de cuencas hidrográficas; conocimiento de uso actual, previo o potencial de especies, de plantas y de animales, así como de suelos y minerales, conocido por un grupo cultural; conocimiento de preparación, proceso y almacenamiento de especies útiles; conocimientos sobre conservación de ecosistemas; las ceremonias y curaciones realizadas dentro y fuera de su ámbito cultural; los sistemas de derecho consuetudinario y valores morales”. CAN. “Elementos para la protección *sui generis* de los conocimientos tradicionales...”, *op.cit.*, p. 03.

3. Importancia de los conocimientos tradicionales

3.1. Planteamiento del problema

Durante muchos años los CTs fueron relegados a conocimiento de segunda categoría o incluso, se consideró que tenían poco o ningún valor. No obstante, recientemente, la ciencia occidental ha tomado conciencia de que los CTs pueden contribuir en la búsqueda de soluciones prácticas para los problemas actuales, a veces en combinación con el conocimiento científico y tecnológico “moderno”. Nótese, entonces, que actualmente los CTs empiezan a tener importancia, sobre todo importancia económica, en la medida que pasan a ser vistos como un bien económico.

En palabras de MASSAGUER, “...*los conocimientos tradicionales se han convertido en objeto de debate y de medidas en el ámbito de diversas políticas-públicas, como las relacionadas con la tutela de los derechos humanos, la preservación y promoción de la diversidad biológica, la protección de la salud, el desarrollo sostenible y, en particular, la utilización sostenible de los recursos biológicos, el progreso económico y social de ciertas comunidades, pueblos y naciones o la defensa de ciertas identidades y patrimonio culturales*”⁸⁶.

Por supuesto, el mundo está aprendiendo a apreciar las relaciones tradicionales con el mundo natural y a reconocer que los conocimientos desarrollados a través de estas relaciones es un recurso internacional fundamental. Además, reconocer la importancia de ese reconocimiento es necesario para un adecuado tratamiento jurídico con relación a la protección de los CTs.

Con esta orientación, en esta sección será destacada la importancia de los CTs en la protección del medio ambiente, y en la valoración social de las comunidades que los utiliza, más allá de la importancia económica que esos conocimientos representan.

⁸⁶ MASSAGUER, J. “Algunos aspectos de la protección jurídica de los conocimientos tradicionales...”, *op.cit.*, p. 198; JACOBY, C. D.; WEISS. C. “Recognizing Property Rights...”, *op.cit.*, p. 06.

3.2. Importancia ambiental

Una de las características que más acentúa la diferenciación de la cultura de las comunidades tradicionales con la cultura occidental es la relación que guardan con el medio ambiente en que viven. Una relación que sitúa al medio ambiente en el centro de las culturas tradicionales como pilar fundamental alrededor de cual gira toda la vida política, social, económica y espiritual. Sin duda hay una relación directa entre los CTs y la naturaleza.

La naturaleza está en el centro de las creaciones de las comunidades tradicionales, especialmente de las comunidades indígenas, que frecuentemente relacionan sus conocimientos con niveles de abstracciones, tales como la noción de espíritus y seres de fuerza mitológicas. *“Los pueblos tradicionales, en general, afirman que, para ellos, la ‘naturaleza’ no es solamente un inventario de recursos naturales, mas representa las fuerzas espirituales y cósmicas que hacen de la vida lo que ella es”*⁸⁷.

Se contempla que las comunidades tradicionales en todo el mundo han desarrollado sistemas económicos, sociales y culturales que son apoyados por el uso sostenible de los recursos naturales, de modo que han sido responsables por el mantenimiento de gran parte de la diversidad biológica del mundo⁸⁸.

Especialmente en los países de tercer mundo, hay una coexistencia entre la biodiversidad y las comunidades que aún resguardan formas de producción que tratan de garantizar la convivencia ecológica sostenible con el medio ambiente⁸⁹.

⁸⁷ POSEY, D. A. “Os povos tradicionais e a conservação da biodiversidade”, en ARAÚJO, M. C. (Coord.). *Uma estratégia latino-americana para a Amazônia*. São Paulo, Memorial, 1996, pp. 149-157.

⁸⁸ AMIOTT, J. “Investigating the Convention on Biological Diversity's...”, *op.cit.*, p. 07. *“Esta relación que podemos describir como interdependiente, intergeneracional, sostenible y transversal a los diferentes ámbitos de la vida de los pueblos indígenas, es la principal causa que explica como los pueblos indígenas mantienen prácticamente intactos sus territorios mientras que el resto del planeta se encuentra ya prácticamente degradado por el empuje y el descuido de la economía capitalista y su obsesión por la rentabilidad y el beneficio”*. BERRAONDO LÓPEZ, M. “Pueblos indígenas y derechos territoriales: entre el derecho consuetudinario y el Derecho Constitucional”, en BORJA JIMÉNEZ, E. (Coord.). *Diversidad cultural: conflictos y Derecho. Nuevos horizontes del Derecho y de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 164. En el mismo sentido, BRAHY, N. *The property regime of biodiversity...*, *op.cit.*, pp. 292-293.

⁸⁹ *“La biodiversidad es un recurso del pobre. En cuanto el mundo industrializado y las sociedades afluentes dieron las espaldas a la biodiversidad, los pobres en el tercer mundo dependen*

En efecto, las comunidades tradicionales, descubren y perfeccionan mecanismos biológicos, inventan mecanismos agrícolas, en fin, crean y contribuyen para el perfeccionamiento de sus relaciones con la naturaleza produciendo conocimiento.

Es constatable cómo las comunidades tradicionales viven y dependen de la selva, del mangle⁹⁰, de la sabana⁹¹, de la caatinga⁹², o cualquier otro tipo de ambiente donde estuvieren localizadas. Es de este medio ambiente de lo que depende la supervivencia de esas comunidades. Hay, por tanto, una simbiosis entre el medio ambiente y las prácticas de esas poblaciones, de manera que ellas utilizan los recursos naturales disponibles y, una vez que ellas sobreviven de esos recursos, la diversidad biológica es preservada y usada de manera racional y sostenible⁹³. Y esto es particularmente importante en este período de violenta destrucción ecológica, en el cual la mínima fuente de conocimiento y discernimiento ecológico puede tornarse vital para el futuro de la humanidad en este planeta.

Un estudio realizado por el Núcleo de Apoyo a la Investigación sobre Poblaciones Humanas y Áreas Húmedas Brasileñas de la Universidad de São

continuamente de los recursos biológicos para obtener comida, cuidar de la salud, extraer energía y fibras, y construir viviendas". SHIVA, V. *Biopirataria...*, op.cit., p. 92. En este mismo sentido, AMIOTT señala que las comunidades indígenas y locales *"han dependido de la relación continua con los ecosistemas locales para su supervivencia física y cultural, y han adquirido una imagen extraordinaria de la mejor manera de conservar y utilizar sosteniblemente la diversidad biológica del mundo"*. AMIOTT, J. "Investigating the Convention on Biological Diversity's...", op.cit., p. 03.

⁹⁰ *"Arbusto de la familia de las Rizoforáceas, con tres o cuatro metros de altura, cuyas ramas, largas y extendidas, dan unos vástagos que descienden hasta tocar el suelo y arraigar en él, con hojas pecioladas, opuestas, enteras, elípticas, obtusas y gruesas, flores axilares de cuatro pétalos amarillentos, fruto seco de corteza coriácea, pequeño y casi redondo, y muchas raíces aéreas en parte. Es propio de los países tropicales, y las hojas, frutos y corteza se emplean en las tenerías"*. Definición de la Real Academia Española. Disponible en: <<http://buscon.rae.es/drael/>>. Consultada el 01 de abril de 2011.

⁹¹ Terreno sin mata pero con árboles diseminados o llanura de gran extensión cubierta de vegetación gramínea, con grupos de árboles aislados. *"Llanura, en especial si es muy dilatada, sin vegetación arbórea"*. Definición de la Real Academia Española. Disponible en <<http://buscon.rae.es/drael/>>. Consultada el 01 de abril de 2011.

⁹² *"Tipo de vegetación característico del nordeste brasileño, formada por pequeños árboles espinosos que pierden la hoja durante la estación seca"*. Definición disponible en <http://www.babylon.com/dictionary/50549/Wikipedia_Espa%C3%B1ol_La_encyclopedia_libre>. Consultada el 01 de abril de 2011.

⁹³ De acuerdo con en art. 2 del Convenio sobre la Diversidad Biológica: *"por 'utilización sostenible' se entiende la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras"*.

Paulo (Nupaub-USP), en el Proyecto Biodiversidad y Comunidades Tradicionales⁹⁴, demuestra además que la conservación de las biodiversidades ligadas a los CTs producidos por esas poblaciones ocurrió no sólo por un resultado natural, sino también por resultado cultural⁹⁵.

Esta constatación es confirmada por otros estudios realizados por los científicos KEITH BROWN JR. y ANDRE VICTOR L. FREITAS en la Reserva Extrativista del Valle del Juruá, en el Estado de Acre, sudoeste de la Región Amazónica, en Brasil, considerada una de las regiones más ricas en biodiversidad de todo el mundo, dejan claro que las intervenciones realizadas por las comunidades tradicionales en el Valle del Juruá contribuyen a su conservación, ocurriendo además que tal diversidad fue alcanzada no solamente por obra de la naturaleza, sino también por acción del hombre, por la actividad de las diversas etnias que comparten el mismo hábitat⁹⁶.

Afortunadamente la comunidad internacional ha comenzado a reconocer el papel vital que desempeñan los recursos biológicos en la vida y medios de subsistencia de las comunidades tradicionales, y las importantes contribuciones de los esfuerzos que esas comunidades, a través de sus sistemas de conocimientos, para la preservación del medio ambiente mundial.

A partir de ese reconocimiento la protección de la biodiversidad empieza a ser establecida en muchos documentos internacionales. Uno de los principales

⁹⁴ El resultado de este estudio está publicado en DIEGUES, A. C.; ARRUDA, R. S. V. *Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil*. Brasília, Ministério do Meio Ambiente; São Paulo, USP, 2001.

⁹⁵ De acuerdo con SANTILLI, las conclusiones del estudio sugieren "...que la diversidad de especies, de ecosistemas y genética no es solamente fenómeno natural, mas también cultural, es decir, sería inclusive resultado de la acción humana. (...) las poblaciones humanas no solamente conviven con la floresta y conocen seres que ahí habitan, manipulando sus componentes orgánicos y no orgánicos". SANTILLI, J. "Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção", en LIMA, A.; BENSUSAN, N. *Quem cala consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*. São Paulo, Instituto Sócioambiental, 2003, pp. 53-74, p. 55.

⁹⁶ BROWN JÚNIOR, K.; FREITAS, A. V. L. "Diversidade biológica no Alto Juruá: avaliação, causas e manutenção", en CUNHA, M. C.; ALMEIDA, M. B. (Orgs.). *Enciclopédia da floresta. O Alto Juruá: práticas e conhecimentos das populações*. São Paulo, Companhia das Letras, 2002, p. 41. En este mismo sentido, ANTUNES ha afirmado que las "poblaciones indígenas y comunidades locales han colaborado activamente en la conservación de la diversidad biológica y que, en función de esto, tales comunidades deben merecer el debido reconocimiento internacional, siendo recompensados no sólo por la conservación, mas, igualmente, en razón del conocimiento tradicional que detentan, sobre los secretos existentes en su hábitat". ANTUNES, P. B. *Diversidade biológica...*, op.cit., p. 16.

instrumentos jurídicos que se ha ocupado de establecer las bases para la protección de la biodiversidad es el Convenio sobre la Diversidad Biológica - en adelante CDB. En el mismo sentido, en el ámbito latinoamericano, el art. 1 de la Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena sobre el Sistema Común de Acceso a los Recursos Genéticos⁹⁷, también establece un mandato expreso de conservación de la diversidad biológica.

En ellos se percibe una relación obvia entre recursos genéticos y conocimientos tradicionales: los recursos genéticos son objetos esenciales de los denominados conocimientos ecológicos y tradicionales. Es decir, entre los CTs se encuentran, de forma destacada, numerosos saberes, informaciones, prácticas y experiencias relativos a los recursos genéticos, incluida su interacción con el entorno natural y social y, por ello, su utilización en la agricultura, la ganadería, la alimentación y la gestión de los recursos naturales, etc.

SHIVA destaca la importancia de la intervención de las comunidades tradicionales en la protección de la biodiversidad, toda vez que diferentes modos de producción y diferentes economías preservan culturas locales en detrimento de las grandes empresas del sector agrícola que detentan los Derechos de la Propiedad Intelectual (DPI) y que diseminan monocultivo por todo el mundo, buscando la maximización de sus lucros⁹⁸.

MASSAGUER agrega aún que los CTs han impulsado frecuentemente el aprovechamiento de los recursos genéticos por la biotecnología⁹⁹. En este

⁹⁷ Los aspectos más importantes sobre los CTs en el CDB y en la Decisión 391 serán analizados en el capítulo segundo.

⁹⁸ *“La conservación de la biodiversidad requiere la existencia de diversas comunidades con sistemas agrícolas y medios distintos, que utilizan especies distintas de in situ. La descentralización económica y la diversificación son condiciones necesarias para la conservación de la biodiversidad”*. SHIVA, V. *Biopirataria...*, op.cit., p. 114; vid., también, JACOBY, C. D.; WEISS, C. *“Recognizing Property Rights...”*, op.cit., p. 08.

⁹⁹ Las invenciones biotecnológicas son las que *“consisten en materia que contienen información genética y es autorreproducible o susceptible de ser reproducida en un entorno biológico apropiado, y que abarcan, en un extremo, las llamadas invenciones biológicas de fase inicial, consistentes en secuencias marcadas expresadas (EST) o secuencia de nucleótidos de distintas longitudes que se producen cuando se expresa un gen y, en el otro extremo, las estructuras y composiciones derivadas o aisladas de organismos vivos que existen en la naturaleza (como plantas, animales, bacterias, hongos, etc.), como también las invenciones relativas a la utilización y tratamiento de la materia biológica, que comprenden desde el aislamiento y síntesis artificial de una secuencia presente en la naturaleza hasta procedimientos de cría selectiva o de producción de alimentos con aplicación de cultivos bacterianos”*. MASSAGUER, J. *“Algunos aspectos de la protección jurídica de los conocimientos tradicionales...”*, op.cit., pp. 205-206.

sentido, se constata como los investigadores, sabiendo que los recursos genéticos tienen aplicaciones prácticas, se han valido de esos conocimientos para iniciar sus trabajos.

Con seguridad, no son pocas las invenciones biotecnológicas y los conocimientos relacionados con el área de fármacos, de la agricultura, de la seguridad alimentaria que, en uno u otro momento de su desarrollo, se han valido de informaciones basadas en los CTs relativos a las plantas, animales u otros organismos que existen en la naturaleza¹⁰⁰.

Por ende, las prácticas de esas comunidades, sus conocimientos, y el modo como tratan los bienes de la naturaleza deben ser protegidos, ya que representan un camino y una luz para la humanidad en tiempos de acelerada destrucción de nuestras reservas biológicas.

3.3. Importancia social

Los CTs, más allá de ser importantes para la protección de la diversidad biológica, tienen también su importancia social, ya que es a partir de los modos de

¹⁰⁰ “Los científicos a menudo confían en la orientación que pueden darles las comunidades locales, que poseen un conocimiento sofisticado de las plantas y los animales del lugar. De los 119 medicamentos con estructuras químicas conocidas que aún se extraen de plantas superiores y que se usan en los países industriales, más del 74% fueron descubiertos por químicos que intentaban determinar las sustancias químicas de las plantas usadas en la medicina tradicional”. FARNSWORTH apud POSEY, D. A.; DUTFIELD, G. *Más allá de la Propiedad Intelectual...*, op.cit., p. 14. En el mismo sentido, DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, op.cit., p. 03. “Se estima, en efecto, que el 40 por 100 de los medicamentos que actualmente se encuentran en fase de prueba son derivados de plantas y que el 75 por 100 de esas plantas de las que proceden eran utilizadas por la llamada medicina tradicional”. MASSAGUER, J. Algunos aspectos de la protección jurídica de los conocimientos tradicionales..., op.cit., p. 206. En 1991, la empresa Merck Pharmaceutical firmó un acuerdo por un millón de dólares con el Instituto Nacional de Biodiversidad de Costa Rica (Inbio), por el derecho de conservar y analizar las muestras de plantas recogidas en los parques de bosque tropical húmedo de Costa Rica. En 1992, la empresa Eli Lilly pagó cuatro millones de dólares a la Shaman Pharmaceuticals, una importante compañía de bioprospección, por los derechos exclusivos de comercialización de drogas con componentes curativos derivadas del conocimiento de curanderos nativos. SHIVA, V. *Biopirataria...*, op.cit., pp. 101-103. Más recientemente la empresa norteamericana International Plant Medicine Corporation patentó la ayahuasca, planta sagrada que los indígenas amazónicos usan tradicionalmente en sus rituales religiosos. Se trata de una planta que “equivale a la hostia de los cristianos y que desde entonces se convirtió en propiedad privada”. GALEANO, E. De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso. Porto Alegre, L&PM, 1999, p. 224. A pesar de revocada la patente, éste y otros hechos son ejemplos de muchos otros casos de apropiación indebida por medio del sistema de propiedad intelectual.

producción de esos diferentes conocimientos que esas comunidades pueden obtener su sustento y, de esa forma, pueden vivir dignamente.

Como ya señalamos, los CTs, en su gran mayoría, miran a atender las necesidades básicas de las comunidades tradicionales. No existe, por lo menos de forma inmediata, una preocupación sobre la mercantilización del conocimiento, para la obtención de ganancias, siendo, por esto, un conocimiento compartido libremente entre las diversas comunidades que ocupan un mismo hábitat. Esto significa que la producción de los CTs se da esencialmente en función de la necesidad diaria del pueblo que detenta esos saberes¹⁰¹.

Estos conocimientos forman parte del vivir diario de millones de personas en los países en desarrollo. La medicina tradicional¹⁰² (MT), por ejemplo, suple las necesidades relacionadas con la salud de una gran mayoría de la población en estos países, donde el acceso a los servicios de salud y a las medicinas “modernas” es limitado por razones económicas y culturales. En muchos países

¹⁰¹ BRAHY señala, en relación a las finalidades de los CTs, que en primer lugar el conocimiento tradicional es útil y esencial para los propios titulares de los CTs. Los CTs son la base para los planes de decisiones de las comunidades tradicionales sobre muchos aspectos fundamentales de la vida cotidiana: la caza, la pesca, la recolección, la agricultura y la cría, la preparación, conservación y distribución de alimentos, la ubicación, recolección y almacenamiento de agua; lucha contra las enfermedades y lesiones; mantenimiento de la vivienda; orientación y navegación en tierra y mar, la gestión de los sistemas ecológicos; las relaciones de la sociedad con la naturaleza; y la adaptación al medio ambiente. BRAHY, N. *The property regime of biodiversity...*, *op.cit.*, p. 294.

¹⁰² Uno de los principales elementos que está comportado en los CTs y que hizo que ellos ganasen importancia mundial fue la medicina tradicional. Según la OMPI, la medicina tradicional “es la suma total de conocimientos, técnicas y procedimientos basados en las teorías, las creencias y las experiencias indígenas de diferentes culturas, sean o no explicables, utilizados para el mantenimiento de la salud, así como para la prevención, el diagnóstico, la mejora o el tratamiento de enfermedades físicas y mentales. En algunos países se utilizan indistintamente los términos medicina complementaria/alternativa/no convencional y medicina tradicional”. OMS. Doc. WHO/EDM/TRM/2000.1. “Pautas generales para las metodologías de investigación y evaluación de la medicina tradicional”, Ginebra, 2002. Disponible en <<http://apps.who.int/medicinedocs/pdf/s4930s/s4930s.pdf>>. Consultada el 29 de marzo de 2011. ESTRELLA añade que la medicina tradicional “tiene como fundamento el saber médico ancestral de la población, modificado a los largo de los siglos por la influencia de la medicina popular europea, la religión cristiana, la tradición africana y los elementos popularizados de la medicina occidental. Es una práctica que se transmite por la tradición familiar o comunitaria, que tiene sus propios agentes de salud y sus ideas específicas sobre la enfermedad y la curación”. ESTRELLA, E. *Plantas medicinales amazónicas: realidad y perspectivas*. Tratado de Cooperación Amazónica, Lima, 1995. Para un estudio profundizado sobre la medicina tradicional ver ZULUAGA, G. “¿Para qué y cómo proteger el conocimiento tradicional? Una experiencia de diálogo intercultural desde la medicina moderna”, en BARROS, B. S.; GARCÉS, C. L. L.; MOREIRA, E. C. P.; PINHEIRO, A. S. F. (Orgs.). *Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais...*, *op.cit.*, pp. 161-182; OMS. Declaración de Alma-Ata. Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, Alma-Ata, URSS, 6-12 de septiembre de 1978. Disponible en <http://www.paho.org/Spanish/dd/pin/alma-ata_declaracion.htm>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

este tipo de tratamientos es el único que está al alcance de la gente pobre y de las comunidades tradicionales especialmente aquellas localizadas en zonas remotas¹⁰³.

Otro ejemplo práctico que es esencial en muchos sistemas agrícolas, es el uso y las mejoras continuas de los agricultores en la selección de sus variedades, sobre todo del sistema “informal” de producción de semillas¹⁰⁴.

¹⁰³ “Los CTs son el principal componente del modo de vida de millares de personas en los países en desarrollo. La medicina tradicional viene a satisfacer las necesidades relacionadas con la salud de una enorme población en esos países donde el acceso a los servicios públicos de salud y la medicina moderna son dificultados y limitados por razones de orden económico y cultural”. COMEGNA, M. A. *Comunidades locais e proteção aos conhecimentos tradicionais na Bolívia*. Obra suministrada por la autora a la Secretaría General de la Comunidad Andina. Biblioteca Digital Andina, 2001. Disponible en <<http://www.ibcperu.org/doc/isis/7444.pdf>>. Consultada el 28 de marzo de 2010. “El consumo per cápita de productos de la MT en Malasia, es más del doble que el consumo de fármacos modernos. La MT también es de importancia significativa en países en desarrollo más avanzados como Corea del Sur, donde el consumo per cápita de productos provenientes de la MT, es alrededor de 36% mayor que el de medicamentos modernos”. CORREA, C. M. *Traditional knowledge and Intellectual Propert...*, *op.cit.*, p. 03. Según THOMPSON, noticias publicadas en 1995 revelaban que, de acuerdo con datos de la OMC, 80% de todas las personas del mundo recibe alguna forma de tratamiento tradicional en el cuidado de la salud. THOMPSON, A. G. “An untapped resource in addressing emerging infectious diseases: traditional healers”, *6 Ind. J. Global Legal Stud.* 257, fall, 1998, p. 01; BRAHY, N. *The property regime of biodiversity...*, *op.cit.*, p. 294. Posiblemente, en los últimos 10 años esos números hayan cambiado; sin embargo es bien probable que aún continúen siendo muy altos. Igualmente en los países desarrollados, “el 70% al 80% de la población ha recurrido alguna vez a una u otra forma de medicina alternativa o complementaria (por ejemplo, la acupuntura)”. Dato disponible en <<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs134/es/>>. Consultada el 01 de abril de 2011. Un estudio publicado por la OMS denominado Estrategia de la OMS sobre medicina tradicional 2002–2005, revela los siguientes datos sobre la medicina tradicional: “en África hasta un 80% de la población utiliza la MT para ayudar a satisfacer sus necesidades sanitarias. En Asia y en Latinoamérica, las poblaciones siguen utilizando la MT como resultado de circunstancias históricas y creencias culturales. En China, la MT contabiliza alrededor de un 40% de la atención sanitaria. Mientras tanto, en muchos países desarrollados, la MCA (Medicina complementaria a la atención) se está haciendo cada vez más popular. El porcentaje de población que utiliza la MCA al menos una vez es de un 48% en Australia, un 70% en Canadá, un 42% en EE UU, un 38% en Bélgica y un 75% en Francia”. OMS. Estrategia de la OMS sobre medicina tradicional 2002-2005. Ginebra, 2002, pp. 01-02. Disponible en <http://whqlibdoc.who.int/hq/2002/WHO_EDM_TRM_2002.1_spa.pdf>. Consultada el 01 de abril de 2011. Según otro informe sobre la salud en el mundo en 2008, de la OMS, titulado “La atención primaria de salud, más necesaria que nunca”, “el déficit de oferta de atención (a la salud) sigue siendo una realidad en muchos países, por lo que la ampliación de las redes de servicios es un objetivo prioritario, como lo era hace 30 años”. OMS. La atención primaria de la salud, más necesaria que nunca. Informe sobre la salud en el mundo 2008. Introducción y panorámica. Ginebra, 2008, p. 11. Disponible en <http://www.who.int/whr/2008/08_overview_es.pdf>. Consultada el 01 de abril de 2011. Estos datos demuestran, sin duda, la necesidad de se recorrer a la MT. Sobre la MT en China consultar FAN, R. “Modern western science as a standard for traditional chinese medicine: a critical appraisal”, *31 J.L. Med. & Ethics* 213, summer, 2003.

¹⁰⁴ El sistema informal de producción de semillas “opera sobre la base de la difusión de las mejores clases de semilla disponibles dentro de la comunidad, incluso a largas distancias, durante épocas de migración o de desastre”. CORREA, C. M. *Traditional knowledge and Intellectual Propert...*, *op.cit.*, p. 03. Un ejemplo de este proceso puede ser el arroz *oryza longistaminata* cultivado en Malí. “La *oryza longistaminata* es una clase de arroz silvestre que se cultiva en Malí. Los agricultores de ese país lo consideraban una maleza, pero la comunidad de migrantes Bela

Se trata, claro está, de que para las comunidades tradicionales, los sistemas tradicionales de relación con la tierra y el uso de los recursos naturales son condiciones necesarias para su supervivencia, sociabilidad, organización, desarrollo y su bienestar individual y colectivo. Sus culturas y sociedades están muy atentos a los entornos locales que habitan y su asociación con determinadas especies, por ejemplo, es tal que estas especies tienen importancia mucho más allá de consideraciones económicas.

Por lo dicho, es necesario reconocer que las vidas de esas personas están interconectadas y muchas de sus culturas están entrelazadas, con la consecuencia de que los cambios en un aspecto de sus vidas pueden invariablemente conducir a cambios en otros aspectos¹⁰⁵.

3.4. Importancia económico-financiera

Otro punto que torna fundamental la cuestión de la protección de los CTs, especialmente los conocimientos asociados al patrimonio genético, es el factor económico-financiero. Es ciertamente por este motivo que el tema ha alcanzado la importancia que tiene actualmente en los organismos nacionales e internacionales¹⁰⁶.

Las empresas multinacionales de investigación en el área de fármacos, de la bioquímica, de alimentos, entre otros, al utilizar los CTs tienen un poderoso atajo para el descubrimiento de principios activos en la naturaleza, que servirán

logró un conocimiento profundo de su valor agrícola. La comunidad Bela desarrolló un entendimiento sistemático de las propiedades específicas de esta especie y de otras especies de arroz, y llegó a la conclusión de que la oryza longistaminata tiene mayor resistencia a las enfermedades, como el añublo del arroz, que muchas otras especies locales de arroz. Guiados por estos conocimientos tradicionales, los investigadores pudieron aislar y clonar un gen conocido con el nombre Xa21, que confiere esa resistencia a las plantas de arroz". OMPI. "Propiedad Intelectual y conocimientos tradicionales", Folleto n°. 2, p. 09. Disponible en <http://www.wipo.int/freepublications/es/tk/920/wipo_pub_920.pdf>. Consultada el 01 de marzo de 2011.

¹⁰⁵ "Para los pueblos indígenas, el mundo espiritual está presente en la tierra en la forma de las plantas, los animales, y lugares que han compartido sus tierras desde tiempos inmemoriales". AMIOTT, J. "Investigating the Convention on Biological Diversity's...", *op.cit.*, p. 06.

¹⁰⁶ HILTY, R. M. "Legal protection of cultural heritage in a world of Intellectual Property Rights", in WALDECK und PYRMONT, W. Zu *et al. Patents and technological progress in a globalized world: liber amicorum Joseph Straus*. Berlin, Germany, 2009, pp. 763-779.

para la fabricación de productos industrializados. Son millares de dólares, más allá de años de investigación, los que son economizados por esas industrias al servirse de las pistas marcadas por las prácticas de las comunidades que se relacionan con la floresta, de generación a generación. No será más necesario investigar toda una floresta para encontrar un principio activo en la naturaleza que combata una determinada enfermedad, por ejemplo.

Se puede observar las prácticas, muchas veces milenarias, de los pueblos que utilizan el enorme depósito de recursos genéticos¹⁰⁷. Así, los conocimientos y las prácticas de las comunidades tradicionales se manifiestan como poderoso medio para el descubrimiento de nuevos remedios¹⁰⁸ y alimentos¹⁰⁹, además de la industria de cosméticos¹¹⁰.

Es evidente la comprobación del potencial de los CTs para usos terapéuticos y medicinales, lo cual ha sido considerado por el mercado como una posibilidad más de explotación comercial y de obtención de beneficios. El

¹⁰⁷ Los antropólogos han encontrado evidencia del uso de plantas naturales para tratamiento médico ya en 2.600 a.C., en Mesopotamia. BATES, K. "A penny for your thoughts: private and collective contracting for traditional medicinal knowledge modeled on bioprospecting contracts in Costa Rica", en Symposium in Honor of Professor Milner S. Ball, *41 Ga. L. Rev.* 961, spring, 2007, p. 02.

¹⁰⁸ Sobre la importancia de los CTs en la industria de fármacos ver BRAHY, N. *The property regime of biodiversity...*, *op.cit.*, p. 337 y ss.

¹⁰⁹ JACOBY, C. D.; WEISS, C. "Recognizing Property Rights...", *op.cit.*, pp. 04-05; GHOSH, S. "Globalization, Patents, and traditional knowledge", *17 Colum. J. Asian L.* 73, fall, 2003, p. 08; AMIOTT, J. "Investigating the Convention on Biological Diversity's...", *op.cit.*, p. 08; TUSTIN, J. "Traditional knowledge and Intellectual Property in Brazilian biodiversity law", *14 Tex. Intell. Prop. L.J.* 131, spring, 2006, p. 04. RUIZ MULLER nos trae algunos ejemplos de plantas medicinales de América Latina, entre cientos de otros casos parecidos, utilizados por comunidades tradicionales que son comercializados por la industria bioquímica y que generan beneficios económicos, que fueron documentados por la literatura especializada: Curare (*Chondondendron tomentosum*), de origen Amazónica, y utilizada como relajante muscular; Quinina (*Chinchona*), de origen Amazónica, utilizada como antimalárica; Frijol, de origen Mexicano, alimento tradicional de los pueblos indígenas mexicanos, patentado en EEUU; Coca (*Erytroxylum coca*), proviene de los Andes y utilizada como anestésico local y estimulante; Maize (*Zea diploperennis*), especie silvestre de maíz mexicano, muy rara, resistente a virus perenne; Albahaca de monte (*Ocinun micranthum*), especie cultivada tradicionalmente y usada por pueblos indígenas mexicanos de propiedades curativas; Uña de gato (*Uncaria tomentosa*), planta amazónica, comercializada en forma liofilizada en mercados latinoamericanos y en EE.UU., principalmente, utilizada como antiinflamatorio, anticonceptivo y cancerostático; Croton lecheri (*Sangre de grado*), de origen amazónica, comercializada como cicatrizante, antidiarreico y cancerostático. RUIZ MULLER, M. *La protección jurídica de los conocimientos tradicionales...*, *op.cit.*, p. 42. Para profundizar el análisis del proceso de como las industrias de fármacos utilizan los recursos naturales para la medicina moderna consultar BATES, K. "A penny for your thoughts...", *op.cit.*, p. 03 y ss.; TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S. "Los pueblos indígenas...", *op.cit.*, p. 144 y ss.

¹¹⁰ TUSTIN, J. "Traditional knowledge...", *op.cit.*, p. 04.

mercado de fármacos a base de plantas, por ejemplo, fuente especialmente importante para la medicina, ha crecido cerca de 5% y 15% anualmente¹¹¹. En los años 90 se calculó que los consumidores (a nivel mundial) gastaron aproximadamente 8 billones de dólares en medicamentos provenientes directa o indirectamente de plantas, muchas de las cuales, sin duda, provienen de lugares en los cuales habían sido (y son) utilizadas regularmente por comunidades tradicionales¹¹².

Según datos de la OMS, los tratamientos herbarios, que son la forma más popular de medicina tradicional, resultan muy lucrativos en el mercado internacional. En 2003-2004 generaron unos ingresos anuales de 5000 millones de dólares. Sólo en China la venta de esos productos reportó 14.000 millones de dólares en 2005. En Brasil, los ingresos generados por la medicina herbaria ascendieron a 160 millones de dólares en 2007¹¹³.

Un dato resulta revelador: el 25% de las drogas modernas prescritas alrededor del mundo, contienen al menos un compuesto derivado directa o indirectamente de plantas, muchas de las cuales han tenido un uso tradicional a nivel de las comunidades locales e indígenas. Si se consideran los cálculos de fines de los años 80, es ya un lugar común afirmar que los mercados anuales globales para fármacos derivados de plantas medicinales eran de 10 a 20 billones

¹¹¹ Una manera de abordar el tema de la explotación del conocimiento tradicional ha sido desde la óptica de la relación desigual Norte – Sur, o de países ricos y pobres. El enorme potencial que encierran los recursos genéticos en cuanto a posibles usos terapéuticos, industriales, de mejoramiento de especies y razas ha llevado al Norte, pobre en recursos genéticos pero rico en desarrollo científico y tecnológico, a interesarse por obtener las garantías de acceso que le permitan a sus industrias de alta y avanzada tecnología acceder sin problemas a la biodiversidad existente en cualquier parte del planeta, especialmente en los países en desarrollo, pobres en adelantos científicos y tecnológicos pero, en compensación, ricos en biodiversidad. GAMBOA, A. "Regulación de acceso a los recursos genéticos en las comunidades internacional y andina", *Ciencia y Tecnología*, vol. 16, n°. 03, jul–sep, Colombia, 1998. Según un estudio de 1985, el valor comercial solo de las medicinas hechas a base de plantas (muchas de las cuales las usaron los pueblos indígenas por primera vez en los países del Sur) que se vendieron en los países del Norte (países desarrollados) alcanzó los 43.000 millones de dólares. POSEY, D. A.; DUTFIELD, G. *Más allá de la Propiedad Intelectual...*, op.cit., p. 37. "La OMS considera que China va a la cabeza en el campo de la MT; en el año 1999, generó por este concepto un ingreso de alrededor de 5 mil millones de dólares en el mercado internacional y de 1 mil millones de dólares en el mercado interno. Se calcula que el mercado europeo llegó a los 11,9 mil millones de dólares (de los cuales Alemania dio cuenta de 38%, Francia 21% y el Reino Unido 12%), en el año de 1999". CORREA, C. M. *Traditional knowledge and Intellectual Propert...*, op.cit., p. 03.

¹¹² FARNSWORTH, N.; AKERELE, O. "Las plantas medicinales en la terapéutica", *Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana*, Washington, 107 (4), 1989, pp. 314-323.

¹¹³ OMS. "Medicina tradicional". Nota descriptiva n°. 134, Ginebra, 2010. Disponible en <<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs134/es/>>. Consultada el 01 de abril de 2011.

de dólares. En un estudio ampliamente citado, TEN KATE y LAIRD calculaban que los mercados anuales globales de productos derivados de recursos genéticos en estos sectores (fármacos, medicinas botánicas, horticultura, control biológico, biotecnología – en áreas diferentes a la agricultura – cosméticos) son de 500 a 800 billones de dólares¹¹⁴.

RUIZ MULLER, declarando ser muy conservador en la estimación, hace el siguiente análisis de estos datos. Primero asume la hipótesis de que sólo 10% de estos 500 o 800 billones de dólares se derivan de recursos respecto de los cuales existen CTs originarios; con lo cual tendríamos como resultado que, cuando menos, la participación en estos valores de fármacos derivados de los CTs tienen un valor aproximado de 50 billones de dólares anualmente, que es una cifra considerable. Además, si consideramos, en una perspectiva muy conservadora con los números, que un 10% de este valor corresponde a los CTs, el valor del aporte intelectual tradicional a nivel global llegaría a 5 billones de dólares anuales.

El autor hace aún una última simulación conservadora y señala que si reducimos el valor de la contribución intelectual tradicional al 10% de la última cifra, tendríamos un aporte calculado en por lo menos 500 millones de dólares, cifra por lo demás significativa, especialmente en el contexto de la situación social y económica de las comunidades tradicionales¹¹⁵.

Consideramos que el intento de precisar el valor del aporte intelectual tradicional en términos de valor económico es una tarea muy difícil. No obstante, es preciso señalar que para el análisis que estamos realizando, la exactitud de las cifras en sí no es lo más importante, sino las magnitudes. Si se considera que los CTs pueden haber influido en los procesos iniciales de investigación y desarrollo en al menos un porcentaje de estos sectores, resulta innegable su importancia económica y su potencial contribución a aliviar en algo las graves condiciones de pobreza por la que atraviesan las comunidades tradicionales¹¹⁶.

¹¹⁴ TEN KATE, K.; LAIRD, S. *The commercial use of biodiversity. Access to genetic resources and benefit sharing*. European Commission. Earthscan Publications, UK, 1999; DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 19.

¹¹⁵ RUIZ MULLER, M. *La protección jurídica de los conocimientos tradicionales...*, *op.cit.*, p. 43.

¹¹⁶ Dos publicaciones analizan en detalle el tema de los CTs desde una perspectiva económica: UNCTAD-ICTSD. "Property rights: Implications for development", in *Policy Discussion Paper*. Geneva, 2003. Disponible en

Hay que señalar que, a pesar de las ganancias obtenidas todos los años por grandes industrias, el retorno o la participación en los beneficios por parte de las comunidades tradicionales ha sido muy poco, siendo la mayoría de las veces un tema no tratado. La necesidad de repartición de beneficios será analizada en el capítulo V.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS SOBRE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

1. Planteamiento del tema

Uno de los principales problemas que encontramos al aproximarnos a la cuestión de la naturaleza jurídica de los derechos sobre los CTs es la propia complejidad del concepto y de las características de los mismos, tal como hemos analizado en los epígrafes precedentes. Tal como hemos avanzado, los CTs son conocimientos, innovaciones y prácticas producidos colectivamente, en el tiempo y en el espacio, compartidos entre diversas comunidades que no raramente habitan regiones distintas, hasta incluso en países diferentes.

Otra dificultad reside en el hecho de que las obras escritas sobre los CTs son aún incipientes y dan poco enfoque a la naturaleza jurídica de los derechos sobre los mismos. En síntesis, analizar la naturaleza jurídica de los derechos sobre los CTs no es fácil debido a la falta de referencias bibliográficas y a la diversidad intrínseca del objeto en estudio

DUTFIELD, uno de los pocos autores que intenta analizar la naturaleza jurídica de los derechos sobre los CTs, señala que las dificultades para definir la

<http://www.iprsonline.org/unctadictsd/Policy%20Discussion%20Paper/PP_Introduction.pdf>. Consultada el 01 de abril de 2011; y, WIPO; WTO, TRIPS. "Integrating Intellectual Property Rights and development policy", in *Report of the Commission on Intellectual Property Rights*. London, September, 2002. Disponible en <<http://www.iprcommission.org>>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

naturaleza jurídica de esos derechos están relacionadas con diferentes áreas: 1) la identidad y naturaleza de los CTs explotados; 2) la relación entre los CTs y otras formas de conocimiento; 3) la medida en que los CTs pueden (o no) ser nuevos e innovadores; 4) los derechos de propiedad sobre los CTs explotados; 5) autoría en las comunidades tradicionales; 6) relación entre las ECTs, los CTs y el dominio público¹¹⁷.

La afirmación de que los derechos de las comunidades tradicionales sobre sus creaciones tendrían naturaleza de propiedad intelectual es admitida por la gran mayoría de autores que escriben sobre el tema, formando parte, incluso, de la denominación dada a esos derechos: propiedad intelectual colectiva. Sin embargo, este debate aún ha dejado algunos interrogantes sobre el sentido en que se utiliza el término “propiedad colectiva”, pues no queda claro si es porque esos conocimientos se generan colectivamente (donde cada miembro de una comunidad contribuye con parte de su aporte intelectual), o son los beneficios los que deben compartirse por el colectivo de la comunidad tradicional, o si simplemente se trata de una titularidad colectiva donde no hay un único propietario, poseedor o generador de este conocimiento¹¹⁸. O bien, si se trata de una combinación de estas ideas. Esto es sin duda un punto muy importante pues dependiendo de su concepción, pueden articularse las herramientas apropiadas para su protección.

Toda vez que nuestro estudio versa sobre la protección jurídica de los CTs y, toda vez que la idea de que los derechos sobre los mismos tienen naturaleza de propiedad intelectual colectiva está muy presente, precisamos saber si las normas del derecho de propiedad intelectual protegen estos conocimientos. Esto exige una delimitación conceptual y una revisión de las categorías de conceptos jurídicos clásicos como propiedad y propiedad intelectual. Así que antes del análisis propiamente dicho de la naturaleza jurídica de los derechos sobre los CTs, pensamos que es necesario entender la noción del significado del concepto

¹¹⁷ DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 91.

¹¹⁸ Para SOUZA los derechos colectivos intelectuales reflejan la esencia de las comunidades tradicionales, como “*la lengua, los mitos de origen, el arte, los saberes y la religión, son el ropaje con que un pueblo se diferencia de los otros. Estos derechos también tienen la doble perspectiva de ser un derecho de todos, incluyendo a quienes son ajenos al grupo, a que la cultura sea preservada, y el derecho de cada miembro del grupo de manifestarla individualmente*”. SOUZA FILHO, C. F. M. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba, Juruá, 1998, p. 184.

de propiedad, para a partir de ahí analizar la propiedad intelectual y los derechos colectivos de las comunidades tradicionales sobre sus conocimientos.

2. La noción de propiedad

2.1. Preliminar

La primera gran institución jurídica moderna es sin duda el derecho de propiedad. La historia ha demostrado que la propiedad, o bien, el poder del ser humano sobre los bienes, es uno de los motores de la humanidad. Hay quien aboga por la idea de que el poder de los propietarios, en mayor o menor medida, es una de las principales aspiraciones de la democracia¹¹⁹. En todos los casos, el concepto de propiedad hoy es muy distinto de los conceptos antiguos.

El instituto de la propiedad ha sufrido innumerables alteraciones a lo largo de la historia, pues la noción de propiedad está directamente relacionada con los cambios sociales, religiosos, económicos y políticos¹²⁰. De ahí que los diferentes conceptos de propiedad estén siempre influidos por el ambiente histórico en que se formulan¹²¹. Por ello, lo que hoy llamamos derecho de propiedad es el resultado de una larga evolución histórica.

¹¹⁹ ANGUITA VILLANUEVA, L. A. *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural*. Dykinson, pp. 19-44, 2001, p. 19. Para ENNECCERUS, KIPP y WOLFF la propiedad privada, como institución, "es uno de los pilares en que se asienta nuestro ordenamiento social y jurídico". ENNECCERUS, L.; KIPP, T.; WOLFF, M. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Cosas. Posesión. Derecho Inmobiliario. Propiedad*. Tomo 3º, vol. 1º, Barcelona, Bosch Editorial, 1971, p. 321.

¹²⁰ Sobre la evolución histórica general del derecho de propiedad vid. CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil español, común y foral. Derecho de Cosas. Los Derechos Reales en general. El Dominio. La Posesión*. Tomo 2º, vol. 1º, 14ª ed., Madrid, Réus, 1992, p. 102 y ss.

¹²¹ "La propiedad y su regulación jurídica en gran medida no es más que una superestructura de las ideas sociales, políticas y económicas que en un período determinado sacuden las naciones. De ahí que una definición legal de la propiedad esté siempre influida por el ambiente histórico en que se formula". DIEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil. Derechos de Cosas y Derechos Inmobiliario Registral*. Vol. III, 11ª ed., Madrid, Ed. Técnicos, 2005, p. 161. Esto se ve claramente en el art. 33 de la Constitución española donde el derecho de propiedad queda limitado por la "función social" que está llamada a cumplir.

2.2. La propiedad a lo largo de la historia

La propiedad privada es ejercida desde la antigüedad, pero no de modo uniforme ni en todas las civilizaciones¹²². En los pueblos primitivos la propiedad era colectiva¹²³. También en algunas civilizaciones antiguas, como Egipto, Siria y Mesopotamia, el suelo, así como todas las cosas muebles, eran de uso común entre los miembros de los grupos. O sea, existía el entendimiento de que la comunidad predominaba sobre el individuo; entonces la propiedad era colectiva¹²⁴. Los germanos, por su parte, consideraban que los bienes muebles (vestidos, alimentos, armas de defensa, etc.) eran susceptibles de apropiación individual; el suelo sin embargo escapaba a la apropiación individual¹²⁵. Solamente la cosecha, fruto del trabajo, era individual, pero no la tierra.

¹²² “Aunque la evolución de la propiedad en los distintos pueblos ha sido muy compleja, y no siempre presenta fases uniformes y rectilíneas, podemos resumirla — concretándonos a la propiedad territorial y a sus notas más dominantes — diciendo que la historia de los pueblos antiguos nos muestra, en muchos de ellos, el tránsito de la propiedad colectiva (a veces de tipo familiar) a la individual”. CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil español...*, op.cit., p. 102.

¹²³ “Juristas, filósofos e historiadores han tratado de explicar el origen de la propiedad (...) y prácticamente todos ellos han coincidido en atribuirle una dimensión colectiva en su origen (...) Algunos autores han entendido que la propiedad, en sus comienzos, fue colectiva, pero no en el sentido de ‘propiedad de todos’, sino de ‘propiedad del grupo’”. RASCÓN, C. *Síntesis de historia e Instituciones de Derecho Romano*. 2ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2007, p. 216.

¹²⁴ KOSZUOSKI, A. *Conhecimentos tradicionais: uma análise da proteção jurídica no MERCOSUL*. Cuiabá, Carlini & Caniato, 2006, p. 28 y ss.

¹²⁵ “La propiedad colectiva de la tierra, que en Derecho Romano sólo se vislumbra, si acaso, en tiempos muy primitivos, puede ser contemplada, entre los germanos (pueblos mucho menos avanzados en civilización), en una época plenamente histórica. Si en Roma la propiedad inmueble llegó pronto a ser individual, entre los germanos nunca lo fue por completo”. CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil español...*, op.cit., p. 108. “Entre los germanos, según testimonio de CÉSAR, nadie poseía una porción determinada de terreno con límites propios: los magistrados y príncipes distribuían anualmente a las familias o grupos parentales suertes de tierra, y acabado el año se les obligaba a pasar a otro sitio (*De bello gallico*, 6, 22). Y todavía en tiempos de TÁCITO la única propiedad privada reconocida sobre el suelo con disfrute individual era la del terreno cercado conteniendo la habitación de la familia, las cuadras, y acaso el huerto, inmuebles que igualmente serían los primeros susceptibles de dominio privado en Roma, muchos siglos antes”. LACRUZ BERDEJO, J. L.; LUNA SERRANO, A.; MENDOZA OLIVAN, V. *Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales. Posesión y Propiedad*. Vol. 1º, 2ª parte, 3ª ed., Barcelona, Editor José María Bosch, 1990, pp. 07-08.

Algo distinto ocurría con los habitantes de Grecia e Italia que siempre reconocieron la propiedad privada. Esto se debe a tres elementos indisociables: la familia, la religión doméstica y el derecho a la propiedad¹²⁶.

La propiedad privada estaba conectada a la religiosidad de su pueblo. Cada familia, con origen en sus antepasados, prestaba culto a sus dioses. Ellos acreditaban que sus muertos los protegían, entonces los reverenciaban. Cada familia hacía sus propias ceremonias religiosas por acreditar que recibían protección exclusiva de sus antepasados muertos. Así los lazos establecidos entre la familia y la tierra eran muy fuertes¹²⁷.

La propiedad entonces deriva del hecho de que cada familia tiene sus dioses, con su altar, con rituales diferenciados, y no es otro el motivo que demarcaba sus territorios. De ahí se percibe que la religión fue lo que primero garantizó el derecho a la propiedad, y no las leyes.

Posteriormente, con el surgimiento de las ciudades griegas e italianas, las casas fueron construidas a una cierta distancia. No muy cerca, respetando el límite sagrado que aún perduraba.

Los primeros pueblos en concebir la propiedad individual fueron los romanos. La idea de propiedad individual surge con la propiedad familiar en la cultura romana, destacando en su seno la figura del *pater familias*. Si bien, en ese período no llegaron a definir el derecho de propiedad, la propiedad era una forma usual, en que el propietario era el señor único de su bien. Es sólo con la compilación de JUSTINIANO que nace el derecho de propiedad individual parecido al que conocemos hoy. A partir de ahí, el derecho de propiedad pasa a ser un “*derecho total a disfrutar y disponer material y jurídicamente de la cosa con escasas limitaciones necesarias para la convivencia*”¹²⁸.

¹²⁶ COULANGES, F. de. *A cidade antiga*. Trad. Jean Melville. São Paulo, Martin Claret, 2001, pp. 65-66.

¹²⁷ Los antiguos erguían sus altares, y estos no podían ser cambiados de lugar. En estos altares se instalaban el dios de la familia, no por un período, en cuanto el hombre viviese, sino para siempre, en cuanto viviera alguien de esa familia para conservar la llama en sacrificio. Los antiguos establecían una relación misteriosa entre los dioses y el suelo. Con las construcciones de los altares demarcaban sus tierras, el lar se asentaba en la posesión de la tierra, que quedaba siendo su propiedad. CÂMARA, M. H. F. *Aspecto do direito de propriedade no capitalismo e no soviétismo*. Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 76.

¹²⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L.; LUNA SERRANO, A.; MENDOZA OLIVAN, V. *Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales. Posesión y Propiedad...*, *op.cit.*, p. 09.

En la Edad Media, por consecuencia de las invasiones bárbaras que pusieron en contacto civilizaciones tan opuestas como la romana y la germánica, tuvo lugar un profundo cambio en la organización de la propiedad y tomó formas muy variadas¹²⁹. Ese período se ha caracterizado por la presencia del Feudalismo, donde la tierra pertenece a un determinado grupo (los señores feudales)¹³⁰.

El señor feudal era el propietario del feudo y a él pertenecía el dominio del feudo. Los siervos, mayoría de la población, a cambio del uso de la tierra, eran obligados a prestar servicios al señor y a pagarle diversos tributos. En Francia, las tierras eran consideradas como concedidas a los súbditos; a pesar de eso, los reyes tenían todos los derechos sobre ellas.

En este período, la tierra tuvo un papel preponderante en la organización de la economía y en la estructuración social, pues estaba relacionada con la idea de soberanía territorial.

La Revolución Francesa en 1789, como bien es sabido, supuso un cambio de concepción en la sociedad y una ruptura con todo lo que encarnaba el Antiguo Régimen. Aparecía, pues, un nuevo orden asentado sobre los pilares de la libertad, de la igualdad formal y del liberalismo económico. El principio de la igualdad de los hombres ante la ley hace que algunos privilegios se extingan y derechos perpetuos sean abolidos¹³¹. Entre los cambios ocurridos está la noción de propiedad. La consagración del individuo como titular potencial de derechos y la preponderancia del derecho de propiedad sobre el resto de derechos hace que en las leyes se consagre la idea de propiedad individual como derecho del hombre. El derecho a la propiedad parece llegar a todos los hombres¹³².

¹²⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil español...*, *op.cit.*, p. 109; WOLKMER, A. C. (Org.). *Fundamentos da Historia do Direito*. 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2002, p. 175.

¹³⁰ Son caracteres esenciales y distintivos del régimen feudal: 1) La división de la propiedad, mediante la distinción del dominio en directo y útil; 2) La jerarquía que fue efecto de la subenfeudación; 3) La fusión de la soberanía con la propiedad; 4) Como consecuencia de las dos notas anteriores, el predominio de las relaciones reales sobre las personales. CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil español...*, *op.cit.*, p. 109.

¹³¹ PLAZA PENADES, J. *El Derecho de Autor y su protección en el artículo 20.1.b de la Constitución*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 68.

¹³² Utilizamos el término "parece" porque en la realidad la Revolución Francesa extendió el derecho a la propiedad a todos los hombres, pero no la garantizó, es decir, la igualdad de todos los hombres era solamente una igualdad formal.

Con la Revolución nace el Código de Napoleón y con él la nueva noción de propiedad. Prestigiando la propiedad inmueble, que en el momento representa riqueza y estabilidad, el Código define la propiedad como *“el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta con tal que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o los reglamentos”*¹³³. La propiedad representa así un ámbito de libertad en el que rige plenamente la autonomía de la voluntad del titular. El ejercicio del poder dominical queda exclusivamente supeditado a la soberana voluntad del dueño, no dependiendo de ningún otro condicionamiento, salvo el representado por el respeto a los derechos ajenos.

El liberalismo económico se difundió con la Revolución Industrial y consecuentemente la iniciativa privada se expandió, ampliando la adquisición de la propiedad, que se enraizó en todos los sistemas legales y políticos de los países occidentales.

Para CORTIANO JÚNIOR la propiedad moderna, a diferencia de la feudal, *“es construida a partir del prisma del sujeto y no de la cosa apropiada”*. En este sentido, *“por ser abstracta, la propiedad es simple: un único modelo, el arquetipo del Código Napoleónico”*¹³⁴

También analizando el cambio en la concepción del derecho de propiedad durante la transición del feudalismo al capitalismo, SANTOS advierte que *“mientras anteriormente los derechos de propiedad solamente concedían al propietario un control sobre las cosas, con el surgimiento del capitalismo y con la apropiación privada de los medios de producción, el control sobre las cosas se transformó subrepticamente, por decirlo así, en un control sobre las personas”*¹³⁵.

En las sociedades occidentales actuales, todos participamos de la idea de que, al margen de consideraciones ideológicas personales, nos permite identificar la propiedad como un derecho cuyo contenido es el goce y el disfrute de una cosa; idea que expresa el sentimiento que tiene quien es propietario respecto de

¹³³ PEREIRA, C. M. da S. *Instituições de Direito Civil*. 18ª ed., vol. IV, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 83.

¹³⁴ CORTIANO JUNIOR, E. *O discurso proprietário e suas rupturas: prospectiva e perspectiva do ensino do direito de propriedade*. Tesis de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito, Curitiba, 2001, p. 07.

¹³⁵ SANTOS, B. S. *Para um novo senso comum: a ciência, o Direito e a política na transição paradigmática. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. Vol. 1º, São Paulo, Cortez, 2000, p. 321.

la cosa que es suya. Esta noción se refleja prácticamente en todas las legislaciones.

Para la doctrina civilista¹³⁶ la propiedad puede ser comprendida como el derecho que la persona física o jurídica tiene de reivindicar el bien corpóreo o incorpóreo, en poder de quienes injustamente lo detentan, pues confiere a su poseedor la prerrogativa de usar, gozar y disponer de estos bienes, dentro de sus límites normativos¹³⁷. Es decir, las características esenciales que el derecho de propiedad concede de manera definitiva a su titular son los derechos de usar, gozar y disponer del bien y de reivindicarlo de quien injustamente lo posea. Uso, goce y disposición son, pues, elementos de la propiedad, así como el derecho de reivindicarla. Según ALBALADEJO, ese poder jurídico pleno sobre las cosas que es la propiedad se justifica toda vez que éste es un medio apto para servir a la consecución de los fines del hombre¹³⁸.

Esta concepción civilista de propiedad, sin embargo, es rechazada por algunos autores, que recuerdan que el instituto de la propiedad no puede ser interpretado y clasificado sólo dentro del Derecho Civil, dejando claro que esta rama del Derecho solamente regula las relaciones civiles referentes a la propiedad en el ámbito del Derecho Civil¹³⁹. Además, se pone de manifiesto que se debe tener en cuenta que el régimen jurídico de la propiedad no es una función del Derecho Civil, sino de un conjunto de normas administrativas, urbanísticas,

¹³⁶ Nos limitamos a hablar de la doctrina civilista toda vez que es la más difundida o aceptada en la concepción occidental de propiedad.

¹³⁷ DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 18ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002. Esta concepción de propiedad también está presente en el Código Civil español que en su art. 348 establece que “*la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla*”; ALBALADEJO, M. *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*. 10ª ed., Barcelona, Librería Bosch, 2004, p. 232.

¹³⁸ ALBALADEJO, M. *Derecho Civil III...*, *op.cit.*, p. 236.

¹³⁹ “*Definiciones como el derecho a usar, abusar, gozar, disponer y reivindicar una cosa sin más limitaciones que las establecidas por la ley carecen hoy de gran aceptación*”. ANGUITA VILLANUEVA, L. A. *El derecho de propiedad privada...*, *op.cit.*, p. 20. Vid., también, SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 276-277.

empresariales, civiles y, por cierto, bajo fundamento de normas constitucionales¹⁴⁰.

3. Los límites al derecho de propiedad en razón de su función social

El carácter absoluto que se presentó como una de las características de la propiedad no puede ser comprendido como en el origen histórico de este instituto, pues con las alteraciones de la vida en sociedad y con el advenimiento de las constituciones democráticas, se le ha atribuido un fin social; es decir, la propiedad, mas allá de ser caracterizada como un derecho individual, debe servir al bien común. Así que la función social ha establecido varias limitaciones al derecho de propiedad relacionadas con el patrimonio familiar, la vivienda social, la reforma agraria, la salud¹⁴¹.

En consecuencia, se podría afirmar que, a pesar de que a lo largo de los tiempos el derecho de propiedad constituye el paradigma de los derechos subjetivos¹⁴², sufre algunas limitaciones y pasa a tener vinculación también con un derecho basado en el principio de solidaridad. Este principio de solidaridad se hace efectivo mediante la imposición de límites y obligaciones que, formando parte del contenido del derecho de propiedad, han de ser observados por su titular en su ejercicio.

¹⁴⁰ La Constitución española de 1978 reconoce el derecho de propiedad, así como su función social en el art. 33: "1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada (...). 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes. (...)".

¹⁴¹ "...actualmente la propiedad ya no es sólo un derecho subjetivo, es algo más, es un conjunto unitario y abstracto de facultades, pero también un conjunto de deberes y obligaciones motivados por la pertinencia del hombre a la sociedad". ANGUIA VILLANUEVA, L. A. *El derecho de propiedad privada...*, op.cit., p. 26; "poder pleno no quiere decir ilimitado. En efecto, la (...) ley pone límites al derecho de propiedad, es decir, establece unas fronteras más allá de las cuales no llega el señorío que se reconoce al titular sobre la cosa". ALBALADEJO, M. *Derecho Civil III...*, op.cit., p. 232.

¹⁴² El derecho subjetivo en relación a la propiedad se expresaba en la voluntad soberana del titular y constituía el único factor del cual dependía el ejercicio de los poderes y facultades que integraban su contenido. COLINA CORREA, R. *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*. Barcelona, Bosch Editor, 1997, p. 176; ENNECCERUS, L.; KIPP, T.; WOLFF, M. *Tratado de Derecho Civil...*, op.cit., p. 326.

Esto determina que el debate actual en relación con la propiedad gire en torno a dos ideas principales: el contenido esencial de la propiedad y la función social de la misma. El contenido esencial de la propiedad privada está en la facultad del propietario de transformar el bien objeto del derecho en su equivalente económico. Esto conlleva que la convertibilidad de un derecho patrimonial en dinero sea el contenido esencial del derecho de propiedad. La función social, a su vez, es la positivación de que el titular de una propiedad tiene además de facultades, deberes y obligaciones de carácter social¹⁴³. Así, la función social se caracteriza por un límite en el derecho sobre la propiedad privada por razón de interés social o de utilidad pública¹⁴⁴.

4. Visión jurídica de la propiedad en el sistema jurídico occidental

La propiedad, en última instancia, sigue siendo un pilar de la sociedad actual. Esto puede ser comprobado al observar cómo la legislación capitalista, de acuerdo con algunos autores¹⁴⁵, se horroriza ante la visión de la posibilidad de que existan bienes no apropiados. Este temor es identificado por la máxima según la cual todas las cosas son objeto de un derecho de propiedad, o sea, tienen un propietario. La propiedad, pues, no sería un atributo del hombre, sino una exigencia, una necesidad. De acuerdo con lo que enseña FACHIN, *“en el derecho, tanto la pérdida como la ausencia de titularidad están en un estado transitorio, en un intervalo en la definición de quién es su respectivo titular”*¹⁴⁶.

De este modo, cada vez que se habla de derechos, es necesario buscar, para la lógica del sistema jurídico occidental, un titular, una persona, un sujeto de

¹⁴³ ANGUIA VILLANUEVA, L. A. *El derecho de propiedad privada...*, *op.cit.*, p. 39.

¹⁴⁴ Para ALBALADEJO la función social de la propiedad está marcada por la coordinación entre los intereses del propietario y *“las conveniencias de la comunidad mediante, el establecimiento de límites a las facultades del propietario y de deberes a cargo del mismo”*. ALBALADEJO, M. *Derecho Civil III...*, *op.cit.*, p. 235. En el mismo sentido ENNECCERUS, L.; KIPP, T.; WOLFF, M. *Tratado de Derecho Civil...*, *op.cit.*, p. 337 y ss.

¹⁴⁵ MIAILLE, M. *Introdução crítica ao Direito*. 2ª ed., Lisboa, Editorial Estampa, 1994, p. 169.

¹⁴⁶ FACHIN, L. E. (Org.). *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 164.

derecho, individual aunque ficticio. Por otra parte, es necesario que se tenga un bien, una cosa, un objeto que integre este patrimonio individual¹⁴⁷. En consecuencia, parece que en la actualidad los sistemas legales tienen dificultad en reconocer derechos que no encajan dentro de la visión jurídica occidental individualista. Sucede que no todos los bienes están sometidos a la propiedad individual de un sujeto de derecho. El sistema jurídico, entonces, resuelve esta aparente contradicción de manera simple: “o las cosas pertenecen a una colectividad, o son susceptible de una apropiación privada”¹⁴⁸.

Por lo dicho, creemos que la búsqueda de una regulación jurídica en los modelos clásicos con el fin de tratar la temática del CT sólo reforzará esta tendencia del sistema jurídico occidental a identificar titularidades, siempre según una perspectiva individualista y buscando la circulación de bienes, imponiendo este modelo incluso a otras realidades culturales.

5. La propiedad intelectual

5.1. Bienes materiales y bienes inmateriales

En este punto, inicialmente, advertimos que utilizamos el término Propiedad Intelectual (PI), en sentido amplio, o sea, incluido en él la propiedad intelectual en sentido estricto (derecho de autor) y la propiedad industrial.

¹⁴⁷ “Todo lo que fuese colectivo o pudiese ser entendido como estatal no tendría relevancia jurídica. Todo lo que no pudiese ser materializado en patrimonio y no pudiese tener un valor aunque fuera simbólico, también estaría por fuera del derecho. El titular del derecho tendría que ser siempre una persona individual que incluso pudiese ser responsabilizada por sus actos. En esta relación el titular del derecho ha de tener, también, deberes; por eso la persona, para el derecho contemporáneo, ha de ser una e identificable. Por otro lado, el objeto ha de ser conocido y con valor económico. En esta valoración reside su juridicidad, hasta tal punto que el derecho resuelve todas las pendencias, en última instancia, en términos de pérdidas y daños. Esta regla también se aplica para bienes patrimoniales intangibles, como el llamado daño moral, la propiedad intelectual y los derechos de autor. La vida de cada uno pasa a ser valorada patrimonialmente, lo inmaterial se materializa en el valor de cambio, aunque no se desee el intercambio”. SOUZA FILHO, C. F. M. *O renascer dos povos indígenas...*, op.cit., p. 168.

¹⁴⁸ MIAILLE, M. *Introdução crítica ao Direito...*, op.cit., p. 170.

Tras esa observación, para entender el concepto de PI es necesario hacer, en primer lugar, la distinción entre propiedad sobre bienes materiales y propiedad sobre bienes inmateriales.

La propiedad sobre bienes materiales recae sobre las cosas corpóreas, es decir, aquellas cuyo objeto tenga forma definida y existencia concreta. Y su titular tiene derechos exclusivos sobre ella, incluso de reivindicarla a quienes la posean y detenten ilegalmente. La propiedad sobre los bienes inmateriales no recae sobre objetos corpóreos, sino sobre ideas y creaciones intelectuales, que no tienen existencia concreta, no poseen forma material, aunque tenga que existir necesariamente una representación física, un *corpus mechanicum*¹⁴⁹.

En cuanto a la conceptualización, los bienes inmateriales pueden ser conceptuados como creaciones de la mente humana que, mediante los medios adecuados, se hacen perceptibles y utilizables en las relaciones sociales y, por su importancia económica, son objeto de una tutela jurídica especial¹⁵⁰.

Según LACRUZ BERDEJO, en sentido estricto¹⁵¹ *“la denominación de bienes inmateriales se reserva a aquellos productos de la mente y la conciencia humanas (pensamientos, ideas, concepciones, expresiones), capaces de manifestación exterior difundible o repetible que pueda ser en alguna forma monopolizada, y a los que la ley concede su tutela en forma de derechos de autoría y utilización en exclusiva: en particular, el de multiplicar y difundir tales manifestaciones exteriores”*¹⁵².

¹⁴⁹ GÓMEZ SEGAGE, J. A. “La Propiedad Industrial en España”, en: GÓMEZ SEGAGE, J. A. *Tecnología y Derecho*. Estudios jurídicos del Prof. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra. Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 88.

¹⁵⁰ GÓMEZ SEGAGE, J. A. *El Secreto Industrial (Know-how). Concepto y protección*. Madrid, Editorial Tecnos, 1974, pp. 72-73; IDEM, “La Propiedad Industrial en España...”, *op.cit.*, p. 87; VICENT CHULIÁ, F. *Compendio crítico de Derecho Mercantil. Comerciante, Sociedades, Derecho Industrial*. Tomo I, vol. 1º, 3ª ed., Barcelona, Bosh Editor, 1991, p. 12.

¹⁵¹ “En sentido amplio se podría pensar que son bienes inmateriales todos aquellos que carecen de corporeidad; o bien los que, además, no pueden percibirse mediante el sentido del tacto (con lo que excluimos de esta categoría a las energías), o acaso a través de cualesquiera sentidos corporales.” LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales. Bienes Inmateriales*. Vol. 1º, 3ª parte, 2ª ed., Barcelona, Ronda Universidad, 1989, p. 09.

¹⁵² LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales. Bienes Inmateriales...*, *op.cit.*, p. 09.

Esos bienes se caracterizan, frente a los bienes materiales, por las siguientes notas: no son perceptibles físicamente, sino a través de su exteriorización en una cosa o una conducta habitual; a diferencia de los bienes materiales que preexisten a las normas jurídicas, los bienes inmateriales son determinados por las normas jurídicas que señalan qué requisitos debe cumplir ese bien para ser merecedor de protección¹⁵³ (una obra, por ejemplo, para ser protegida por el derecho de autor tiene que ser original); no son susceptibles de inmediato disfrute económico sino que necesitan plasmarse en algo corpóreo¹⁵⁴; la representación de los bienes inmateriales es ilimitadamente repetible, de ahí surge su utilidad comercial o industrial; el bien inmaterial es susceptible de posesión simultánea por varios sujetos, en contra de la regla, válida para los bienes materiales, de que “no puede haber posesión simultánea de dos sobre una misma cosa”¹⁵⁵; el bien inmaterial no puede adquirirse por adhesión o por especificación¹⁵⁶; con excepción de los signos distintivos, los bienes inmateriales casi siempre tienen vida limitada¹⁵⁷.

¹⁵³ ASCARELLI advierte que los bienes inmateriales “no viene dado, sin más, por la realidad pre-jurídica, sino que es directamente objeto de una normativa propia”. El autor añade que “solamente cuando el elemento creativo se encuentra en el ámbito de una determinada esfera es cuando la creación intelectual puede dar lugar a un bien inmaterial, de forma que la distinción entre los diversos bienes inmateriales se resuelve en la de los diversos tipo de creaciones intelectuales que pueden ser objeto de derechos absolutos”. ASCARELLI, T. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Barcelona, Bosch, 1970, p. 320.

¹⁵⁴ Lo que GÓMEZ SEGADE llama *corpus mechanicum*. GÓMEZ SEGADE, J. A. “La Propiedad Industrial en España...”, *op.cit.*, p. 88.

¹⁵⁵ VICENT CHULIÁ, F. *Compendio crítico de Derecho Mercantil...*, *op.cit.*, p. 13. Para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, la posibilidad de ser simultáneamente poseído y explotado por un número ilimitado de personas es la característica fundamental de un bien inmaterial. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “Los Derechos de Propiedad Industrial como objeto de propiedad”, en *Pacis artes*. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos. Tomo II, Derecho Internacional Privado, Derecho Constitucional y *Varia*. Madrid, Editorial Eurolex, 2005, p. 1960.

¹⁵⁶ GÓMEZ SEGADE, J. A. “La Propiedad Industrial en España...”, *op.cit.*, p. 88.

¹⁵⁷ “Cumplido el plazo de vigencia, las creaciones intelectuales se dice que “caen en el dominio público”: en realidad, se hacen de utilización general, res communia omnium, y no propias del Estado u otros entes políticos (...). Y como su utilización, por regla general, es posible a todos simultáneamente, a diferencia de las cosas materiales comunes (...), no pueden ya en lo sucesivo tales creaciones ser retenidas parcialmente y en exclusiva por nadie, y son inapropiables en su condición de derecho absoluto (no son res nullius), salvo los signos distintivos”. LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales. Bienes Inmateriales...*, *op.cit.*, p. 11.

La protección jurídica de los bienes inmateriales es conocida como “propiedad intelectual”¹⁵⁸ (cuya principal manifestación es el derecho de autor) y “propiedad industrial” (entre la que se enmarcarían entre otros derechos, las patentes y las marcas). Así que a continuación analizaremos la naturaleza jurídica de los derechos sobre los bienes inmateriales y el contenido de esos derechos.

5.2. La propiedad intelectual como propiedad especial

Como dicho previamente, la protección de los bienes inmateriales jurídicamente es llamada propiedad intelectual. Por regla general, la propiedad intelectual no es más que una manifestación del derecho general de propiedad, aunque esté sometida a regulaciones especiales¹⁵⁹. Especialmente en relación al *ius utendi*, *ius fruendi* y a la *reivindicatio* en el ámbito del derecho de propiedad, es de fácil entendimiento que también están de alguna forma presentes en el ámbito de la propiedad intelectual¹⁶⁰. Esto significa que, en términos generales, los principios que rigen a la propiedad son plenamente aplicables a la propiedad intelectual¹⁶¹.

Pese que se puedan aplicar los principios generales de la propiedad a la propiedad intelectual, es cierto también que el instituto de la propiedad intelectual

¹⁵⁸ Dentro de la propiedad inmaterial está la propiedad intelectual que se refiere a la propiedad que tiene origen o que proviene de la concepción o aún que sea producto de la inteligencia humana. “Los bienes inmateriales son creaciones de la mente humana que, mediante los medios adecuados, se hacen perceptibles y utilizables en las relaciones sociales y, por su importancia económica, son objeto de una tutela jurídica especial”. VICENT CHULIÀ, F. *Compendio crítico de Derecho Mercantil...*, op.cit., p. 12.

¹⁵⁹ BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia económica, disciplina de la Competencia desleal*. 3ª ed. actualizada, Pamplona, Thomson Reuters, 2009, p. 655.

¹⁶⁰ GALÁN CORONA, E. “La acción reivindicatoria en materia de Patentes de Invención”, *Actas de Derecho Industrial*, 1978, p. 433 y ss. En el mismo sentido sobre la propiedad de los bienes inmateriales, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO señala que el titular de un bien inmaterial “tiene una situación equiparable a la del propietario de un bien material, en la medida en que (él) (...) tiene ‘el derecho de gozar y disponer’ del bien inmaterial de una forma tan exclusiva como la que corresponde al propietario de un bien material que posee la cosa objeto de su propiedad”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “Los Derechos de Propiedad Industrial...”, op.cit., p. 1960.

¹⁶¹ “... lo que con aquella expresión (‘propiedad intelectual’) se quiere significar es que el autor tiene sobre su obra (bien inmaterial) un poder directo y exclusivo, equivalente al del dueño sobre su cosa...”. ALBALADEJO, M. *Derecho Civil III...*, op.cit., p. 460.

no se amolda en su totalidad al instituto de la propiedad ordinaria y necesita de normas especiales¹⁶².

Según LACRUZ BERDEJO, *“la denominación de ‘propiedad’ es sólo expresión del deseo de conceder al autor o inventor la protección más fuertemente organizada dentro del Derecho patrimonial, lo cual no impide que el poder jurídico sobre las creaciones intelectuales sea algo distinto y autónomo. La aplicación de la normativa de los derechos reales se hace, entonces, complementando una regulación propia y por analogía, fundada en la condición de derecho absoluto de estos derechos y aquellas creaciones”*¹⁶³.

DÍEZ-PICAZO, por su parte, tomando el derecho de autor como ejemplo de protección de los bienes inmateriales, señala que se trata de un derecho patrimonial distinto de la propiedad. En concreto dice: *“los derechos sobre los bienes inmateriales se pueden considerar como derechos absolutos y como derechos que guardan una evidente similitud con los clásicos derechos reales, revisten frente a estos unas características especiales. De aquí se sigue, en nuestra opinión, que en un plano teórico no hay especial dificultad para hablar de derechos reales sobre bienes inmateriales siempre que se mantenga claro que son especiales o sui generis; y, desde el punto de vista práctico, que la aplicación a estos derechos de las normas relativas a los derechos reales clásicos, ha de ser una aplicación analógica, con las dificultades que ello acarrea”*.¹⁶⁴

El concepto de propiedad, sin duda, se ha desarrollado y flexibilizado¹⁶⁵, así que los derechos sobre los bienes inmateriales son considerados derecho de

¹⁶² GÓMEZ SEGADÉ, J. A. “La Propiedad Industrial en España...”, *op.cit.*, pp. 88-89.

¹⁶³ LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales. Bienes Inmateriales...*, *op.cit.*, p. 13. ALBALADEJO señala que los bienes inmateriales no pueden ser objetos de la propiedad. Para él los objetos de la propiedad intelectual o industrial *“no se trata de derechos de propiedad, sino de otro tipo, denominado, más exactamente, ‘derechos sobre bienes inmateriales’*. ALBALADEJO, M. *Derecho Civil III...*, *op.cit.*, p. 237.

¹⁶⁴ DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III*. Madrid, Cívitas, 1995, p. 161.

¹⁶⁵ *“Hoy en día el concepto de propiedad se ha reducido y se ha ampliado. Se ha ampliado, puesto que cada vez se extiende más a nuevas realidades, a nuevos fenómenos económicos. Se ha reducido, porque ese crecimiento polifacético obliga a una reducción del común denominador que caracteriza a todos esos derechos patrimoniales y que permite designarlos como supuestos o tipos del derecho de propiedad”*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, p. 21.

propiedad, aunque un derecho de propiedad especial¹⁶⁶. Esta naturaleza de propiedad especial está expresada en algunas legislaciones, como la española, por ejemplo¹⁶⁷. La idea de propiedad especial sobre los bienes inmateriales también es el entendimiento de muchos autores como BAYLOS CORROZA¹⁶⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO¹⁶⁹, RAMS ALBESA¹⁷⁰, ROGEL VIDE¹⁷¹, VATTIER FUENZALIDA¹⁷² y ROMÁN PÉREZ¹⁷³.

En síntesis, los derechos occidentales conferidos por la protección a los bienes inmateriales hacen que se engloben en la categoría de los “*Property Rights*” y que, por tanto, se asimilen a la propiedad. De ahí que se hable de Propiedad Intelectual¹⁷⁴.

¹⁶⁶ Según VÁZQUEZ LEPINETTE el término “propiedad” en la expresión propiedad intelectual es empleado a partir de la Revolución Francesa cuando el derecho sobre los bienes inmateriales (especialmente patentes y derecho de autor) pasa a ser caracterizado por la concesión a su titular de un derecho exclusivo de explotación. VÁZQUEZ LÉPINETTE, T. *La cotitularidad de los bienes inmateriales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 35.

¹⁶⁷ En el art. 428 del Código Civil español está señalado que “*el autor de una obra literaria, científica o artística, tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad*”.

¹⁶⁸ BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de Derecho Industrial...*, *op.cit.*, p. 409 y ss.

¹⁶⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Manual de Propiedad Intelectual*. 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 19.

¹⁷⁰ RAMS ALBESA, J. “La génesis de los derechos morales de los creadores”, en ROGEL VIDE, C. (Coord.). *En torno a los derechos morales de los creadores*. Madrid, Editorial Reus, 2003, pp. 39-42.

¹⁷¹ ROGEL VIDE, C. “Comentarios al art. 10 LPI”, en ALBADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (Dirs.). *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Madrid, Edersa, 1994, pp. 75-76; IDEM, *Estudios completos de Propiedad Intelectual*. Vol. 3º, Madrid, Editorial Reus, 2009 (Colección de Propiedad Intelectual), p. 98.

¹⁷² VATTIER FUENZALIDA, C. “La Propiedad Intelectual. Estudio sistemático de la Ley 22/1987”, *ADC*, julio-septiembre, 1993, p. 1048.

¹⁷³ ROMÁN PÉREZ, R. “Naturaleza jurídica del Derecho de Autor”, en IGLESIAS REBOLLO, C (Coord.). *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial*. Madrid, Editorial Reus, 2005, p. 46. Aún favorable a la idea de que la propiedad intelectual es una propiedad especial ESTEVE PARDO, M. A. “La Propiedad Intelectual”, en ESTEVE PARDO, M. A. (Coord.). *Propiedad Intelectual. Doctrina, Jurisprudencia, esquemas y formularios*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 43.

¹⁷⁴ LEHMANN, M. “La teoría de los “Property Right” y la protección de la Propiedad Intelectual e Industrial”, *Revista General de Derecho*, enero-febrero, 1990, pp. 265-281, pp. 269-272.

5.3. Derechos conferidos por la propiedad intelectual

Por ser considerados como propiedad, aunque una especie de propiedad especial, los derechos de propiedad intelectual en sentido amplio se caracterizan por el otorgamiento de derechos exclusivos de uso, producción, comercialización y distribución según el tipo de protección utilizada para proteger una creación (patente, marca, derecho de autor, etc.), y se aplica a las ideas, las técnicas, las soluciones prácticas, creaciones y ciertos tipos de información que hayan sido expresados de forma legalmente admisible y tipificada de manera clara e inequívoca en la legislación del país o región correspondiente (solicitud, descripción, expresión y fijación en soporte material según el caso) y en algunas situaciones sometido a procedimientos de registro.

Como consecuencia de la naturaleza de su objeto, los DPI adquieren las siguientes características: a) son derechos de carácter privado, patrimoniales, valorables económicamente, transmisibles y embargables o ejecutables; b) por tener la facultad de ofrecer una serie ininterrumpida de reproducciones dirigidas al mercado incorporan una probabilidad de ganancia y, al mismo tiempo existe una tendencia de monopolio con relación a su titular sobre la serie de productos que incorporan el bien inmaterial o son fabricados con su ayuda¹⁷⁵; y, c) son exclusivos, dotados de la facultad de perseguir a todo aquel que usurpe o viole la exclusiva¹⁷⁶.

Más allá de estas características, otra que es sobresaliente a la propiedad intelectual es su temporalidad, diferente del derecho de propiedad general que es permanente y estable¹⁷⁷. Mientras los derechos sobre los bienes materiales son

¹⁷⁵ El carácter monopolista de las patentes y del derecho de autor será analizado en los capítulos tercero y cuarto. El monopolio en relación con un signo bajo en concepto de marca es señalado por GARCÍA-CRUCES GONZÁLES, J. A. "Comentarios al artículo 55 LM", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLES, J. A (Dir.). *Comentarios a la Ley de Marcas*. Tomo II (Artículos 51 a DF 3ª). 2ª ed., Pamplona, Arazandi, 2008, pp. 983-1006, pp. 985-986.

¹⁷⁶ VICENT CHULIÁ, F. *Compendio crítico de Derecho Mercantil...*, *op.cit.*

¹⁷⁷ La falta de límite temporal para los bienes materiales sólo encuentra excepción en los hechos de desapropiación o destrucción del objeto (lo que afecta sobre todo a la propiedad mobiliaria). BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Manual de Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 22.

dados de forma definitiva, los derechos conferidos a los autores e inventores son temporales¹⁷⁸.

Otro elemento a considerar respecto a los derechos sobre los bienes inmateriales es el momento del nacimiento del derecho. La adquisición originaria de los derechos sobre los bienes inmateriales no se identifica con los clásicos modos originarios de adquirir derechos sobre las cosas. Como la materia no tangible sobre la que recae el derecho inmaterial procede de la inteligencia humana - no es algo que se halle en el mundo de la naturaleza – su “propiedad” intelectual o industrial se relaciona, así, inicialmente, con el acto de creación¹⁷⁹. Pero en algunos casos (como por ejemplo en los sistemas de patentes y marcas) el derecho de propiedad sólo adquiere su plenitud y la consiguiente pretensión a la protección más amplia, tras el cumplimiento de una formalidad administrativa, cual es la inscripción en un registro *ad hoc*.

Y así, igual que la propiedad sobre los bienes materiales, la propiedad sobre los bienes inmateriales también recibe igual protección constitucional¹⁸⁰, por consiguiente pertenece a sus creadores los derechos exclusivos de utilización,

¹⁷⁸ En el sistema de DPI “el otorgamiento de derechos exclusivos se transfiere en el plano económico en forma de monopolio (legal) temporal. Todos los derechos de propiedad intelectual están sometidos a plazos de existencia. Ejemplo son las patentes, que tienden a tener una vigencia de veinte años, los derechos de autor cincuenta años, etc. Quizás las únicas excepciones a esto sean las denominaciones de origen donde la existencia de derecho perdura mientras persistan las condiciones de inicio y de las marcas, las cuales pueden ser renovadas periódicamente con el pago de tasas a la oficina de propiedad intelectual”. VIVAS EUGUI, D.; RUIZ MULLER, M. “Manual explicativo sobre mecanismos para la protección del conocimiento tradicional de las comunidades indígenas en la región andina”. *Preparado para la iniciativa biocomercio de la UNCTAD*. Ginebra, noviembre 2001, p. 04; “La limitación temporal del derecho de exclusiva se justifica, a su vez, por la contribución que la sociedad - el estado de la técnica, la cultura, el acervo de ideas preexistente - ha prestado a la creación intelectual”. LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales. Bienes Inmateriales...*, op.cit., pp. 14-15. La temporalidad (caducidad) de la marca, por ejemplo, puede ser visto en GARCÍA-CRUCES GONZÁLES, J. A. “Efectos de la caducidad y la nulidad”, en CASADO CERVIÑO, A.; LLOBREGAT HURTADO, M. L. *Comentarios a los reglamentos sobre la Marca comunitaria*. Madrid, La Ley, 2000, pp. 495-502. En el mismo sentido, IDEM, “Comentarios al artículo 55 LM...”, op.cit., p. 985 y ss.

¹⁷⁹ “La obra pertenece a su creador en cuanto emanación de su personalidad, y la Ley protege esa atribución inicial en dos formas: ya haciendo arbitro al creador de la exteriorización de la idea y manteniéndole en su disposición mientras no la manifieste voluntariamente (derecho al secreto); ya defendiendo aquélla contra cualquier utilización o inmisión de otro que lesione la esfera personal del creador (en tema de signos distintivos, la protección se organiza más bien desde el punto de vista de la competencia desleal)”. LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales. Bienes Inmateriales...*, op.cit., p. 15.

¹⁸⁰ En Brasil, por ejemplo, la propiedad inmaterial es protegida por el art. 225, XXII, de la Constitución.

reproducción, explotación de sus creaciones¹⁸¹. No obstante, mientras la Ley, al regular las cosas materiales o las energías, parte de la tutela de su goce y la inmediata utilidad que prestan para satisfacer nuestras necesidades, en cambio al disciplinar las creaciones inmateriales contempla fundamentalmente la utilización de las mismas en una actividad frente a terceros¹⁸².

Por ende, los derechos asegurados por la PI permiten al titular de una propiedad sobre bienes inmateriales sacar de la competencia a aquellos productores, comerciantes o competidores que utilizan innovaciones o creaciones no autorizadas por su parte, dando una clara posición de ventaja económica¹⁸³.

6. Los derechos sobre los conocimientos tradicionales como “Derechos Intelectuales Colectivos”

6.1. Planteamiento del tema

A nuestro juicio, por las razones que hemos venido desarrollando a lo largo de este trabajo, se percibe que la gran dificultad del reconocimiento del derecho colectivo sobre los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades tradicionales, conocimientos estos producidos desde tiempos inmemoriales, es un posicionamiento ideológico contrario al reconocimiento de conocimientos y producciones intelectuales surgidas de forma diversa de los patrones

¹⁸¹ Según BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, toda propiedad cualquiera que sea la naturaleza de su objeto da a su titular el derecho de ser el único que puede disfrutarla y explotarla. “*De manera que puede prohibir su utilización a cualquier sujeto y puede autorizarla a quien quiera y en los términos que quiera*”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Manual de Propiedad Intelectual...*, op.cit., p. 20.

¹⁸² LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales. Bienes Inmateriales...*, op.cit., p. 10.

¹⁸³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO al hablar de los cambios relativos al concepto de propiedad y con relación a la propiedad intelectual, dice que la propiedad: “*se trata de derechos absolutos que conceden a sus titulares todas las facultades posibles sobre un objeto frente a todos los demás. Parece que semejante concepto de la propiedad puede entenderse a todo tipo de propiedades especiales incluida la propiedad intelectual*”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual...*, op.cit., p. 27.

considerados “normales” para la sociedad dominante que es, por esencia, individualista.

Los CTs difieren fundamentalmente del conocimiento técnico-científico moderno, al estar integrados en otra cultura. Como ya hemos afirmado, esos conocimientos son producidos y desarrollados de forma colectiva, basados en el amplio intercambio y circulación de ideas e informaciones¹⁸⁴. Así que, en principio, parece que no es posible proteger los CTs con institutos creados para proteger los conocimientos técnico-científicos producidos por la sociedad occidental.

Siguiendo esta línea de pensamiento, para mejor análisis del tema, en este punto vamos a intentar responder a las siguientes cuestiones: ¿Por qué no clasificar los derechos sobre los CTs como propiedad intelectual? ¿Qué significa la expresión “derechos intelectuales”? ¿Qué son derechos colectivos? ¿Por qué clasificar los derechos sobre los CTs como derechos intelectuales colectivos?

En este punto, cabe poner de relieve que los CTs pueden ser considerados bienes inmateriales, pero no con los mismos criterios que los bienes inmateriales dentro de la sistemática de los DPI. Si consideramos que los bienes inmateriales son determinados por las normas jurídicas que señalan qué requisitos deben cumplir esos bienes para ser merecedores de protección la gran mayoría de los CTs quedarían fuera de la protección por la vía del sistema de PI por no cumplir esos requisitos.

Los CTs, como ya enmarcado previamente, poseen características que no coadunan con las características de los bienes protegidos por la PI. Aunque sean creaciones de la mente humana, los CTs son conocimientos e invenciones con posibilidad de posesión simultánea, ilimitadamente irrepetibles, transmitidos oralmente por generaciones sucesivas y creados con base en un sistema de creencias. Por ello, aunque los CTs cumplan con algunas de las características exigidas por los DPI, no cumplen todas porque no encajan dentro de las categorías de bienes inmateriales para los que está prevista protección (obras,

¹⁸⁴ “Los pueblos indígenas entienden que todas sus obras son frutos de su relación con la tierra y el ecosistema, por lo que el arte y la ciencia, elementos básicos de la clasificación de patrimonio cultural e intelectual, no se diferencian de la misma manera que en las sociedades occidentales”. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S. “Los pueblos indígenas en el orden internacional...”, *op.cit.*, p. 134. En el mismo sentido, OLIVA MARTÍNEZ, J. D. *La cooperación internacional con los pueblos indígenas...*, *op.cit.*, p. 122 y ss.; LEWINSKI, S. v. *Indigenous heritage and Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 14.

invenciones, diseños, etc.). Así que los CTs son considerados bienes inmateriales en la medida en que son bienes intangibles y no porque cumplen todos los requisitos legales exigidos por el sistema de PI.

Ello, implica plantearse distintas soluciones: proteger sólo los conocimientos que encajen en las categorías previstas por el DPI y dejar fuera muchos CTs; o, intentar buscar un sistema de protección nuevo que permita la protección de todas las formas de manifestaciones y creaciones de esos conocimientos. Es lo que buscamos con el sistema *sui generis*, que será analizado en el capítulo V.

6.2. Dificultades encontradas para proteger los conocimientos tradicionales por vía de los derechos de propiedad intelectual

Los derechos de propiedad intelectual¹⁸⁵ que amparan la tecnociencia surgen con fuerza y ejercen una influencia determinante en el estado actual y futuro de la protección a la biodiversidad. Se advierte de todos modos que se han presentado también como un sistema de propiedad hegemónica, monopólica y excluyente (como demostraremos en los capítulos III y IV), contrarios a los intereses de las comunidades tradicionales.

A partir de allí, la primera razón para no clasificar los derechos sobre los CTs como propiedad intelectual está en la propia noción de propiedad. El concepto de “propiedad”, como los derechos del propietario de usar, gozar y disponer de la cosa y de recuperar la posesión de quienes injustamente la detente o detenten, es muy estrecho y limitado para comprender la complejidad de los procesos que generan la innovación, la invención, y la creatividad en los contextos culturales en que viven las comunidades tradicionales.

Se contempla igualmente que en muchas comunidades tradicionales, como las comunidades indígenas, por ejemplo, se desconoce el término “propiedad”, tal como existe en el derecho occidental moderno¹⁸⁶. La “propiedad” para las

¹⁸⁵ Aclaramos que el término propiedad intelectual es utilizado en sentido amplio, o sea incluyendo en él la propiedad industrial y la propiedad intelectual en sentido estricto (derecho de autor).

¹⁸⁶ En 1999, una federación de grupos de pueblos indígenas hizo la siguiente declaración: “*la humanidad es parte de la Madre Naturaleza, no hemos creado nada y por lo que no puede de ninguna manera pretender ser los propietarios de lo que no nos pertenece. Pero una y otra vez,*

comunidades indígenas suele tener manifestaciones intangibles, espirituales, y, aunque merece ser protegida, no puede pertenecer a ningún ser humano en particular¹⁸⁷.

Para las comunidades indígenas, las comunidades tradicionales más conocidas mundialmente, es inimaginable la apropiación privada de los recursos genéticos. Para ellas la naturaleza constituye un *continuum* con el ser, con la cultura, con los ritos y, por lo tanto, esta visión holista no permite segmentar partes para que sean propiedad de alguien en la comunidad. Como ya hemos visto, en esas comunidades la noción de conocimiento, innovación y territorio son indisociables.

Segundo, es preciso tener presente que los derechos de propiedad intelectual y los derechos intelectuales colectivos se fundan en conceptos de innovación radicalmente distintos. El instituto de la propiedad intelectual fue concebido para proteger una invención singular y que se da de una sola vez. El proceso de descubrimiento y creación de los CTs, por ser frecuentemente acumulativo, informal y a lo largo el tiempo, no encaja en esa perspectiva¹⁸⁸. Como hemos afirmado previamente, los CTs no son necesariamente fijos o estáticos y el marco cultural o comunitario en el que se generan o transmiten puede evolucionar y adaptarse a su vez; esto es, los CTs tienen una evolución continua.

los regímenes de propiedad legal occidental han sido implantado en nosotros, en contradicción con nuestra propia cosmología y valores...". KRUMENACHER, T. J. "Protection for indigenous peoples...", *op.cit.*, p. 183.

¹⁸⁷ "Los pueblos indígenas consideran su patrimonio como propiedad de todos - que es algo que no tiene un propietario y no se utiliza para el propósito de obtener beneficios económicos -, sino en términos de la comunidad y responsabilidad individual. La posesión de una canción, cuento, o de los conocimientos medicinales por parte de algunos individuos de la comunidad conlleva ciertas responsabilidades a mostrar respeto y mantener una relación recíproca con los seres humanos, animales, plantas y lugares a que está conectada la canción, la historia o la medicina. Para los pueblos indígenas, el **patrimonio es un conjunto de relaciones en lugar de un conjunto de derechos económicos**" (negrillas nuestras). KRUMENACHER, T. J. "Protection for indigenous peoples...", *op.cit.*, p. 05.

¹⁸⁸ "El CT es usado para resolver problemas cotidianos de la vida humana. Estos problemas no son estáticos y siempre exigen nuevas formas o métodos para solucionarlos. La innovación se produce a través de mejoras continuas, de mecanismos de observación, ensayo y error y de procesos acumulativos de información y de transmisión. El CT no es viejo en el sentido occidental, simplemente se genera a través un proceso dinámico y generacional". VIVAS EUGUI, D.; RUIZ MULLER, M. "Manual explicativo sobre mecanismos para la protección del conocimiento tradicional...", *op.cit.*, p. 05.

Debe tenerse en cuenta, aún, que la propiedad intelectual, en el sistema jurídico occidental, fue concebida en el ámbito de los derechos individuales y desconsidera las características y los contextos culturales en que los CTs son producidos y desarrollados. En el derecho occidental, la propiedad tanto sobre bienes materiales como inmateriales, es un derecho esencialmente individual y de contenido económico y patrimonial, y cuando se trata de propiedad colectiva o condominial, cada cotitular del derecho es plenamente identificable. Por otro lado, un aspecto esencialmente importante de los sistemas de “propiedad” no-occidentales es justamente la existencia de la “propiedad” común, con exclusión de la propiedad individual. Por ello, entre las comunidades tradicionales se percibe muy fuertemente el sentimiento de solidaridad que une a los miembros, asociado ese rasgo con un sentimiento de pertenencia¹⁸⁹.

La tercera razón para no clasificar los derechos sobre los CTs como propiedad intelectual está en relación con la valorización económica presente en las “creaciones” protegidas por el sistema de DPI y que no existe en relación con los CTs. Para las comunidades tradicionales, sus conocimientos, innovaciones y prácticas no son mercancías que permitan producir objetos, como ocurre en el sistema de DPI. Las comunidades valoran los CTs independiente de su valor económico y, por esto, el contenido y la coherencia de los CTs se inscriben en otros sistemas de valores diferentes de los que fundamentan los DPI.

Los procesos de producción de los conocimientos, innovaciones y práctica tradicionales están regidos sobre todo por la necesidad y no por la obtención de un excedente para intercambiar, para la ganancia. Dicho de otro modo, los CTs están cargados de soluciones prácticas para la supervivencia de los miembros de la comunidad que no buscan una recompensa económica. Esta característica

¹⁸⁹ “La pertenencia al grupo proporciona elementos importantes de la identidad de los individuos, y al mismo tiempo, cuando hay suficientes individuos que se identifican de un modo sólido con un grupo, este adquiere una identidad colectiva”. JÁUREGUI, G. “Derechos individuales versus Derechos Colectivos: una realidad inescindible”, en ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (Ed.). *Una discusión sobre Derechos Colectivos*. Madrid, Dykinson, 2001, p. 55. Aún segundo GARCÍA INDA, entre los grupos que se suele llamar de minorías, la noción de colectivo tienen dos sentido: un subjetivo, otro objetivo. En el sentido objetivo, significa una serie de diferencias externas que sirven para definir un grupo social respecto a otros – es decir, son los rasgos del grupo los que sirven para identificar al individuo que forma parte del mismo, lo que dan una identidad al mismo; en el sentido subjetivo se refiere a la percepción de los miembros que ese grupo minoritario tienen de esas diferencias y de su posición como grupo en el contexto social y político, lo que remite a la conciencia del grupo diferenciado y minoritario. GARCÍA INDA, A. “Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos”, *Cuadernos “Bartolomé de las Casas”*, nº. 20, Madrid, Dykinson, 2001, p. 63.

resalta la importancia y el valor de esos conocimientos para las comunidades. Al igual que muchas de las tecnologías desarrolladas actualmente por empresas privadas van orientadas a solucionar los problemas de la sociedad en que se desarrollan; los CTs van dirigidos a solucionar problemas más básicos de la comunidad, directos e inmediatos tales como alimentación, salud y vestimenta¹⁹⁰.

Además, por otro lado, las comunidades tradicionales tienen una relación muy cercana con el hábitat. Las condiciones climáticas, ambientales, geográficas inciden de forma absoluta en el tipo de conocimiento que se ha desarrollado y el tipo de problemas que se ha buscado solucionar¹⁹¹. Lo que demuestra que para estas comunidades el valor de sus conocimientos e innovaciones no se reduce a la dimensión económica; esos conocimientos conserva la dimensión cultural, ambiental, técnica, cosmológica y espiritual de la comunidad. Por encima de todo, la privatización de los recursos naturales o biológicos o su transformación en mercancías no sólo es extraña a las comunidades tradicionales, sino también incomprensible e inimaginable¹⁹².

En cuarto lugar, otra característica que demuestra la imposibilidad de caracterizar los derechos sobre los CTs como propiedad Intelectual es la falta de fijación y la transmisión oral como regla de preservación. Una de las principales características que exigen los sistemas PI para otorgar protección es la fijación en soporte tangible o intangible de la creación o la descripción detallada de la invención. Esto se exige debido a que se están manejando intangibles y no es posible saber cuál es exactamente el objeto que requiere protección sin especificaciones precisas.

¹⁹⁰ “*El CT se dirige a la búsqueda de resultados. La necesidad de establecer relación causa-efecto y el por qué de los fenómenos no parece ser relevante en muchos casos. Incluso muchas veces la utilización se basa en aspectos religiosos y morales sin fines prácticos o comerciales*”. VIVAS EUGUI, D.; RUIZ MULLER, M. *Manual explicativo sobre mecanismos para la protección del conocimiento tradicional...*, op.cit., p. 06.

¹⁹¹ “*Ejemplo de ello son las comunidades nómadas del África Sahariana que han desarrollado métodos para la búsqueda de aguas subterráneas. Este tipo de conocimientos no existe en las comunidades de Papua-Nueva Guinea debido a que en esa región el agua es un recurso abundante*”. VIVAS EUGUI, D.; RUIZ MULLER, M. *Manual explicativo sobre mecanismos para la protección del conocimiento tradicional...*, op.cit., p. 05.

¹⁹² “*En la verdad, la propia noción de propiedad intelectual es un contra sentido desde el punto de vista de estas sociedades, y, por esto, imponerla como derechos de propiedad intelectual colectiva ya es una violencia contra ellas*”. SANTOS, L. G. “Propriedade Intelectual ou direitos intelectuais coletivos?”, en ARAÚJO, A. V.; CAPOBIANCO, J. P. (Orgs.). *Biodiversidade e proteção de comunidades tradicionais*. São Paulo, Documentos ISA nº. 02, 1996, p. 25.

Los CTs, a su vez, son obviamente elementos intangibles los cuales, en muchos casos, pueden estar materializados en una mezcla, objeto o estructura. No obstante, los procesos para su obtención rara vez se transcriben y su forma de transmisión en la mayoría de los casos es oral y generacional, como ya se dijo en este trabajo.

Cabe agregar también que algunos CTs sufren modificaciones distintas en las diferentes comunidades tradicionales. Es decir, si no hay homogeneidad en las comunidades tradicionales, tampoco hay homogeneidad en los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales desarrollados por esas diferentes comunidades.

La quinta razón está en relación con el período de protección. La protección vía DPI es temporal, mientras que es imposible definir un marco temporal de vigencia para los derechos sobre los CTs, cuyo origen exacto en el tiempo difícilmente podrá ser conocido y serán transmitidos, de forma también indefinida en el tiempo, a otras generaciones.

Sexto y último, el monopolio conferido por los DPI también contraría la esencia del proceso de generación de los CTs, basados en el libre intercambio de informaciones entre las diferentes comunidades tradicionales. Obviamente, los DPI no pueden dar cuenta de los conocimientos, innovaciones y prácticas desarrollados colectivamente a lo largo de miles de años por las comunidades tradicionales. Por tanto, los derechos sobre los CTs generados en el seno de las comunidades tradicionales no quedan bien protegidos por el régimen actual de la PI.

A nuestro juicio, por lo dicho anteriormente y por todas las razones expuestas anteriormente, el término “propiedad intelectual” no puede ser utilizado con relación a los derechos sobre las creaciones de las comunidades tradicionales una vez que las mismas no poseen una noción de propiedad individual por encima de los recursos o los conocimientos¹⁹³. Como tuvimos oportunidad de adelantar, para esas comunidades, la propiedad tiene

¹⁹³ Para POSEY y DUTFIELD, el cambio de terminología, “derechos intelectuales” en vez de “propiedad intelectual” “refleja un intento de aprovechar el concepto de protección y preservación de los derechos de propiedad intelectual, reconociendo al mismo tiempo que los recursos tradicionales – tanto tangibles como intangibles – están también comprendidos en un número importantes de acuerdos internacionales que pueden usarse para constituir la base de un sistema *sui generis*”. POSEY, D. A.; DUTFIELD, G. *Más allá de la Propiedad Intelectual...*, op.cit., p. 103.

manifestaciones intangibles y espirituales. La naturaleza constituye un *continuum* con el yo, con la cultura y los rituales. Esta visión holística no permite segmentar las partes de modo que las creaciones o conocimientos se conviertan en propiedad individual de un miembro de la comunidad. No existen inventores individuales. Se trata de un acervo de instrumentos, tradiciones y enseñanzas que sostienen la comunidad y que es desarrollado por todos los miembros.

Sin embargo, antes de justificar el por qué clasificar los derechos sobre los CTs como derechos intelectuales colectivos, vamos entender lo que son derechos intelectuales y derechos colectivos.

6.3. Noción de derechos intelectuales

Los derechos intelectuales son aquellos que recaen sobre las creaciones advenidas de la capacidad creativa e inventiva de la mente humana. La idea de que una invención consiste en una creación de la mente humana, por lo tanto, en un bien inmaterial, es un concepto originado y desarrollado por la doctrina alemana, para referirse a “*aquellas creaciones de la mente humana que, mediante los medios adecuados, se hacen perceptibles y utilizables en las relaciones sociales y por su importancia económica son objeto de una tutela jurídica especial*”¹⁹⁴.

BAYLOS CORROZA advierte que los derechos intelectuales tutelan las ideas, concepciones, y creaciones humanas que trascienden del sujeto y encarnan en una realidad material. Su carácter intelectual les viene dado, por tanto, por su objeto¹⁹⁵.

Podemos, pues, señalar que la expresión *derechos intelectuales* puede designar los diferentes tipos de derechos subjetivos que los ordenamientos jurídicos modernos atribuyen a los autores de creaciones espirituales, comerciales, o industriales¹⁹⁶. Por ello, los derechos intelectuales han de hacerse

¹⁹⁴ GÓMEZ SEGADÉ, J. A. *El Secreto Industrial...*, *op.cit.*, p. 73.

¹⁹⁵ BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de Derecho Industrial...*, *op.cit.*, p. 77.

¹⁹⁶ “Lo que denominamos derechos intelectuales son, por encima de las diversas modalidades que los constituyen, manifestaciones de un género de protección característica de las sociedades

cargo al mismo tiempo de todos los intereses del creador, intereses espirituales, personales y económicos, pues ambas clases de intereses se concitan en la creación y han de ser atendidos por la tutela jurídica.

Respecto a las creaciones intelectuales de las comunidades tradicionales pese a que no poseen todas ellas importancia económica, no significa que no sean creaciones intelectuales. Al igual que los bienes inmateriales protegidos por el DPI, los CTs son fruto de una actividad intelectual por referirse a actividades humanas en las que intervienen el intelecto y la sensibilidad y que, de alguna manera, reflejan el aspecto espiritual de los sujetos, lo que favorece el desarrollo de los individuos y de la comunidad¹⁹⁷. Lo que diferencian las creaciones intelectuales tradicionales de las creaciones intelectuales occidentales es su forma de creación, desarrollo y especialmente el contexto cultural y social de sus poseedores.

Una vez entendido por qué clasificar los derechos sobre los CTs como derechos intelectuales, vamos entender el significado del término derecho colectivo.

6.4. Noción de derechos colectivos *lato sensu*

El reconocimiento de la importancia de los derechos colectivos a favor de determinados grupos es relativamente reciente¹⁹⁸. Los derechos colectivos, son

modernas: la protección de las ideas y concepciones en el arte y en la técnica, en la industria o comercio". BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de Derecho Industrial...*, *op.cit.*, p. 62.

¹⁹⁷ Según ROMÁN PEREZ, las ECTs son productos de la actividad intelectual, toda vez que "está integrado por manifestaciones o productos resultantes de actividad humana laborales, lúdicas, estéticas o de otro tipo, para cuya obtención los sujetos ponen en funcionamiento su capacidad intelectual y creativa". ROMÁN PÉREZ, R. "Manifestaciones de la cultura popular...", *op.cit.*, p. 34.

¹⁹⁸ BUJOSA VADELL, L. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*. Barcelona, Bosch Editor, 1995, pp. 55-56; CRUZ PARCERO subraya que hablar de derechos colectivos es quizá tan antiguo como hablar de derechos individuales. "Sin embargo, el desarrollo de ambas nociones no ha sido paralelo. Mientras muchos autores modernos y contemporáneos han teorizado sobre el concepto de 'derechos individuales', poca ha sido la atención que se le ha dado al concepto de 'derechos colectivos'". CRUZ PARCERO, J. A. *El lenguaje de los Derechos. Ensayo para una teoría estructural de los Derechos*. Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 101. JÁUREGUI también reconoce que la teoría de los derechos colectivos no es nueva, pero el reconocimiento de la existencia de los mismos a favor de determinados grupos o colectividades es la cuestión jurídico-política más controversia del momento en muchos países. JÁUREGUI, G. "Derechos individuales versus derechos colectivos...", *op.cit.*, p. 47.

parte de los llamados derechos de tercera generación,¹⁹⁹ y presentan categoría muy distinta de los derechos individuales; y, entre otras características, se configuran como un instrumento de legitimación de una amplia gama de demandas que suelen plantear las minorías en estados con elevados índices de pluralismo cultural.

Los derechos colectivos así reconocidos son de naturaleza colectiva: no son derechos de los individuos, sino del grupo social que conforman esos individuos, y al cual pertenecen, por encima incluso de esos mismos individuos²⁰⁰.

El debate acerca de los derechos colectivos no es pacífico. En Brasil, sólo a partir de la década de los 90 la temática fue homogeneizada²⁰¹. Los derechos colectivos en la legislación brasileña van a ser definidos en el art. 81 del Código de Defensa del Consumidor (CDC), Ley nº. 8.078/90²⁰². La expresión derechos

¹⁹⁹ A partir de la segunda mitad del Siglo XX, quedó claro que los derechos de primera generación (derechos civiles y políticos individuales) y, también, los de segunda generación (derechos económicos, sociales, culturales y de solidaridad) ya no satisfacían más las necesidades sociales. Así que surge los derechos de tercera generación relacionados con el desarrollo, la paz, al patrimonio artístico y cultural, a un medio ambiente sano, además de los derechos de los pueblos indígenas y los de los consumidores. *“La importancia de esos nuevos derechos híbridos es reconocida en atención a la preocupación de todos los pueblos con la calidad de vida, el desarrollo sostenido e integrado de las personas y la preservación de la naturaleza. Más allá de la teoría de los derechos fundamentales, desputa, modernamente, la teoría de los intereses metaindividuales que, proponiendo la superación de la doctrina tradicional individualista, propició una nueva categorización de derechos e intereses, como su justiciabilidad, antes inimaginable”*. LEITE, C. H. B. *Ação Civil Pública. Nova jurisdição trabalhista metaindividual. Legitimação do Ministério Público*. São Paulo, LTr, 2001, p. 40.

²⁰⁰ GARCÍA INDA, A. “Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos”..., *op.cit.*, p. 88.

²⁰¹ Es importante señalar que en este punto, pese la utilización de la doctrina española, vamos centrar nuestro análisis en la legislación y doctrina brasilera una vez que las mismas son reconocidas como ejemplos en el desarrollo de los debates acerca de los derechos colectivos. Según GUTIÉRREZ DE CABIEDES y CAVIEDES la legislación brasileña es una de las legislaciones que más explícitamente se refiere y regula la materia, especialmente en lo que se refiere a los intereses difusos. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P.; CAVIEDES, H. de. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*. Navarra, Aranzadi Editorial, 1999, p. 108. Aún según GIANNINI, el antecedente de fuente brasileña con relación a la distinción de los diferentes tipos de derechos colectivos *“ha sido receptado por la moderna doctrina iberoamericana como patrimonio propio”*. GIANNINI, L. J. *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*. La Plata, Argentina, 2007, p. 41.

²⁰² Art. 81. *“La defensa de los intereses y derechos de los consumidores y de las víctimas podrá ser ejercida en juicio individualmente o a título colectivo. Párrafo único. La defensa colectiva será ejercida cuando se tratar de: I - intereses o derechos difusos, así entendidos, para los efectos de este código, los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hechos; II - intereses o **derechos colectivos**, así entendidos, para los efectos de este Código, los supraindividuales, **de naturaleza indivisible, de que sea titular grupo, categoría o clase de personas ligadas entre si o con la parte contraria por una relación jurídica-base (negrillas nuestras)**. III - intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos los derivados de origen común”*.

colectivos en el sistema legal brasileño tiene dos sentidos, *lato sensu* y *stricto sensu*²⁰³. En sentido *lato* los derechos colectivos son entendidos como un género, de los cuales son especie los derechos difusos, los derechos colectivos *stricto sensu* y los derechos individuales homogéneos²⁰⁴. Es decir, los derechos colectivos *stricto sensu*, respecto del cual hemos centrar nuestro análisis, están incluidos en los derechos colectivos *lato sensu* y *no se confunde con el derecho difuso* ni con los derechos individuales homogéneos.

En España los derechos colectivos y difusos están previstos en el art. 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)²⁰⁵ que trata también de la defensa de los intereses y derechos de los consumidores y usuarios. A título comparativo, diferente de la legislación brasileña, la Ley no hace referencia a los derechos individuales homogéneos y señala solamente la posibilidad de defensa colectiva o difusa de los derechos²⁰⁶. El análisis del contenido en sí, es decir, de la diferenciación entre derecho colectivo y derecho difuso en la LEC la haremos cuando tratemos el análisis de las “notas comunes y diferencias entre derechos colectivos *stricto sensu* y derechos difusos”.

²⁰³ CABAÑAS GARCÍA señala que en sentido *lato* los intereses colectivos significan simple oposición a lo derecho individual, y comprensivo a toda hipótesis de comunidad de intereses entre dos o más personas. CABAÑAS GARCÍA, J. C. *La tutela judicial del tercero. Estudios sobre la legitimación indirecta, individual y colectiva, en el Proceso Civil*. Madrid, Dijusa, 2005, p. 79.

²⁰⁴ GIDI, A., MAC-GREGOR, E. F. (Coords.). *La tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales homogéneos: hacia un código modelo para Iberoamérica*. México, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2003; ZANETTI JÚNIOR, H. “Direitos Coletivos *lato sensu*: a definição conceitual dos Direitos Difusos, dos Direitos Coletivos *stricto sensu* e dos Direitos Individuais homogêneos”, en AMARAL, G.; CARPENA, M. L. C. (Coord.). *Visões críticas do Processo Civil*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

²⁰⁵ De acuerdo con el art. 11 de la Ley española nº. 1, de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil, publicada en el BOE nº. 7, de 8 de enero de 2000, “*legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios. (...) 2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados. 3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas...*”.

²⁰⁶ SILGUERO, J. “Las acciones colectivas de grupo en España”, en GIDI, A.; FERRER MAC-GREGOR, E. (Coords.). *Procesos colectivos*, Porrúa, México, 2003, p. 350 y ss.; BACHMAIER WINTER, L. “La tutela de los intereses colectivos en la Ley de Enjuiciamiento Civil española 1/2000”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Año 1, nº. I, 2002, p. 287.

Para una mayor comprensión de la temática, vamos hacer un análisis por separado de cada una de las subcategorías que conforman los derechos colectivos lato *sensu*. No obstante, sólo delinearemos una breve reseña de los derechos individuales homogéneos y de los derechos difusos para luego analizar específicamente el punto que convoca nuestra atención, los derechos colectivos *stricto sensu*²⁰⁷.

6.4.1. Derechos individuales homogéneos

Los derechos individuales homogéneos son una ficción jurídica, “creada por el derecho positivo brasileiro con la finalidad única y exclusiva de posibilitar la protección colectiva (molecular) de derechos individuales con dimensión colectiva”²⁰⁸, que sin la expresa previsión legal, la posibilidad de defensa colectiva de derechos individuales estaría vedada²⁰⁹.

Los derechos individuales homogéneos son los derivados de un origen común²¹⁰. Son derechos nacidos en consecuencia de la misma lesión o amenaza de lesión, en que la relación jurídica entre las partes es *post factum* (hecho

²⁰⁷ “Aplicar el calificativo de ‘colectivo’ en sentido estricto a un interés supone que se ve implicado un conjunto de personas situadas en un mismo plano en relación con un determinado bien o servicio, de manera tal que les afecta en mayor o menor medida, pero en cualquier caso son identificables los individuos concretos a quienes alcanza esa afección”. MONTÓN GARCÍA, L. *Acciones Colectivas y Acciones de Cesación*. Madrid, INC, 2004, p. 13.

²⁰⁸ GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência em Ações Coletivas*. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 20. En realidad el derecho individual homogéneo posibilita “una unión táctica de intereses individuales”. BUJOSA VADELL, L. M. *La protección jurisdiccional...*, *op.cit.*, p. 91.

²⁰⁹ Como ya señalamos, los derechos individuales homogéneo está previsto en el párrafo único, III, del art. 81, del Código de Defensa del Consumidor, que señala que “la defensa de los intereses y derechos de los consumidores y de las víctimas podrá ser ejercida en juicio individualmente, o a título colectivo. Párrafo único. La defensa colectiva será ejercida cuando se tratar de: III - intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos los decurrentes de origen común”.

²¹⁰ “La homogeneidad provee de la circunstancia de ser los derechos individuales provenientes de una origen común. Eso posibilita, en la práctica, la defensa colectiva de derechos individuales, por que las peculiaridades inherentes a cada caso concreto son irrelevantes jurídicamente, ya que las lides individuales, en lo que se refiere a las cuestiones de derecho, son mucho parecidas y, en tesis, la decisión debería ser la misma en todos y en cada uno de los casos”. GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, *op.cit.*, pp. 30-31. En el mismo sentido GIANNINI, L. J. *La tutela colectiva de derechos...*, *op.cit.*, p. 50 y ss.

lesivo)²¹¹. Todavía, no es necesario que el hecho ocurra en un sólo lugar o momento histórico, sino que de él derive la homogeneidad entre los derechos de los diversos titulares de pretensiones individuales. Lo que esos derechos tienen en común es el origen, la génesis en la conducta comisiva u omisiva de la parte contraria, cuestiones de derecho o de hecho que les confieren características de homogeneidad y que hace con que la tutela colectiva prevalezca por sobre a la individual²¹².

El hecho de poder determinar individualmente las personas lesionadas no altera la posibilidad y pertinencia de la acción colectiva. El interés es individual pero adquiere su relevancia social no en razón de la indivisibilidad del objeto apto para satisfacer la necesidad, ni atendiendo a la titularidad de esta última; su relevancia se fundamenta en la forma de tutela que se ejercita en grupo, la cual es posible dada la coincidencia cualitativa que existe entre cada uno de los intereses²¹³. Así que permanece el trazo distintivo: el tratamiento molecular, en las acciones colectivas, con relación a la fragmentación de la tutela en las acciones individuales. La ventaja del tratamiento unitario de las pretensiones en conjunto es la obtención de una tutela genérica.

6.4.2. Derechos difusos

Los derechos difusos, por su parte, son los pertenecientes a varios individuos, de naturaleza indivisible (sólo pueden ser considerados como un todo), y cuyos titulares sean personas indeterminadas, es decir, no hay individualización y los sujetos son indeterminables²¹⁴, conectados por circunstancias de hecho, no

²¹¹ Parte de la doctrina sostiene que los derechos individuales homogéneos no son derechos colectivos, sino derechos individuales tratados colectivamente. ZAVASCKI, T. A. "Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos", *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n.º. 212, jun., 1995, pp. 16-33.

²¹² GIDI, A. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo, RT, 2007, pp. 71-88.

²¹³ Según BUJOSA VADELL, es la homogeneidad de contenido que precisamente "al ser materialmente coincidentes, son susceptibles de ejercicio colectivo". BUJOSA VADELL, L. M. "El procedimiento de las acciones de grupo (*Clas Actions*) en los Estados Unidos de América", en *Justicia* 94, 1994, p. 119.

²¹⁴ Art. 11 de la LEC española.

existe un vínculo común de naturaleza jurídica²¹⁵. Así los derechos difusos se refieren no al sujeto como individuo sino como miembro de una colectividad más o menos amplia, dando lugar a una pluralidad de situaciones análogas.

6.4.3. Derechos colectivos *stricto sensu*

En este punto, primeramente es necesario señalar que de ahora en adelante utilizaremos el término “derechos colectivos”, por ser el más usual por la doctrina, especialmente la española, como sinónimo de “derechos colectivos *stricto sensu*”.

Tras esa observación, podemos decir que los derechos colectivos son aquellos comunes a una colectividad de personas y solamente a ellas, para tutela de intereses comunes²¹⁶, cuando existe un vínculo jurídico entre los integrantes del grupo, a saber: la sociedad mercantil, el condominio, la familia, los entes profesionales, etc.

Los derechos colectivos pueden ser caracterizados en cuanto a los sujetos y en cuanto al objeto. Los sujetos están en relación con el hombre socialmente vinculado y no aisladamente considerado. No se trata de la persona tomada a parte, sino como miembro de grupos autónomos y jurídicamente definidos, tal como el asociado de un sindicato, el profesional vinculado a una corporación, el accionista de una gran sociedad anónima, el condómino de edificio de apartamentos, etc. y, en nuestro trabajo, los miembros de las comunidades tradicionales. “*Intereses colectivos serían, pues los intereses afectos a varios sujetos no considerados individualmente, sino por su calidad de miembro de comunidades menores o grupos situados entre el individuo y el Estado.*”²¹⁷

En cuanto al objeto, el derecho colectivo es indivisible, pero sus titulares, aunque tratados colectivamente, son determinables, susceptibles de

²¹⁵ GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLES, F. “La legitimación colectiva y el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Justicia* 86, 1986, pp. 549-576, p. 558. Un ejemplo de derecho difuso es la publicidad engañosa o abusiva, vehiculada a través de la prensa hablada o escrita que afecta a un número incalculable de personas, sin que entre ellas exista una relación jurídica-base.

²¹⁶ GOMEZ DE LIANÑO GONZALES, F. “La legitimación colectiva...”, *op.cit.*, pp. 558-559.

²¹⁷ BASTOS, C. R. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 251.

identificación, a medida que se encuentran vinculados, entre sí o con la parte contraria, por medio de la relación jurídica base. La vinculación jurídica permite que surjan intereses comunes, que una a los miembros de las respectivas comunidades y que, no confundiendo con los intereses estrictamente individuales de cada sujeto, permiten su identificación²¹⁸.

Por lo anterior, los derechos colectivos son clasificados como derechos transindividuales, de naturaleza indivisible, cuyo titular es el grupo, categoría o clase de personas (indeterminadas, más determinables, en cuanto grupo, categoría o clase) conectadas entre sí, o con la parte contraria, por una relación jurídica base. Esa relación jurídica base puede darse entre los miembros del grupo o por su relación con la "parte contraria". Importante destacar que esa relación jurídica ha de preexistir a la lesión (carácter de anterioridad).

Así, los derechos colectivos se distinguen de otros derechos de tercera generación porque es relativamente posible determinar quiénes concretamente pueden reclamarlos o son afectados por su violación. De esta suerte, los derechos (de tercera generación) al desarrollo, a la paz, etc. que tenemos todos los miembros de la sociedad, son derechos difusos en cuanto su violación nos afecta a todos²¹⁹, pero no es posible determinar específicamente a quienes²²⁰. En contraste, los derechos colectivos tienden a referirse a grupos más específicos.

Los derechos colectivos son derechos cuyo titular no es un individuo, un sujeto individualmente, sino un grupo o conjunto de individuos²²¹. En este caso, el grupo no es sólo un mero beneficiario del derecho sino que se constituye en titular

²¹⁸ GRINOVER, A. P. "Acciones colectivas para la defensa del ambiente y del consumidor", *Revista de Derecho Procesal*, vol. 3, 1995, p. 13; BUJOSA VADELL, L. *La protección jurisdiccional...*, *op.cit.*, p. 100.

²¹⁹ Posteriormente iremos hacer una pequeña comparación entre los derechos colectivos y los derechos difusos.

²²⁰ La doctrina ha señalado como los derechos de tercera generación no pertenece a nadie en especial, sin a todos en general. Nadie puede apropiarse de ellos en perjuicio de los demás. PABLO CAMAGO, P. *Las acciones populares y de grupo*, Bogotá, Leyer, 1999, p. 83.

²²¹ Para CAPOTORTI, la palabra "colectivo" significa que la titularidad real de ciertos derechos pertenece al grupo a quienes se concede la protección. CAPOTORTI, F. "Are minorities entitled to collective international rights?", in DINSTEIN, Y.; TABORY, M. *The protection of minorities and Human Rights*. Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 507. En el mismo sentido LÓPEZ CALERA, N. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialización en la teoría de los derechos*. Barcelos, Editorial Ariel, 2000, p. 104; TORBISCO CASALS, N. "La interculturalidad posible...", *op.cit.*, p. 289; JÁUREGUI, G. "Derechos individuales versus derechos colectivos...", *op.cit.*, p. 57.

del mismo. Por ello, la característica esencial de los derechos colectivos es la posibilidad de determinar el grupo, la categoría o la clase a que pertenece, y que haya conexión entre los miembros del grupo, de la categoría o de la clase²²². Así que bajo el aspecto subjetivo son derechos transindividuales y, en el aspecto objetivo son derechos indivisibles.

Son indivisibles porque son derechos del grupo y de todos y cada uno de sus miembros individuales, pero nunca de sólo uno o algunos de ellos, con abstracción del grupo²²³. Y, por lo tanto, para fines de tutela jurisdiccional, lo que importa es la posibilidad de identificar el grupo, la categoría o la clase, ya que la tutela se revela indivisible, y la acción colectiva no está disponible a los individuos que serán beneficiados. Nótese que es preciso determinar el grupo, la categoría o la clase beneficiada en su amplitud y dimensión no-individual, siendo indiferente la identificación de la “persona titular” una vez que la prestación será indivisible: “beneficia a uno, beneficia a todos”.

Es importante aclarar aún que los derechos colectivos no pueden ser entendidos como una simple sumatoria de derechos subjetivos individuales y sí como un conjunto de derechos que pertenece a un grupo de personas²²⁴. Destacando, son derechos cuya titularidad es difusa entre los miembros del grupo

²²² En los derechos colectivos lo más importante no es que se trate de un bien cuya naturaleza únicamente permita un disfrute multitudinario; por el contrario, lo más importante es la toma de conciencia por parte de los miembros del colectivo de las comunidades de los intereses que les unen. CABAÑAS GARCÍA, J. C. *La tutela judicial del tercero... op.cit.*, p. 79.

²²³ “Los derechos colectivos implican, obviamente, la existencia de sujetos colectivos. Las naciones, los pueblos, las universidades, los partidos políticos, las familias, las sociedades anónimas, los sindicatos son sujetos colectivos perfectamente identificables y desde luego no son sujetos individuales”. LÓPEZ CALERA, N. *¿Hay derechos colectivos?... op.cit.*, p. 105. Cuanto a las comunidades tradicionales, VAN DYKE señala que las mismas son entidades colectivas “en el sentido de que constituye una unidad, un todo, con un derecho colectivo propio, un derecho que no se puede reducir a los derechos de los individuos”. VAN DYKE, V. *Human Rights, ethnicity and discrimination*. Westport, Greenwood Press, 1985, p. 207.

²²⁴ “El grupo social no es la mera suma de los individuos que los componen, sino algo más. Y a ese algo más es al que se refiere el derecho. Son, por lo tanto, derechos de titularidad colectiva, derechos de la colectividad, independientes a los derechos individuales de sus miembros”. GARCÍA INDA, A. “Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos”..., *op.cit.*, p. 88. En el mismo sentido, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P.; CAVIEDES, H. de. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales...*, *op.cit.*, p. 75; CRUZ PARCERO, J. A. *El lenguaje de los derechos...*, *op.cit.*, p. 112. RODRÍGUEZ ABASCAL añade que “si los derechos de grupo son solamente conjuntos de derechos individuales, entonces el concepto ‘derecho de grupo’ es redundante y genera confusión. Sólo los derechos de grupo que no puedan ser descompuestos en derechos individuales consiguen evitar este grave problema”. RODRÍGUEZ ABASCAL, L. “El debate sobre los derechos de grupo”, en DÍAZ, E.; COLOMER, J. L. *Estado, Justicia, Derechos*. Madrid, Alianza Editorial, 2002, pp. 416-417.

porque no pertenece a nadie en especial, pero cada uno puede promover su defensa que beneficia siempre a todos los de la comunidad. Los derechos colectivos, entonces, van más allá de la suma de individuos, empresas o sectores para convertirse en procesos sociales y culturales con vigencia histórica y validez propia.

6.4.4. Notas comunes y diferencias entre derechos colectivos *stricto sensu* y derechos difusos

En este punto hay que señalar la diferencia entre la legislación brasileña y la legislación española. De la primera, podemos extraer que tanto los derechos colectivos como los difusos tienen dos notas comunes: su carácter supraindividual y su naturaleza indivisible²²⁵. Y, por el contrario, poseen una importante diferencia: la relación jurídica base entre los interesados, o entre éstos y un tercero (la parte contraria) existentes en el caso de los derechos colectivos y que no se da en los derechos difusos²²⁶. Así que es esta relación jurídica base la principal diferencia entre los derechos colectivos y los derechos difusos²²⁷.

La relación jurídica base se da a través de un vínculo jurídico que conecta los individuos a la parte contraria (por ejemplo, alumnos de una misma escuela, contribuyentes de un mismo tributo, miembros de una misma comunidad, miembros de una misma asociación, etc.). Asimismo, la relación puede ser

²²⁵ Según GIANNINI, habitualmente se entiende que los derechos difusos y colectivos forman parte del género denominado "*derechos o intereses individuales*". GIANNINI, L. J. *La tutela colectiva de derechos individuales...*, *op.cit.*, p. 157.

²²⁶ "*Cuando el grupo de persona que se encuentran de forma común y simultanea en una misma situación jurídica con respecto a un bien que todos ellos disfrutan conjunta y solidariamente y respeto del que experimentan una común necesidad sea determinado o determinable en su composición, en sus miembros, puede hablarse de interés colectivo. Cuando por el contrario, se trate de una comunidad de sujetos amplia e indeterminada o muy difícilmente determinable puede hablarse de interés difuso*". GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P.; CAVIEDES, H. de. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales...*, *op.cit.*, p. 109.

²²⁷ Los derechos difusos "*corresponde a una serie de personas que están absolutamente indeterminadas, no existiendo entre ellas vínculo jurídico alguno, de modo que la afectación a todas ellas deriva sólo de razones de hecho contingentes, como ser posibles consumidores de un mismo producto, vivir en el mismo lugar...*". MONTERO AROCA, J. *La legitimación en el Proceso Civil* (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él). Madrid, Editorial Civitas, 1994, pp. 65-66.

consecuencia de la cohesión de los individuos como grupo, categoría o clase anterior a la lesión; fenómeno que no se verifica en los derechos difusos²²⁸.

En el ordenamiento jurídico español, por su parte, a partir de un simple análisis del art. 11 de la LEC, parece inferir que el elemento diferenciador entre el derecho colectivo y el derecho difuso es la posibilidad de determinación de los miembros del grupo; o sea de la identificación de las personas titulares del derecho, que está presente en relación con los derechos colectivos, pero ausente o muy difícil cuando se trata de los derechos difusos.

En los supuestos de interés difuso de la LEC, las personas perjudicadas no pueden ser determinables dado que el perjuicio se puede manifestar en muchas personas, difícilmente localizables, dispersas geográficamente, y, algunas veces, difícilmente identificables individualmente²²⁹.

6.5. Argumentos a favor de la caracterización de los derechos sobre los conocimientos tradicionales como Derechos Intelectuales Colectivos

Tras el análisis de los términos derechos intelectuales y derechos colectivos, vamos caracterizar los derechos sobre los CTs como derechos

²²⁸ GRINOVER, A. P. *et al. Código de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004, p. 623. Vid., también, IDEM, *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo, Max Limonad, 1984; IDEM, "Significado político, social, e jurídico da tutela dos interesses difusos", en GRINOVER, A. P. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P.; CAVIEDES, H. de. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales...*, *op.cit.*, p. 109; LOZANO-HIGUERO Y PINTO, M. *La protección procesal de los intereses difusos* (Intereses de los consumidores, ecológicos, urbanísticos, el acceso a la R.T.V.). Madrid, 1983, p. 146; MONTÓN GARCÍA, L. *Acciones Colectivas...*, *op.cit.*, pp. 11-12; ZANETTI JÚNIOR, H. "Direitos coletivos *lato sensu...*", *op.cit.*; MOREIRA, J. C. B. "A Ação Popular no Direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados interesses difusos", en MOREIRA, J. C. B. *Temas de Direito Processual*. São Paulo, Saraiva, 1977; MORENO CATENA, V. "El Proceso Civil", en ESCRIBANO MORA, F. (Coord.) *et al. El Proceso Civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*. Vol. I, Libro 1: artículos 1 a 98 inclusive. Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 120-121.

²²⁹ "Es la dimensión del grupo subjetivo lo que hace colectivo a un interés, pero es la indeterminación, la falta de límites precisos en cuanto a la identificación de las personas que lo componen, lo que convierte a ese interés en difuso. Por lo tanto, el interés difuso se caracteriza por corresponder a los sujetos de un grupo indeterminado". BARRIO DE ÁNGELIS, D. *Introducción al estudio del proceso*. Buenos Aires, Depalma, 1983, p. 125. En el mismo sentido MORENO CATENA, V. "El proceso civil...", *op.cit.*, p. 121.

intelectuales colectivos²³⁰. Este punto es muy importante pues entender la naturaleza colectiva de los derechos sobre los CTs es fundamental para concebir las herramientas apropiadas para su protección.

Para CRUZ PARCERO los derechos colectivos se diferencian de los derechos individuales por dos aspectos. Primero, que el titular del derecho sea el grupo o comunidad. Segundo, que el objeto del derecho sea un bien colectivo. Y sólo puede hablarse de derechos colectivos cuando se da la existencia simultánea de ambas condiciones²³¹.

Con los CTs ocurren sin duda estas dos situaciones. Son derechos colectivos en la medida que pertenecen a una comunidad identificable (comunidad local o indígena) y una vez que el objeto que se pretende tutelar, los CTs, son de titularidad colectiva, no pertenece a un único individuo de esa comunidad.

A pesar de haber hecho referencia, entendemos que es importante analizar más profundamente la cuestión y enfatizar que los CTs poseen naturaleza colectiva por una combinación de factores. Primero, son conocimientos que se generan colectivamente, donde cada miembro de la comunidad contribuye con parte de su aporte intelectual; o sea, no se puede detectar un único poseedor o generador. Incluso cuando un conocimiento, una innovación o una práctica tradicional es desarrollada individualmente, como por ejemplo los conocimientos de los “chamanes” que generan y se han nutrido de conocimientos sobre usos y propiedades de plantas medicinales y elementos de la biodiversidad, a partir de un esfuerzo intelectual, cuyos conocimientos son absolutamente individuales, hay un sentimiento muy fuerte de solidaridad entre los miembros de la comunidad.

²³⁰ El derecho colectivo de los pueblos indígenas ya es una realidad en algunos documentos internacionales; a título de ejemplo podemos citar el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el marco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 27 de febrero de 1997, que en su art. 2.2 señala que “*los pueblos indígenas tienen los derechos colectivos que son indispensables para el pleno goce de los derechos humanos individuales de sus miembros. En ese sentido los Estados reconocen el derecho de los pueblos indígenas inter alia a su actuar colectivo, a sus propias culturas, de profesar y practicar sus creencias espirituales y de usar sus lenguas*”. Grupo de Apoyo Jurídico por el Acceso a la Tierra. “Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobado en el marco de OEA”. Disponible en <http://www.fondoindigena.org/apc-aa-files/documentos/items/proyecto_declaraci_n_oea.pdf>. Consultada el 31 de marzo de 2011.

²³¹ CRUZ PARCERO, J. A. “Sobre el concepto de Derecho Colectivo”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, n°. 12, Madrid-México, 1998, p. 100; IDEM, *El lenguaje de los derechos...*, *op.cit.*, p. 114.

Como puede apreciarse, se reconoce que en el interior de las comunidades tradicionales existen creaciones e innovaciones cuya titularidad recae en individuos pero que, en atención a las formas de organización comunal, se traslada esa titularidad a la comunidad en su conjunto²³². Esto ocurre en especial entre las comunidades indígenas donde el sentimiento de colectividad está más en evidencia que en las comunidades locales.

Debe tenerse en cuenta también, que las creaciones tradicionales individuales solamente son posibles por algunas combinaciones de experiencias con otros miembros de la comunidad y de un proceso de adquisición de sabiduría transmitido de generación en generación²³³. Esto significa que aunque pertenezcan a una determinada persona, no pueden ser apropiables por nadie, y mucho menos monopolizables. Así que el sujeto de derecho a ser tutelado no es una persona física o jurídica, sino una comunidad que vive en forma de vida tradicional.

Se contempla, igualmente, que mismo incluso considerando los derechos sobre los conocimientos como colectivos no significa que cada miembro de la comunidad tiene el mismo nivel ni el mismo rango. Dentro de las estructuras de las comunidades existe la asignación de derechos diferentes a los diferentes miembros del grupo²³⁴. Por ejemplo, aunque los diseños o conocimientos específicos son considerados como patrimonio común, esto no implica necesariamente el derecho de usar el diseño o el conocimiento para todos, o para dárselo a los forasteros. En muchos casos, estos derechos son reservados para los ancianos, los chamanes o curanderos de la comunidad. Sin embargo, aunque en la práctica, las personas pueden tener responsabilidades concretas en relación

²³² LONG, D. E. "Traditional knowledge...", *op.cit.*, p. 05.

²³³ Según DUTFIELD, las sociedades indígenas a menudo consideran a cada miembro como individuo, pero con derechos y responsabilidades colectivas que están indisolublemente ligados. DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 96. NIJAR añade que "para los miembros de las poblaciones indígenas, el conocimiento y la determinación del uso de los recursos son colectivos e intergeneracional. Ni en la población indígena, cualquiera de los individuos o la comunidad, tampoco el gobierno pueden vender o transferir la propiedad de los recursos a los cuales son propio de cada pueblo, y, sobre ellos, cada generación tiene la obligación, la responsabilidad de salvaguardarlos para la próxima". NIJAR, G. S. *In defense of indigenous knowledge and biodiversity: a conceptual framework and the essential elements of a rights regime*. Penang, Malasia, Third World Network, Paper 1, 1995, p. 12.

²³⁴ DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, *op.cit.*, pp. 95-96.

con el uso y gestión de determinados objetos de arte, los conocimientos o recursos, el ejercicio de la autoridad debe ser de acuerdo con las leyes y costumbres de la comunidad que pertenecen y deben cumplir con los intereses del grupo como un todo.

La Ley peruana n°. 27.811 reconoce esta situación de hecho y ha optado por una alternativa interesante y es un buen ejemplo de como este tema puede ser tratado en la práctica. El art. 10 establece que los CTs, protegidos bajo el régimen de la Ley, *“pueden pertenecer a varios pueblos indígenas. Estos derechos son independientes de aquellos que pueden generarse al interior de los pueblos indígenas y para cuyo efecto de distribución de beneficios podrán apelar a sus sistemas tradicionales”*.

Por ello, se reconoce que al interior de los grupos existan creaciones e innovaciones cuya titularidad recae en individuos pero que, en atención a las formas de organización comunal, se traslada esa titularidad a la comunidad en su conjunto, sin perjuicio que en materia de distribución de beneficios al interior de estas comunidades, se identifique y beneficie directamente a estos individuos en particular, de acuerdo con sus normas consuetudinarias.

En contraste con los derechos clásicos del pensamiento occidental, que se basa en la comprensión de los derechos inherentes a los seres humanos individualmente, los miembros de las comunidades tradicionales se someten a su comunidad y ponen en un lugar central los derechos del grupo²³⁵. En consecuencia, en la toma de decisiones internas se suele implicar toda la comunidad y el respeto de la voluntad común del grupo.

Por lo señalado en los párrafos anteriores, los conocimientos, las prácticas y las innovaciones tradicionales no son “propiedad” de una única persona, sino

²³⁵ *“Una persona indígena nace en un grupo y se hace inseparable de ello, el grupo forma parte integrante de la identidad de sus miembros”*. STOLL, P.-T.; HAHN, A. v. “Indigenous peoples, indigenous knowledge and indigenous resources in international law”, in LEWINSKI, S. v. *et al. Indigenous heritage and Intellectual Property: genetic resources, traditional knowledge, and folklore*. New Cork, Kluwer Law International, 2004, p. 14. Para PONTE IGLESIAS, el derecho colectivo se asienta en la propia naturaleza de la comunidad indígena. PONTE IGLESIAS, M. T. “Ciudadanía y consolidación democrática...”, *op.cit.*, 2009, p. 161. *“Para los pueblos indígenas todo en el cosmos es colectivistas, todo está unido, vinculado entre sí, de modo que todo ser, todo fenómeno, toda construcción, toda cosa, toda reivindicación, todo derecho (...) está interrelacionado en un gran todo que se procesa en mil formas pero que, al final, concluye siendo lo mismo en el gran caldo de cultivo de la energía cósmica, marco de equilibrios y excelencia”*. OLIVA MARTÍNEZ, J. D. *La cooperación internacional con los pueblos indígenas...*, *op.cit.*, p. 134.

patrimonio colectivo y se sostienen en la identificación del modo de producción de los CTs, o sea, modo de producción colectiva.

Segundo, por no tener titularidad individual, otro elemento que debe ser considerado en el debate sobre la naturaleza jurídica de los derechos sobre los CTs es el derecho de disposición. A diferencia de los titulares de las creaciones protegidas por los DPI vigentes, que pueden subrogar en sus derechos a terceras personas, las comunidades tradicionales tienen dificultad para subrogar a terceros en sus derechos, por las propias características intrínsecas ya mencionadas anteriormente. No hay una identificación de quiénes serían los responsables directos por las producciones intelectuales de estas comunidades, puesto que son conocimientos compartidos, la mayoría de las veces, entre varias comunidades que ocupan el mismo hábitat. Así, ellos nunca fueron concebidos como propiedad de alguien, y, por lo tanto, no pueden ser alienados. Más allá de esto, al abrirse la posibilidad de disposición, podría ocurrir lo que Shiva llama privatización de la vida²³⁶.

En este punto, cabe poner de relieve que los CTs tampoco pertenecen al Estado. No deben confundirse los derechos soberanos sobre los recursos genéticos o, eventualmente, sobre los recursos naturales, con los derechos sobre los CTs. Los titulares de los derechos sobre los CTs son sus generadores y guardianes. Así que, reconocer los derechos colectivos intelectuales de esas comunidades implica simplemente reconocer que las mismas son titulares de sus propios conocimientos y que, como vienen haciendo desde hace varias generaciones, son capaces de administrar de manera racional la biodiversidad a ellas accesible. Y por ser colectivos sólo pueden ser protegidos por medio de un derecho colectivo.

Es importante subrayar aún que el reconocimiento de los derechos colectivos de las comunidades tradicionales sobre sus conocimientos debe ser interpretado en el sentido de que cada comunidad está investida de autoridad

²³⁶ SHIVA, V. *Biopirataria...*, *op.cit.*, p. 40. El jurista brasileño CARLOS FREDERICO MARÉS DE SOUZA FILHO, al definir el derecho colectivo en la Constitución de 1988, señala que los CTs, por ser derechos colectivos, “no pueden tener titularidad compartida, una eventual divisibilidad de su objeto hará que todos los titulares del todo continúen siendo titulares de las partes. No es posible la alienación, por lo tanto no puede ser reducido al patrimonio de un individuo. Es inalienable y, por lo tanto, inembargable, intransferible. No tiene valor económico en sí para cada individuo, sino que solamente puede tenerlo para la colectividad. Exactamente por esto, es inapropiable individualmente”. SANTOS, L. G. “Propriedade Intelectual ou direitos intelectuais coletivos?...” , *op.cit.*, pp. 25-26.

para representar los intereses de las mismas dentro y fuera del Estado, y su inherente tarea consiste en representar los intereses de todos los miembros de la comunidad en cuanto grupo. Sobre la representación colectiva de las comunidades tradicionales hablaremos en el capítulo V, al hilo del desarrollo de un sistema *sui generis* de protección a los CTs.

Tercero, por ser producidos colectivamente los beneficios oriundos de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales deben ser compartidos por el colectivo de la comunidad tradicional. Este punto también será debatido en el capítulo quinto.

Cuarto, los derechos intelectuales colectivos responden a un proceso integral que involucra no sólo a los conocimientos, innovaciones y prácticas específicas; estos derechos están íntimamente relacionados con el ámbito material y cultural en que estos conocimientos se generan y de los cuales dependen, por ejemplo, los territorios y sus recursos, las dinámicas sociales, políticas y espirituales donde ellos se desarrollan²³⁷.

Siguiendo esta línea de pensamiento, se hace preciso afirmar que el reconocimiento de un sistema de derechos intelectuales colectivos exige también la protección de otros derechos, que están relacionados a ellos, tales como el derecho a la tierra, con las cuales las comunidades tradicionales mantienen vínculos muy profundos, a menudo de naturaleza espiritual (especialmente las comunidades indígenas)²³⁸. Por ejemplo, las comunidades tradicionales con derecho a poder y control de acceso a sus tierras tienen una mejor oportunidad de

²³⁷ SANTOS al analizar el término "intelectual" relacionado con los conocimientos e innovaciones tradicionales remarca que: *"los recursos biológicos de una comunidad siempre presentan un componente intelectual o intangible, además de su componente material, tangible. Es que la propia existencia material de los recursos está estrictamente relacionado a un sistema ancestral de coexistencia sostenible entre los hombres y el ambiente, dependiendo, entonces, de la supervivencia de éste. Por lo tanto, cuando se trata de esos recursos, sólo abstractamente podemos aislar lo tangible e intangible, formas de vida y conocimiento, existencia material y existencia intelectual. El hecho de que los componentes tangible e intangible sean interdependientes apunta a una conclusión muy importante: si no se garantiza la conservación del hábitat natural de las comunidades, se destruirá el sistema cultural que asegura una existencia sostenible. Pero, por otro lado, los recursos materiales (plantas, animales) sólo sobreviven en el caso que el conocimiento tradicional sobreviva. En suma, los derechos intelectuales sobre recursos biológicos de una comunidad tradicional, siempre tienen que referirse a la condición sui generis de estos dentro de ella"*. SANTOS, L. G. "Propriedade Intelectual ou direitos intelectuais coletivos?...", *op.cit.*, p. 25.

²³⁸ BOU FRANCH, V. "En busca de un estatuto jurídico para los pueblos indígenas"..., *op.cit.*, p. 141.

impedir la apropiación indebida de sus conocimientos y de negociación favorable en posibles acuerdos de utilización de sus conocimientos por tercero²³⁹.

Más allá de eso es necesario también mantener sus mecanismos tradicionales de control interno o, dicho de mejor forma, los derechos consuetudinarios de las comunidades tradicionales²⁴⁰ (tema que será desarrollado en capítulo V) y la integridad de su cultura²⁴¹.

Igualmente, debemos constatar que la función de los derechos intelectuales colectivos se vincula con el sostenimiento de las prácticas tradicionales de acceso, uso y manejo de los recursos, del intercambio social de productos y conocimientos, de mecanismos para la toma de decisiones, de la organización social comunitaria y del ejercicio de la autoridad. Es decir, el término derechos intelectuales colectivos debe ser entendido como la acumulación específica de los diferentes derechos e intereses colectivos, y en particular el medio ambiente cultural, social y económico de las comunidades tradicionales²⁴².

Por todo lo dicho en los epígrafes precedentes, podemos afirmar que los derechos sobre los CTs tienen naturaleza colectiva por varios motivos. De forma resumida, veámoslos.

Pese a que las creaciones de las comunidades tradicionales sean creaciones intelectuales, diferentes de las creaciones intelectuales occidentales, son creadas y desarrolladas colectivamente, de generación a generación,

²³⁹DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 124.

²⁴⁰ El art. 8.1 del Convenio n.º. 169 de la OIT ya establece que “*al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario*”. OIT. “Convenio n.º. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, 1989. Disponible en <<http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

²⁴¹ Las demandas de los pueblos indígenas, por ejemplo, que deben ser satisfechas en la articulación de los derechos colectivos. “*El derecho al autodesarrollo, el derecho al autogobierno, el derecho a la cultura propia, el derecho al Derecho indígenas; el derecho a la consulta sobre todo aquello que les afecta y el derecho a los territorios*”. OLIVA MARTÍNEZ, J. D. *La cooperación internacional con los pueblos indígenas...*, *op.cit.*, p. 131 y ss.

²⁴² STOLL, P.-T.; HAHN, A. v. “Indigenous peoples...”, *op.cit.*, p. 15. Además, con relación a las comunidades indígenas, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas establece en su preámbulo “*que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos*”. ONU. “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”. Resolución aprobada por la Asamblea General, 13 de septiembre de 2007. Disponible en <<http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/drip.html>>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

trasmitidas de forma oral y basadas en un sistema de creencias²⁴³. Así que los derechos sobre las creaciones intelectuales de las comunidades tradicionales deben ser reconocidos como “derechos colectivos” y no como “propiedad”.

En este contexto, el término "derechos" se refiere a las garantías inalienables de la existencia de esas comunidades; de las condiciones necesarias para mantener su propia dignidad, y la de sus predecesores y descendientes; y de las condiciones necesarias para crear, desarrollar y proteger sus conocimientos, innovaciones y prácticas.

Cabe apuntar aún que los derechos colectivos son derechos específicos de los cuales son titulares ciertos grupos humanos²⁴⁴. Esto encaja perfectamente en relación con la protección de los derechos de las comunidades tradicionales. Una vez que los derechos sobre un determinado CT son de titularidad de la comunidad indígena o local dónde el conocimiento fue creado y desarrollado colectivamente²⁴⁵, sólo puede por ella ser reivindicado. A tal efecto, todo conocimiento, innovación y práctica tradicional que sea fruto de la creación intelectual colectiva de una comunidad local o de una comunidad indígena determinable sólo por ella puede ser reivindicada su titularidad.

Cabe agregar que se puede hablar de derechos colectivos cuando hay también un “*grupo de personas que se encuentran de forma común y simultánea en una misma situación jurídica con respeto a un bien que todos ellos disfrutan conjunta y solidariamente y respecto del que experimentan una común necesidad, sea determinado o determinable en su composición, en sus miembros*”²⁴⁶. Y este es el caso de las comunidades tradicionales con relación a sus conocimientos, innovaciones y prácticas.

²⁴³ En contrapunto, como también ya hemos demostrado, los derechos de propiedad intelectual son derechos individuales, excluyentes y monopolistas.

²⁴⁴ “Los titulares de los derechos colectivos son grupos sociales, colectividades, sociedades, comunidades, personas morales, personas jurídicas, etc., esto es, asociaciones de individuos y, en definitiva, de intereses individuales, ya que hablamos de derechos”. LÓPEZ CALERA, N. *¿Hay derechos colectivos?...*, op.cit., p. 119; IDEM, “El concepto de Derechos Colectivos”, en CALVO GARCÍA, M. (Coord.). *Identidades culturales y Derechos Humanos*. Madrid, Dykinson, 2002, p. 66.

²⁴⁵ La cuestión sobre la titularidad de los CTs - como derechos intelectuales colectivos - será analizada en el capítulo V, cuando del desarrollo de un sistema *sui generis* de protección.

²⁴⁶ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P.; CAVIEDES, H. de. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales...*, op.cit., p. 109.

Por ende, proponemos que los derechos sobre los conocimientos, innovaciones y prácticas derivados de la actividad intelectual de los miembros de las comunidades tradicionales, en la medida en que se encuentren en una misma situación jurídica con respecto a esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y que disfruten conjunta y solidariamente de ellos²⁴⁷, sean clasificados como Derechos Intelectuales Colectivos.

7. Conclusión

Por todo lo que fue dicho, se hace necesario reconocer que algunas concepciones habituales del universo jurídico empiezan a tener inconsistencia. Algunas concepciones clásicas, de propiedad, por ejemplo, no tienen más espacio en el momento social, político y jurídico que estamos viviendo en este inicio de siglo.

En este contexto de cambio, los derechos de las comunidades tradicionales sobre sus conocimientos deben ser formulados en términos de una protección basadas en las especificidades de sus conocimientos. Esto se justifica especialmente porque sus creaciones intelectuales son creadas y desarrolladas en contextos y culturas muy distintos de las creaciones intelectuales protegidas por los derechos individuales. Por lo tanto, la caracterización de los derechos sobre los CTs como propiedad intelectual tiende a garantizar una protección deficiente. Esto significa que las pautas y procedimientos tradicionales vinculados a la propiedad intelectual son simplemente incapaces de resolver importantes y controvertidas cuestiones relativas a las comunidades tradicionales, una vez que los derechos relativos a ellas no pueden subsumirse bajo la categoría clásica de los derechos individuales.

De hecho, las comunidades tradicionales están asentadas sobre firmes valores colectivos donde los individuos perpetúan roles y tradiciones inherentes a su identidad. Por ello, La caracterización de los CTs como derechos intelectuales

²⁴⁷ “Me refiero al grupos o a la comunidad como entidad colectiva, en el sentido de que constituye una unidad, un todo, con un derecho colectivo propio, un derecho que no se puede reducir a los derechos de los individuos”. VAN DYKE, V. *Human Rights, ethnicity and discrimination...*, op.cit., p. 207.

colectivos permitiría garantizar el desarrollo de la identidad, de sus diversas formas de conocimientos y de las instituciones distintivas de esas comunidades. No obstante, para que se pueda reconocer el derecho colectivo a esos conocimientos se hace necesario una revisión de los propios patrones del Derecho. Y esto ciertamente es uno de los mayores retos para los legisladores en la esfera nacional e internacional.

IV. PROBLEMAS A QUE SE ENFRENTAN LOS TITULARES DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

1. Problemas no relacionados con la protección de los conocimientos tradicionales

Son muchos los problemas a los que se enfrentan los titulares de los CTs, algunos relacionados con la protección jurídica y otros no directamente relacionados con la protección de los mismos. Es decir, se trata de problemas muy diferentes y de largo alcance, y están relacionados con diferentes ámbitos del Derecho. En algunos casos incluso está en juego la propia supervivencia de los conocimientos, debido a la amenaza que se cierne sobre la supervivencia cultural de las comunidades.

Entre los problemas que no están relacionados con la protección de los CTs podemos citar la pérdida de algunos CTs. Las presiones sociales y medioambientales externas, las migraciones, la invasión de los modos de vida modernos y el desbaratamiento de las formas de vida tradicionales debilita los modos tradicionales de preservar los conocimientos o de transmitirlos a las

generaciones futuras, así como la visión espiritual del mundo que sustenta esa tradición²⁴⁸.

Por ello, sea por razones de aculturación²⁴⁹, sea a causa de su divulgación, lo cierto es que muchas prácticas tradicionales, creencias y conocimientos conexos se han perdido irremediamente. A ello se une que hay una reticencia de las generaciones más jóvenes a aprender las “antiguas costumbres”²⁵⁰.

Para TOBIN, entre las amenazas más graves para los CTs están la pérdida de la tierra, que desplaza a las comunidades y los separa del medio ambiente asociados con sus conocimientos, y la pérdida del lenguaje, sin el cual gran parte del conocimiento no puede ser trasladado²⁵¹. Así que se hace necesario documentar y preservar los conocimientos en posesión de los ancianos y de las

²⁴⁸ “Es preciso considerar las inmensas dificultades que los líderes tradicionales y, de forma general, la población más vieja encuentran para continuar transmitiendo, en las formas de enunciación que ellos aún perpetúan y en acuerdo con parámetros estéticos tradicionales, todo el conjunto de conocimientos y valores que desean transmitir a las nuevas generaciones. Jóvenes que están hoy más interesados en apropiarse de modos de ser de la población no-indígena, especialmente, no encuentran, como perspectiva de futuro, la posibilidad de fortalecimiento social, político, económico en la vivencia de sus propias formas de pensar y vivir”. GALLOIS, D. T. “Culturas indígenas e processos de patrimonialização”, en BARROS, B. S.; GARCÉS, C. L. L.; MOREIRA, E. C. P.; PINHEIRO, A. S. F. (Orgs.). *Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais*. Belém, Museu Paraense Emílio Goeldi, Centro Universitário do Pará, 2007, pp. 259-264, p. 262.

²⁴⁹ Según la Real Academia Española Aculturación es la “recepción y asimilación de elementos culturales de un grupo humano por parte de otro”. Disponible en <http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=aculturación>. Consultada el 01 de abril de 2011.

²⁵⁰ “El rechazo a las tradiciones por parte de los jóvenes y la penetración de los estilos de vida modernos resultan a menudo en la declinación de los conocimientos y prácticas tradicionales, así como en la pérdida del idioma. Sea por aculturación o por difusión, se pierden muchas prácticas tradicionales”. OMPI. “Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de Propiedad Intelectual...”, *op.cit.*, p. 237. Esa situación de hecho también es destacada por BRAHY que señala que como se propaga la modernización por el mundo entero, los jóvenes parecen incapaces para reconocer el valor de la forma de vida tradicional y que no perciben ninguna forma de retorno económico en participar en las actividades tradicionales. BRAHY, N. *The property regime of biodiversity...*, *op.cit.*

²⁵¹ TOBIN, B. “The role of customary law...”, *op.cit.*, p. 154. En el mismo sentido BRAHY, N. *The property regime of biodiversity...*, *op.cit.*, p. 316 y ss. Sobre la pérdida del lenguaje CORREA advierte que “la crisis que afecta a diversas culturas e idiomas del mundo es, según algunas estimaciones, mucho mayor que la crisis de la biodiversidad. Alrededor del 90% de los más de 6.000 idiomas que actualmente se utilizan y las expresiones culturales de los mismos, pueden extinguirse total o parcialmente en los próximos 100 años”. CORREA, C. M. *Los conocimientos tradicionales...*, *op.cit.*, p. 06. Para profundizar sobre el tema de la pérdida del lenguaje consultar NETTLE, D.; ROMAINE, S. *Vanishing voices: the extinction of de world’s languages*. Oxford, Oxford Press, 2000.

comunidades en todo el mundo. En caso contrario, la muerte de un poseedor de un determinado CT puede resultar en el fin de este conocimiento.

2. Problemas relacionados con la protección de los conocimientos tradicionales

Entre los problemas enfrentados en relación con la protección de los CT podemos analizar los siguientes. Uno de los primeros es la no homogeneidad de las comunidades locales e indígenas, tanto en relación con los tipos de conocimiento cuanto con los intereses de dichas comunidades.

Salvo en los casos donde se presentan CT que se mantienen en reserva y no han salido del ámbito de una determinada comunidad, muchos CTs se comparten entre diferentes comunidades al interior de un pueblo indígena o una nación o incluso entre comunidades o pueblos de diferentes países. Esto implica que muchos de los CTs se encuentran extendidos en términos geográficos y respecto de los mismos haya una multiplicidad de poseedores o titulares.

En realidad, los CTs poseen una dimensión internacional. Esto es especialmente relevante cuando se trata de su protección. Cualquier sistema de protección de los CTs en el país de origen, no es garantía de que los titulares de esos conocimientos van a recibir la misma protección en el extranjero²⁵². Eso también demuestra la necesidad de un sistema de protección internacional – tema que estaremos analizando en el capítulo V.

Otro aspecto es la diferencia entre las comunidades. Las propias comunidades tradicionales reconocen que existen grandes diferencias entre las comunidades locales e indígenas en todo el mundo en cuanto a los tipos de ECTs y de CTs desarrollados en el curso de las generaciones. Además, la diferencia no radica solamente en los tipos de conocimientos producidos, sino también en los intereses distintos a favor de la propiedad de una parte, en oposición a la apertura

²⁵² BRAHY, N. *The property regime of biodiversity...*, *op.cit.*, p. 318.

hacia todos por la otra; las reglas locales acerca de los derechos a utilizar y/o poseer CT, y los deseos discrepantes de, por una parte comercializar, y por otra mantener en secreto dichos CTs. Incluso en una misma comunidad hay diferencias de intereses.

Ante esta situación de hecho, queda claro que la imposibilidad de lograr consenso absoluto entre las comunidades conlleva a reconocer que sea cual fuera el instrumento de protección a utilizar, se van a generar tensiones entre las comunidades locales y comunidades indígenas, en caso de consentimiento de utilización de estos conocimientos por tercera persona ajena a las comunidades tradicionales.

Precisamente, un importante problema que está relacionado directamente con la protección jurídica de los CTs es la utilización comercial por terceros de estos conocimientos. Es evidente el valor que tienen los mismos para la economía moderna. Pero, lamentablemente, muchas de las interacciones entre las comunidades tradicionales y las empresas privadas suelen resultar en acuerdos con incertidumbre legal y con la consecuente pérdida de derechos. La falta de experiencias con los sistemas formales existentes, los limitados recursos económicos, algunos factores culturales, la falta de una voz única y en muchos casos una falta de política nacional clara respecto de la utilización de los CTs dejan a las comunidades tradicionales en clara desventaja a la hora de negociar esos acuerdos.

Cosas aparentemente sencillas como el acceso a oficinas públicas competentes, el acceso a medios electrónicos, la comprensión del idioma oficial, los recursos económicos para acceder a los mecanismos de protección, entre otros, constituyen serias limitaciones a las posibilidades de estas comunidades.

Otro problema, que a nuestro modo de ver es uno de los principales, es la falta de respeto y valoración de los saberes tradicionales considerados en su conjunto con independencia de su valor comercial. Los ojos del sistema jurídico actual se dirigen únicamente a aquellos conocimientos que tienen alguna utilidad económica o algún valor mercantil, actual o potencial. Es decir, hay una falta de respeto y aprecio por parte de la cultura occidental por dichos conocimientos en su totalidad. El enfoque reduccionista de la ciencia suele considerar los CTs que

no tienen valor económico y comercial como conocimientos “inferiores” y sin valor científico. Y, por lo tanto, sin necesidad de protección jurídica.

Igualmente, hay también algunos perjuicios en relación con estos conocimientos, puesto que no siguen los métodos de aprendizaje aceptados, toda vez que son conocimientos basados en la observación empírica a lo largo de muchas generaciones. Esto conlleva que algunas de las referencias del idioma vernáculo a los CTs tienen connotaciones negativas; por ejemplo, referirse a la medicina tradicional como “primitiva” y a quienes la practican como “matasanos” o hasta “curanderos”²⁵³.

Como hemos visto, los problemas a que se enfrentan los titulares de los CTs son muchos, de largo alcance y entrelazados. En vista de ello, queda demostrada la necesidad de desarrollar un sistema de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades tradicionales. Pero no cualquier sistema, sino uno que, más allá de tener en consideración la naturaleza y la especificidad de esos conocimientos, considere también las necesidades y las dificultades de sus poseedores. Así que se considera conveniente que la comunidad internacional adopte un proceso para el desarrollo de la legislación pertinente y la política que se centre no sólo en regular el acceso y ejercicio del control sobre los CTs, sino que también establezca medidas claras orientadas a promover y fortalecer tales sistemas de conocimiento. Por eso, en el capítulo V estamos proponiendo un sistema *sui generis* de protección.

²⁵³ OMPI. “Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de Propiedad Intelectual...”, *op.cit.*, p. 238.

CAPÍTULO II

LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES EN LOS FOROS INTERNACIONALES Y EN ALGUNAS LEGISLACIONES NACIONALES

I. INTRODUCCIÓN

La preocupación por los conocimientos de las comunidades tradicionales no es tan reciente como se imagina. Desde hace mucho tiempo, la antropología, la sociología y la etnobiología, entre otras disciplinas sociales, han estado debatiendo y/o trabajando con grupos de comunidades indígenas y locales analizando una serie de aspectos, manifestaciones e influencias de y sobre los CTs. No obstante, el interés propiamente jurídico sobre los CTs sí es reciente²⁵⁴.

En los últimos años estos conocimientos han alcanzado creciente reconocimiento en la comunidad internacional y han sido tema de importantes debates en diferentes foros internacionales. Muchas propuestas se han hecho con el objetivo de proteger jurídicamente los CTs.

En este capítulo vamos a destacar las principales acciones que se han llevado a cabo en algunos de esos foros sobre la protección de los CTs a nivel

²⁵⁴ Según MOREIRA, los derechos relacionados con la protección de los intereses de las comunidades tradicionales aún están en fase de consolidación. MOREIRA, E. "O direito dos povos tradicionais sobre seus conhecimentos associados à biodiversidade: as distintas dimensões destes direitos e seus cenários de disputa", en BARROS, B. S.; GARCÉS, C. L. L.; MOREIRA, E. C. P.; PINHEIRO, A. S. F. (Orgs.). *Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais*. Belém, Museu Paraense Emílio Goeldi, Centro Universitário do Pará, 2007, pp. 309-332, p. 309.

internacional, centrándonos fundamentalmente en lo dispuesto en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, en las acciones desarrolladas por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, por la Organización Mundial del Comercio, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura; a nivel regional, por la Comunidad Andina de las Naciones y el MERCOSUR. Igualmente se abordarán las experiencias de países como Brasil, Panamá, Venezuela y Perú, que han adoptado leyes que protegen los CTs, en particular, los CTs de naturaleza técnica vinculados con los recursos genéticos; teniendo en cuenta además las discusiones y/o negociaciones que también se han llevado a cabo²⁵⁵.

Debe tenerse presente de todos modos que no nos detendremos mucho en los análisis de las acciones, de los documentos y de las legislaciones desarrollados por cada uno de los organismos y países señalados, dado que ello desbordaría los límites de este trabajo, sino que destacaremos las principales cuestiones abordadas por cada uno de ellos, con carácter general, con relación a la protección de los CTs.

II. APROXIMACIÓN GENERAL AL TRATAMIENTO DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES EN LOS DISTINTOS FOROS INTERNACIONALES

Como hemos adelantado, el debate en torno a la protección de los CTs es relativamente nuevo desde el punto de vista jurídico. En la década de los años 60 la UNESCO empezó a discutir formas de proteger específicamente las expresiones del folclore, íntimamente relacionadas con las manifestaciones

²⁵⁵ Además de estos Foros muchos otros (que no vamos tratar directamente) han incluido en su agenda temas relacionados con la protección de los CTs: Tratado Internacional de Recursos Fitogenéticos para la Agricultura y la Alimentación (TI FAO) – discute la implementación de los Derechos del Agricultor; Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD); Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones indígenas; Foro de las Naciones Unidas sobre Bosques; Organización del Tratado de Cooperación Amazónica (OTCA); Tratado de Libre Comercio EE.UU. - Perú (Carta de Entendimiento).

culturales de las comunidades tradicionales. En 1976 el equipo de medicina tradicional de la Sede Central de la OMS empezó a analizar estrategias sobre la medicina tradicional, de modo que, en 1978, la OMS, en la Declaración de Alma Ata sobre la Atención Primaria de Salud, reconoció por primera vez la importancia de la MT como fuente de atención a la salud²⁵⁶.

La OMPI, también en 1978, conjuntamente con la UNESCO, empieza a tratar sobre el asunto, inicialmente limitándose también a las “expresiones del folclore”. El resultado del debate fue el primer instrumento que trata al respecto de las ECTs llamado “*Disposiciones Tipo para Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folclore contra la Explotación Ilícita y otras Acciones Lesivas*”, más conocido como “Disposiciones Tipo”, de la OMPI/UNESCO de 1982.

Con todo, el debate profundizado en torno a la protección de los CTs empezó en 1988 en el Primer Congreso Internacional de Etnobiología en Belém, Brasil, realizado entre 18 a 24 de julio de 1988. Durante este congreso, comunidades indígenas y locales de diversas partes del mundo se reunieron con científicos y ambientalistas para discutir estrategias comunes ante la rápida disminución de la diversidad cultural biológica en el planeta. Las principales preocupaciones destacadas fueron las formas únicas en que las comunidades tradicionales perciben, usan y administran sus recursos naturales, y cómo desarrollar programas que garanticen la preservación y el fortalecimiento de esas comunidades y sus conocimientos. Como fruto del congreso se elaboró una carta llamada “Declaración de Belém”²⁵⁷, donde los etnobiólogos reconocen la obligación de “*desarrollar procedimientos para compensar a los pueblos nativos por la utilización de sus conocimientos y recursos biológicos*”²⁵⁸. A continuación,

²⁵⁶ “VII. La atención primaria de salud: (...) 7. Se basa, tanto en el plano local como en el de referencia y consulta de casos, en personal de salud, con inclusión según proceda, de médicos, enfermeras, parteras, auxiliares y trabajadores de la comunidad, así como de personas que practican la **medicina tradicional**, en la medida que se necesiten, con el adiestramiento debido en lo social y en lo técnico, para trabajar como un equipo de salud y atender las necesidades de salud expresadas de la comunidad” (negritas nuestras). **OMS**. Declaración de Alma-Ata..., *op.cit.*

²⁵⁷ El texto completo de la declaración puede ser encontrada en POSEY, D. A.; DUTFIELD, G. *Más allá de la Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, pp. 02-03; AMAROSO, M. C. de M.; MING, L. C.; SILVA, S. P. da. *Métodos de coleta e análise de dados em etnobiologia, etnoecologia e disciplinas correlatas*. Rio Claro, São Paulo, Sociedade Brasileira de Etnobiologia e Etnoecologia, 2002, pp. 85-86.

²⁵⁸ POSEY, D. A.; DUTFIELD, G. *Más allá de la Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 02.

en el año 1989, el concepto de “*derechos del agricultor*”²⁵⁹ fue introducido en el Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos de la FAO.

Si a partir de la década de los años 80 del siglo pasado se empezó, con mayor intensidad, el debate sobre la necesidad de conservación de la biodiversidad, de una efectiva protección jurídica de los recursos genéticos y, por consiguiente, de los CTs, fue a partir de la década de los años 90 cuando surgen algunos instrumentos, nacionales e internacionales, que buscan asegurar dicha protección.

Como consecuencia de los debates y de la necesidad de desarrollar instrumentos para la protección de los CTs, la OMPI constituye las misiones exploratorias realizadas entre 1998 y 1999, en 28 países, con más de 3.000 representantes de comunidades tradicionales, con el objetivo de determinar las necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual con relación a los CTs, que será abordado con posterioridad, pero de las que ya hemos dado alguna cuenta en el capítulo precedente.

El año 2000, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) también implantó un plan de acción en el que se discute la importancia de estudiar formas de proteger las informaciones, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales, y de reforzar la cooperación en la investigación y el desarrollo de tecnologías para la conservación y el uso sostenible de los recursos biológicos²⁶⁰.

Avanzando un poco más, a finales de 2000 e inicio de 2001, fue creado en el seno de la OMPI el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. Bajo la orientación

²⁵⁹ El derecho de los agricultores, reconocido en forma unánime por distintos países a través de la Conferencia de la FAO, es entendido como “*el derecho de los agricultores, las comunidades nativas y locales que encarnan sistemas de vida tradicionales, especialmente en centros de origen/diversidad, de recibir una compensación y de participar en medida justa y equitativa de los beneficios que se deriven de la utilización de esos conocimientos, experiencia, innovaciones/mejoras, y prácticas para la conservación y utilización sostenible de los recursos fitogenéticos*”. ZEMÁN, C. R. “El Derecho del Agricultor frente a la protección intelectual de las innovaciones biotecnológicas”, en *VII Congreso Argentino de Derecho Agrario*, Universidad Nacional del Sur, 7, 8 y 9 de octubre de 2004.

²⁶⁰ **ONU**. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. “Informe sobre la reunión de expertos en sistemas y experiencias nacionales de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, celebrada en el Palacio de las Naciones, Ginebra, del 30 de octubre al 1 de noviembre de 2000”, Ginebra, 07 de diciembre de 2000. Disponible en <<http://www.unctad.org/sp/docs/c1em13d3.sp.pdf>>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

de este Comité se han realizado varios estudios que constituyen la base de los debates internacionales en materia normativa, y se ha prestado asistencia para la elaboración de instrumentos prácticos.²⁶¹

La OMC, de su lado, en su Cuarta Conferencia Ministerial, celebrada en Doha, en noviembre de 2001, aprobó la Declaración de Doha donde se encomienda al Consejo de los ADPIC que examine, entre otras cosas, la relación entre el Acuerdo de los ADPIC y la protección de los CTs y las ECTs²⁶².

Ahora bien, el marco legislativo relacionado con la protección de los CTs, tratándose de piezas legislativas internacionales, es el Convenio sobre la Biodiversidad Biológica, de 1992²⁶³, y, en el ámbito regional de América Latina, la Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena sobre el Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos, de 1996²⁶⁴, más allá de algunas iniciativas nacionales²⁶⁵.

²⁶¹ **OMPI.** "Propiedad Intelectual y conocimientos tradicionales...", *op.cit.*, pp. 14-15.

²⁶² Art. 19. "Encomendamos al Consejo de los ADPIC que, al llevar adelante su programa de trabajo, incluso en el marco del examen previsto en el párrafo 3 b) del artículo 27, del examen de la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC previsto en el párrafo 1 del artículo 71 y de la labor prevista en cumplimiento del párrafo 12 de la presente Declaración, examine, entre otras cosas, la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore, y otros nuevos acontecimientos pertinentes señalados por los Miembros de conformidad con el párrafo 1 del artículo 71. Al realizar esta labor, el Consejo de los ADPIC se regirá por los objetivos y principios enunciados en los artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC y tendrá plenamente en cuenta la dimensión de desarrollo".

²⁶³ En la Cumbre para la Tierra celebrada en 1992 en Río de Janeiro, los líderes mundiales se pusieron de acuerdo en una estrategia exhaustiva de "desarrollo sostenible" que atienda a las necesidades de las personas y al mismo tiempo permita legar a las generaciones futuras un mundo sano y viable. Uno de los acuerdos fundamentales aprobado en Río fue el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Este pacto entre la gran mayoría de los gobiernos mundiales establece el compromiso de mantener el sustento ecológico mundial a medida que avancen en el desarrollo económico. Más adelante analizaremos los principales puntos del CDB en relación con los CTs. El texto del Convenio está disponible en: <<http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>>. Consultada el 04 de marzo de 2011.

²⁶⁴ **CAN.** "Decisión 391. Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos". Sexagesimooctavo período ordinario de sesiones de la Comisión, 02 de julio de 1996, Caracas, Venezuela. Disponible en <<http://www.sice.oas.org/trade/junac/Decisiones/Dec391s.asp>>. Consultada el 28 de marzo de 2011.

²⁶⁵ Ley de Panamá n.º. 20, del 26 de junio de 2000..., *op.cit.*; Ley de Panamá n.º. 15, de 8 de agosto de 1994, sobre derecho de autor y derechos conexos y se dictan otras disposiciones, publicada en la Gaceta Oficial n.º. 22.598, el 10 de agosto de 1994. Disponible en <<http://www.cerlalc.org/documentos/panama.htm>>. Consultada el 04 de abril de 2011; Ley paraguaya n.º. 1.328, de 20 de agosto de 1998..., *op.cit.*; Decreto brasileño n.º. 4.339, de 22 de agosto de 2002, que instituye principios y directrices para la implementación de la política nacional de la biodiversidad, publicado en el Diario Oficial de la Unión el 23 de agosto de 2002. Disponible en

Esos dos instrumentos, que destacan la importancia de la protección debida a los recursos genéticos, dejan claro que cualquier iniciativa de desarrollo legislativo y análisis de la materia, debe reconocer también los derechos a la protección jurídica de los CTs sobre los recursos genéticos a favor de las comunidades tradicionales que los han desarrollado, conservado y transmitido.

Especialmente a partir de la firma del CDB decenas de otras instituciones, sociedades profesionales y organizaciones gubernamentales y no gubernamentales han seguido este ejemplo y han profundizado el debate en torno a la necesidad de promover, preservar y proteger los CTs.

Todas estas iniciativas demuestran que muchas propuestas se han hecho en estos y en otros Foros con el objetivo de establecer técnicas jurídicas en el ámbito internacional que protejan efectivamente los CTs, en atención a la creciente importancia de esos conocimientos a nivel mundial. Sin embargo, la falta de visión compartida sobre los objetivos que han de ser alcanzados así como las técnicas que deben ser desarrolladas para alcanzar esta protección han llevado al fracaso a muchas de esas iniciativas.

Más allá de las discusiones en estos foros, analistas políticos, economistas y juristas empiezan a discutir el tema a partir de las diferencias y desequilibrios existentes entre los países del norte y los países del sur²⁶⁶. Los primeros, industrializados, avanzados en tecnologías, promotores de propiedad industrial pero pobres en biodiversidad y diversidad cultural; los segundos subdesarrollados, con limitaciones tecnológicas, pero con una gran riqueza biológica y cultural y generalmente proveedores de materiales biológicos²⁶⁷. La gran preocupación con la preservación de la biodiversidad y de sus recursos genéticos hace que el debate se efectúe en torno especialmente a los CTs

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4339.htm>. Consultada el 29 de marzo de 2011; Ley Provisional brasileña n.º. 2.186-16, 23 de agosto de 2001..., *op.cit.*; Ley peruana n.º. 27.811, de 24 de julio de 2002, que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos, promulgada el 8 de agosto de 2002. Disponible en <http://www.wipo.int/clea/es/text_pdf.jsp?lang=ES&id=3420>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

²⁶⁶ A menudo los países en desarrollo son llamados países del sur y los países desarrollados son llamados países del norte. Para GHOSH, “*el debate sobre los conocimientos tradicionales entre el sur y el norte se produce en el contexto de un choque de culturas entre el desarrollo y el mundo desarrollado, entre las diferentes estructuras sociales en el Sur y en el Norte (así como dentro de las estructuras de las dos regiones)*”. GHOSH, S. “Globalization...”, *op.cit.*, p. 02.

²⁶⁷ RUIZ MULLER, M. *La protección jurídica de los conocimientos tradicionales...*, *op.cit.*, p. 51.

relacionados con los recursos genéticos que, como hemos afirmado previamente, suelen ser llamados conocimientos tradicionales de naturaleza técnica o asociados.

Hasta aquí hemos hecho una aproximación general del tratamiento de la protección de los CTs en algunos foros internacionales, a continuación, abordaremos algunas de las principales acciones desarrolladas por los organismos y países previamente señalados.

III. LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA, Y LA CULTURA (UNESCO)

1. Consideraciones previas

Como ya hemos señalado, uno de los primeros foros en que se empieza el debate en torno a la necesidad de protección jurídica de los CTs fue la UNESCO²⁶⁸. Durante la década de los años sesenta se empezó a discutir la forma de proteger legalmente las *expresiones del folklore*, “*íntimamente ligadas a manifestaciones culturales de los pueblos y comunidades indígenas y locales y, ciertamente, resultado de importantes esfuerzos intelectuales en el campo del arte (pintura, canto, baile), diseños tradicionales, textiles y artesanía, principalmente*”²⁶⁹.

²⁶⁸ Una observación importante está en relación con el hecho de que las Convenciones internacionales de la UNESCO están sujetas a la aceptación o a la ratificación por parte de sus miembros. En las Convenciones se definen las reglas que los Estados se comprometen a cumplir. Es decir, las Convenciones son instrumentos vinculantes a los Estados miembros una vez ratificadas. Información disponible en http://portal.unesco.org/fr/ev.php-RL_ID=23772&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html. Consultada el 30 de mayo de 2011.

²⁶⁹ RUIZ MULLER, M. *La protección jurídica de los conocimientos tradicionales...*, *op.cit.*, p. 49. Muchas de las acciones desarrolladas por la UNESCO pueden ser vistas en ZANIRATO, S. H.; RIBEIRO, W. C. “Conhecimento tradicional e Propriedade Intelectual nas organizações multilaterais”, en *Ambiente & Sociedade*, vol. X, nº 1, jan.-jun., Campinas, pp. 39-55, 2007.

Como consecuencia del debate, en concreto, en abril de 1972 entró en vigor la Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedades ilícitas de bienes culturales²⁷⁰, adoptada en París, el 14 de noviembre de 1970, que facilitó la recuperación de algunas obras indígenas robadas o adquiridas de forma ilícita²⁷¹.

No obstante, el principal documento de la UNESCO con relación a la protección de las ECTs fue las Disposiciones Tipo, que abordaremos a continuación.

2. Las Disposiciones Tipo OMPI/UNESCO

El proceso de debate, orientado a proteger las ECTs, culminó, en 1982, en las Disposiciones Tipo para Leyes Nacionales sobre Protección de las Expresiones de Folklore contra su Explotación Ilícita y otras Acciones Perjudiciales²⁷², desarrolladas por la UNESCO y la OMPI, que ha ampliado el concepto de lo que se entiende por expresiones culturales tradicionales, al que hicimos referencia en el capítulo primero cuando tratábamos la conceptualización de las ECTs.

Uno de los puntos abordados por las Disposiciones Tipo es la cuestión de la titularidad. Las Disposiciones que intentan proteger las “expresiones del folclore” en cuanto a su utilización con fines lucrativos, fuera del contexto tradicional, sin la debida autorización de las comunidades que las han creado y desarrollado, establece que el titular de los derechos a las ECTs es o bien una

²⁷⁰ ONU. “Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales”, adoptada en París el 14 de noviembre de 1970, y que entró en vigor el 24 de abril de 1972. Disponible en <http://www.cinu.org.mx/eventos/cultura2002/doctos/conv_vs_imptraf.htm>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

²⁷¹ Algunos ejemplos de obras recuperadas facilitada por la Convención son citados por TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO; entre ellas consta “*la devolución de unos q’epis de los aymaras de Corona (Bolivia) que habían sido robados a finales de la década de los 70 y, años más tarde se pusieron a la venta en San Francisco – EE.UU.*”. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S. “Los pueblos indígenas en el orden internacional...”, *op.cit.*, p. 140 y ss.

²⁷² Las Disposiciones Tipos no son vinculantes a los Estados miembros.

autoridad competente o la comunidad en cuestión, de acuerdo con la elección de cada país.

En consecuencia de lo anterior, la autorización para el uso comercial de las ECTs deberá ser concedida por la autoridad competente establecida por el Estado o por la comunidad en cuestión, esto significa que no hay necesidad de un autor o autores identificables. O sea, la Disposición no concede autoridad a las comunidades tradicionales para que se pronuncien sobre la utilización de sus expresiones, esto va depender de la buena voluntad de cada Estado. En otras palabras, las Disposiciones no tratan de la cuestión de la titularidad de las ECTs bajo la justificación de que ésta se puede reglamentar de diferentes maneras en cada país. Lo cual deja una laguna en las Disposiciones, puesto que la titularidad, no sólo de las ECTs sino también de los demás tipos de CTs, es un elemento imprescindible para analizar su protección, en especial tratándose de protección por medio del sistema de propiedad intelectual en vigor.

En cuanto a la extensión de los derechos, el objetivo era ir más allá de los derechos de autor corrientes y proteger tanto obras fijadas como las expresiones intangibles y, por ello, como la propia OMPI reconoce, "*las disposiciones, más que formar parte del derecho de autor, son sui generis*"²⁷³. De hecho, si comparamos estos dos modelos de protección (Derecho de Autor y Disposiciones Tipo), las Disposiciones presentan algunas ventajas: primero, protegen obras de las ECTs fijadas o no en un soporte tangible, lo que es pocas veces encontrado en las leyes nacionales de derecho de autor, que sólo contemplan las ECTs que están fijadas en un soporte tangible. Segundo, el período de protección es indefinido. Tercero, reconoce la necesidad de equilibrar la protección de las ECTs contra los abusos con la libertad y el fomento de su desarrollo y su divulgación.

Las Disposiciones establecen también cuatro tipos de actos que son perjudiciales y que pueden estar sujetos a sanciones, inclusive sanciones penales, de acuerdo con lo dispuesto en las leyes nacionales: a) no indicar el origen étnico o geográfico de una expresión tradicional en publicaciones impresas u otras comunicaciones al público; b) utilizar sin autorización una ECT en los casos en que se requiere dicha autorización; c) engañar deliberadamente al público respecto al origen étnico de una obra; y, d) hacer cualquier tipo de uso

²⁷³ OMPI. "Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de Propiedad Intelectual...", *op.cit.*, p. 43.

público que desvirtúe la obra en una manera “*perjudicial para los intereses culturales de la comunidad de que se trata*”.

Pese a la observación con relación al hecho de que las Disposiciones no garantizan a las comunidades tradiciones autonomía para decidir sobre el acceso a sus expresiones culturales y aunque ningún país ha adoptado completamente las Disposiciones, éstas han tenido una importante influencia en los redactores de varias leyes nacionales y recomendaciones internacionales.

También es importante subrayar, como es fácilmente perceptible, en esta primera etapa no había un interés explícito por los CTs en su concepción amplia. El centro del debate eran las expresiones artísticas y culturales, especialmente las expresiones oriundas de las comunidades indígenas.

Tras las Disposiciones Tipo, la UNESCO ha publicado algunas convenciones, entre ellas, por su relación con este trabajo, vamos a analizar la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, y la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, que ha extendido su preocupación a la protección y salvaguardia a los demás tipos de CTs.

3. La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial

La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial²⁷⁴ es el resultado de la 32ª reunión de la UNESCO, celebrada en París, del veintinueve de septiembre al diecisiete de octubre de 2003.

El Preámbulo de la Convención menciona, entre otros motivos que justifican su creación, que “*las comunidades, en especial las indígenas, los grupos y en algunos casos los individuos desempeñan un importante papel en la producción, la salvaguardia, el mantenimiento y la recreación del patrimonio*”.

²⁷⁴ UNESCO. “Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial”, París, 17 de octubre de 2003. Disponible en <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540s.pdf>>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

cultural inmaterial, contribuyendo con ello a enriquecer la diversidad cultural y la creatividad humana”.

El reconocimiento anterior hace que el concepto de patrimonio inmaterial sea extendido. Así que en la Convención el “patrimonio cultural inmaterial” es definido como *“los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas - junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes - que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural...”* (art. 2.1).

Del contenido de la Convención conviene destacar también la creación del Comité Intergubernamental para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (art. 5), que contará con representantes de 18 Estados parte. Entre las funciones del Comité está: *“brindar asesoramiento sobre prácticas ejemplares y formular recomendaciones sobre medidas encaminadas a salvaguardar el patrimonio cultural inmaterial”* (art. 7, apartados b y c); y, *“preparar y someter a la aprobación de la Asamblea General un proyecto de utilización de los recursos del Fondo”* (art. 7, apartado c). Además del Comité, la Convención crea el Fondo del Patrimonio Cultural Inmaterial (art. 25) y señala medidas que pueden ser desarrolladas para salvaguardar el patrimonio cultural inmaterial, a nivel nacional e internacional (art. 11 al 18).

Como medidas para salvaguardar el patrimonio inmaterial, la Convención propone la definición, identificación, documentación, investigación, preservación, protección, promoción, valoración, transmisión a través de la enseñanza formal e informal y revitalización del patrimonio inmaterial en sus diversos aspectos.

Lo más importante aún es, según la UNESCO, que la Convención no pretende solamente salvaguardar productos determinados, sino proteger o recuperar las condiciones sociales, medioambientales y de otro tipo, para garantizar el desarrollo y la transmisión permanente de esos conocimientos.

4. La Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales

La Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales²⁷⁵ fue resultado de la 33ª reunión de la UNESCO, realizada en París, de 3 al 21 de octubre de 2005. En cuanto a esta Convención es importante destacar que, pese a su título, no sólo aborda la protección de las ECTs, sino a los demás CTs; esto es, hace referencia a los CTs en sentido amplio²⁷⁶.

En la Convención se hacen algunas afirmaciones muy interesantes. Primero, se afirma que la diversidad cultural es una característica esencial de la humanidad y que constituye en sí en un patrimonio que debe ser valorado y preservado. Segundo, incorpora la cultura como elemento estratégico de las políticas de desarrollo nacional e internacional. Y, tercero, la Convención afirma la importancia de los CTs como fuente de riqueza material e inmaterial, que son esenciales al desarrollo sostenible, y que no deben ser valorados solamente por su valor comercial.

Por lo anterior, entre los objetivos establecidos en el art. 1 destacamos los siguientes: "*a) proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales*"; "*e) promover el respeto de la diversidad de las expresiones culturales y hacer cobrar conciencia de su valor en el plano local, nacional e internacional*"; y, "*g) reconocer la índole específica de las actividades y los bienes y servicios culturales en su calidad de portadores de identidad, valores y significado*".

²⁷⁵ UNESCO. "Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales", París, 20 de octubre de 2005. Disponible en <http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31038&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

²⁷⁶ La referencia a los CTs y las ECTs es hecha de la siguiente forma: "...Reconociendo la importancia de los conocimientos tradicionales como fuente de riqueza inmaterial y material, en particular los sistemas de conocimiento de los pueblos autóctonos y su contribución positiva al desarrollo sostenible, así como la necesidad de garantizar su protección y promoción de manera adecuada, (...) Reconociendo que la diversidad de expresiones culturales, comprendidas las expresiones culturales tradicionales, es un factor importante que permite a los pueblos y las personas expresar y compartir con otros sus ideas y valores, (...) Teniendo en cuenta la importancia de la vitalidad de las culturas para todos, especialmente en el caso de las personas pertenecientes a minorías y de los pueblos autóctonos, tal y como se manifiesta en su libertad de crear, difundir y distribuir sus expresiones culturales tradicionales, así como su derecho a tener acceso a ellas a fin de aprovecharlas para su propio desarrollo...".

En lo que concierne a la protección, el art. 4 dispone que “proteger” significa adoptar medidas encaminadas a la protección, a la promoción y al enriquecimiento de las diversas ECTs. Cabe agregar que la Secretaría de la UNESCO ha elaborado el concepto de “promoción” afirmando que “la promoción” no se limita a los museos, sino que trata de garantizar la regeneración constante de las expresiones culturales. Es decir, esas culturas deben ser generadas en vez de ser “confinadas en un museo”²⁷⁷.

La Convención está regida aún por ocho principios rectores, entre ellos destacamos el 3, el 5 y el 6. El principio n°. 3 está señalado como el “*Principio de igual dignidad y respeto de todas las culturas*”, donde se establece que “*la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales presuponen el reconocimiento de la igual dignidad de todas las culturas y el respeto de ellas, comprendidas las culturas de las personas pertenecientes a minorías y las de los pueblos autóctonos*”. De acuerdo con este principio, proteger los CTs significa no sólo resguardar los derechos de las comunidades tradicionales ante terceros, sino también reconocer que los CTs tienen tanto valor como las expresiones culturales occidentales. Es decir, la Convención intenta garantizar la dignidad de la creación de las comunidades locales e indígenas.

El principio n°. 5, “*Principio de complementariedad de los aspectos económicos y culturales del desarrollo*”, significa que se debe considerar que “*la cultura es uno de los principales motores del desarrollo, los aspectos culturales de éste son tan importantes como sus aspectos económicos, respecto de los cuales los individuos y los pueblos tienen el derecho fundamental de participación y disfrute*”.

Y el principio n°. 6 enmarca el “*Principio de desarrollo sostenible*”. Dado que la diversidad cultural es una gran riqueza para las personas y las sociedades, “*la protección, la promoción y el mantenimiento de la diversidad cultural son una condición esencial para un desarrollo sostenible en beneficio de las generaciones actuales y futuras*”.

De forma general, la Convención busca sensibilizar a las partes para que establezcan medidas para proteger (art. 8) y promover (art. 7) las expresiones culturales, a nivel nacional (art. 6), facilitando el intercambio y la transparencia en

²⁷⁷ WAGER, H. “Biodiversity, traditional knowledge and folklore: work on related IP matters in the WTO”, 3 *Intercultural Hum. Rts. L. Rev.* 215, 2008, p. 05.

las informaciones (art. 9), en cooperación con otros países (art. 12), de forma armónica con otros tratados internacionales (art. 20).

Por estas y otras iniciativas, la UNESCO, desde la perspectiva del patrimonio cultural en sus acepciones material e inmaterial, ha desarrollado importantes instrumentos normativos que apuntan algunas estrategias de protección para los conocimientos, innovaciones y prácticas de las diversas comunidades tradicionales.

IV. EL CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA

1. Planteamiento general

La preocupación por el medio ambiente y por la protección internacional de los recursos naturales empezó en 1972²⁷⁸. A partir de ahí se han elaborado innumerables convenciones regionales e internacionales sobre el tema. A pesar de estas iniciativas, como ya decimos, el gran marco del debate sobre el tema fue el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), uno de los principales resultados de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo – conocida también como Cumbre de la Tierra, realizada en el Rio de Janeiro, Brasil, en junio de 1992 – que intentó mostrar la necesidad y la importancia de crear una serie de compromisos entre países sobre cuestiones relativas al medio ambiente²⁷⁹.

²⁷⁸ En 1972 tuvo lugar en Estocolmo la primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano. A partir de esta Conferencia muchos países han revisado sus políticas y legislaciones sobre la protección del medio ambiente. Tras la Conferencia, varias convenciones han sido firmadas sobre el tema, por ejemplo: la Conferencia de Nueva York que elaboró la Carta Mundial de la Naturaleza, en 1982, y la Convención de Viena sobre la Protección de la Capa de Ozono, en 1985.

²⁷⁹ Sobre los aspectos generales del Convenio sobre la Diversidad Biológica ver ANTUNES, P. B. *Diversidade biológica...*, *op.cit.*, p. 13 y ss.; LONGACRE, E. "Advancing science while protecting developing countries...", *op.cit.*, p. 07; ROBINSON, D. "Sui generis systems for plant variety protection and traditional knowledge in Asia", in MELÉNDEZ-ORTIZ, R.; ROFFE, P. (Edit.).

El CDB ha cambiado definitivamente algunos paradigmas. Más allá de la preocupación por la protección y calidad del medio ambiente, se ha centrado el debate en la condición jurídica de los recursos genéticos. De “patrimonio común de la humanidad” se ha pasado a reconocer la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales. En consecuencia, los Estados disponen hoy de la facultad de regular cómo y bajo qué condiciones se accede a sus recursos genéticos²⁸⁰.

El Convenio establece tres objetivos principales: conservar la diversidad biológica; usar sosteniblemente sus componentes; y, distribuir justa y equitativamente los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos²⁸¹. Esto demuestra que los signatarios acordaron que el acceso a los recursos biológicos debe hacerse siempre de modo sostenible, para su conservación, y con formas justas y equitativas en el reparto de los beneficios derivados de la utilización de los mismos.

Hoy, no hay duda, que el CDB, que cuenta con 191 países parte²⁸², es uno de los más importantes instrumentos internacionales relacionados con el medio ambiente y funciona como un paraguas legal y político para diversas convenciones y acuerdos ambientales específicos²⁸³. De hecho, es el principal

Intellectual Property and sustainable development. Development agendas in a changing world. Northampton, 2009, p. 239; MOREIRA, E. “O direito dos povos tradicionais sobre seus conhecimentos...”, *op.cit.*, p. 310 y ss.

²⁸⁰ Para profundizar el debate acerca de la soberanía del Estado sobre sus recursos genéticos consultar DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, *op.cit.*, pp. 03-13.

²⁸¹ LONGACRE, E. “Advancing science while protecting developing countries...”, *op.cit.*, p. 07; WAGER, H. “Biodiversity, traditional knowledge and folklore...”, *op.cit.*, p. 02; CASTELLI, P. G. “Governança internacional do acesso aos recursos genéticos e dos saberes tradicionais: para onde estamos caminhando?”, en BARROS, B. S.; GARCÉS, C. L. L.; MOREIRA, E. C. P.; PINHEIRO, A. S. F. (Orgs.). *Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais*. Belém, Museu Paraense Emílio Goeldi, Centro Universitário do Pará, 2007, pp. 43-70, p. 60; KOSZUOSKI, A. *Conhecimentos tradicionais...*, *op.cit.*, pp. 67-68; MOREIRA, E. “O direito dos povos tradicionais sobre seus conhecimentos...”, *op.cit.*, p. 313. Para TOBIN, el tercer objetivo está inextricablemente relacionado a la cuestión de la protección de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. TOBIN, B. “The role of customary law...”, *op.cit.*, p. 130.

²⁸² Pese tener 191 países como parte, el Convenio cuenta solamente con 168 ratificaciones. Información disponible en <<https://www.cbd.int/information/parties.shtml>>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

²⁸³ El CDB ha orientado diversos convenios y tratados: el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, que establece las reglas para el movimiento transfronterizo de organismos genéticamente modificados (OGMs), en vigor desde el 11 de septiembre del 2003; el Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, adoptado en noviembre de 2001, que establece, en el ámbito de la FAO (Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación), las reglas para el acceso a los recursos genéticos vegetales

foro mundial en la definición del marco legal y político para temas y cuestiones relacionadas con la biodiversidad²⁸⁴.

2. El tratamiento dispensado a los conocimientos tradicionales en el Convenio sobre la Diversidad Biológica

Intrínsecamente relacionado con la necesidad de conservar la diversidad biológica y regular el acceso a los recursos genéticos, el CDB reconoce el importante papel que las comunidades tradicionales desempeñan en la conservación de los recursos naturales. Probablemente uno de los mayores avances del CDB esté justamente en valorar el papel central de las comunidades tradicionales en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica²⁸⁵.

La referencia explícita a las comunidades tradicionales en el CDB aparece en el art. 8 (j)²⁸⁶. El artículo obliga a los Estados parte, con sujeción a la

y para la repartición de beneficios; Las Directrices de Bonn, adoptadas en 2002, que orientan el establecimiento de las legislaciones nacionales para regular el acceso a los recursos genéticos y la repartición de los beneficios resultantes de la utilización de esos recursos (combate a la biopiratería); los Principios y Directrices de Addis Abeba para la Utilización Sostenible de la Diversidad Biológica, adoptada en 2004; entre otros.

²⁸⁴ KRUMENACHER, T. J. "Protection for indigenous peoples and their traditional knowledge...", *op.cit.*, p. 06; ROBINSON, D. "*Sui generis* systems for plant variety protection...", *op.cit.*, p. 239.

²⁸⁵ ZAMUDIO, T. "Conocimiento tradicional en el ámbito internacional", en BARROS, B. S.; GARCÉS, C. L. L.; MOREIRA, E. C. P.; PINHEIRO, A. S. F. (Orgs.). *Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais*. Belém, Museu Paraense Emílio Goeldi, Centro Universitário do Pará, 2007, pp. 09-22, p. 10; CASTELLI, P. G. "Governança internacional do acesso aos recursos genéticos...", *op.cit.*, p. 61; KOSZUOSKI, A. *Conhecimentos tradicionais...*, *op.cit.*, p. 68; ROBINSON, D. "*Sui generis* systems for plant variety protection...", *op.cit.*, p. 240; TOBIN, B. "The role of customary law...", *op.cit.*, p. 128. Para COOMBE el CDB representa la razón por la que las comunidades indígenas y locales deben ser compensadas, no sólo sobre la base de los conceptos de justicia y equidad, sino también porque sus conocimientos y técnicas son fundamentales para preservar la diversidad biológica y el desarrollo sostenible. COOMBE, R. J. "Intellectual Property, Human Rights and sovereignty: new dilemmas in international law posed by the recognition of indigenous knowledge and the conservation of biodiversity", *6 Ind. J. Global Legal Stud.* 59, 89, 1998, p. 90.

²⁸⁶ Art. 8. "Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: (...) (j) Con arreglo a su legislación nacional, respetará, reservará 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

legislación nacional, a: a) respetar, preservar y mantener los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades que entrañen estilos de vida tradicionales pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica; b) promover su amplia utilización con la aprobación y la participación de los titulares de esos conocimientos, innovaciones y prácticas; y, c) fomentar la distribución equitativa de los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas.

Este artículo más allá de reconocer la importancia social, cultural, ecológica y ambiental de los CTs, establece que los mismos deben ser promovidos, desarrollados y mantenidos por los Estados parte que, por su vez, deben promover el reparto de los beneficios derivados de la utilización de tales conocimientos, innovaciones y prácticas, con el consentimiento fundamentado previo de las comunidades tradicionales²⁸⁷.

Con esta orientación debe enmarcarse que el objetivo del CDB con relación a los CTs no es sólo evitar el acceso y el uso no autorizado de los mismos, sino también promover su uso más amplio con el consentimiento de las comunidades que los han creado y desarrollado; promover la distribución equitativa de beneficios derivados de su uso; proteger y fomentar la utilización consuetudinaria de los recursos; y, fomentar y desarrollar las tecnologías tradicionales²⁸⁸.

Pese el avance conseguido en relación con el reconocimiento de la importancia de los CTs y, como consecuencia, la necesidad de promover su protección, algunos autores hacen algunas observaciones en relación al artículo en cuestión. La preocupación fundamental es la necesidad de establecer marcos

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

²⁸⁷ Para AMIOTT el art. 8 (j) contiene tres objetivos esenciales relacionados con los CTs: “1) respetar, preservar y mantener los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales; 2) promover y fomentar la aplicación y el aumento de uso de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales con la aprobación y la participación de las comunidades indígenas y locales, y; 3) garantizar que los beneficios derivados de la utilización de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales sean compartidos con las comunidades correspondientes”. AMIOTT, J. “Investigating the Convention on Biological Diversity's...”, *op.cit.*, p. 09. En el mismo sentido KRUMENACHER, T. J. “Protection for indigenous peoples and their traditional knowledge...”, *op.cit.*, p. 06; TUSTIN, J. “Traditional knowledge...”, *op.cit.*, p. 06; LONGACRE, E. “Advancing science while protecting developing countries...”, *op.cit.*, pp. 07-08; SILVA, L. M.; CARDOSO, W. C.; MOREIRA, E. C. P.; SOARES, G. A. “Incentivo à proteção dos conhecimentos tradicionais...”, *op.cit.*, p. 213 y ss.

²⁸⁸ TOBIN, B. “The role of customary law...”, *op.cit.*, p. 153.

claros y legalmente vinculantes que apoyen, refuercen y prioricen la protección del CT y la conservación de la biodiversidad. Adicionalmente, resulta crítico tratar y resolver asuntos relacionados con la falta de reconocimiento de los derechos y responsabilidades inherentes sobre las tierras, territorios y recursos y su articulación con la conservación del CT.

De forma resumida, diferentes autores advierten que el Convenio no va lo suficientemente lejos en un sistema eficiente para recompensar satisfactoriamente las comunidades tradicionales por la utilización de sus conocimientos, innovaciones y prácticas, por parte de un tercero²⁸⁹; en términos de alcance de protección, el Convenio sólo cubre los CTs relacionados con la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica²⁹⁰; y, por último, pero no menos importante, el artículo utiliza un lenguaje vago, no toma plenamente en detalle todos los requisitos necesarios para la utilización de los CTs, dado que las disposiciones están precedidas por términos como “*sujeto a la legislación nacional*” y “*en la medida de lo posible y según su caso*”.

Por ello, las obligaciones jurídicas específicas de los gobiernos son difíciles de discernir y son probablemente muy limitadas²⁹¹. Además, no hay una sanción obligatoria para aquellos que no lo hacen, lo que hay es una persuasión moral para que esos preceptos sean aplicados²⁹².

Puede advertirse entonces que los artículos del CDB son disposiciones programáticas que requieren, por lo tanto, que los Estados miembros hagan operativas estas normas mediante las leyes nacionales. Lo que deja un amplio margen a los Estados para definir su contenido²⁹³.

²⁸⁹ JACOBY, C. D.; WEISS, C. “Recognizing Property Rights...”, *op.cit.*, p. 07.

²⁹⁰ TOBIN, B. “The role of customary law...”, *op.cit.*, p. 153.

²⁹¹ DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 38; ZAMUDIO, T. “Conocimiento tradicional...”, *op.cit.*, p. 12.

²⁹² LONGACRE, E. “Advancing science while protecting developing countries...”, *op.cit.*, p. 08.

²⁹³ COOMBE, R. J. “Intellectual Property...”, *op.cit.*, p. 99.

3. El Grupo de Trabajo sobre el artículo 8j del CDB

Como parte del proceso de implementación del CDB, el documento mismo contempló la creación de la Conferencia de las Partes, órgano formado por representantes de los Estados parte del Convenio, con el objetivo de, más allá de analizar el desarrollo en la aplicación del Convenio, establecer programas de trabajo específicos con vista al alcance de los objetivos propuestos en el CDB²⁹⁴.

Así que durante la Cuarta Conferencia de las Partes (COP-4), realizada en Bratislava (Eslovaquia) en 1998, se estableció el Grupo de Trabajo *Ad Hoc* de Composición Abierta sobre el art. 8 (j)²⁹⁵, con el objetivo prioritario de elaborar elementos *sui generis* para la protección de los CTs²⁹⁶.

El Grupo de Trabajo se reunió por primera vez en marzo de 2000, en Sevilla, España, y tuvo la participación muy activa de representantes de pueblos indígenas de diversos lugares del mundo, además de representantes de comunidades académicas, del gobierno, y de organizaciones no-gubernamentales.

En la oportunidad se discutieron los siguientes temas: 1) la aplicación y el desarrollo de formas legales, y otras apropiadas, de protección al CT; y, 2) el desarrollo de un programa de trabajo sobre el art. 8 (j) y cláusulas relacionadas²⁹⁷.

²⁹⁴ Arts. 23 y 24.

²⁹⁵ El Grupo de Trabajo sobre el Artículo 8 (j) y Disposiciones Conexas (WG-8j): “*Proporciona asesoría sobre la aplicación y la formulación de modalidades jurídicas y de otro tipo de protección para los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales con estilos de vida tradicionales de importancia para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica; así como también acerca de la aplicación del artículo 8 (j) y disposiciones conexas*”. Disponible en <http://www.conabio.gob.mx/institucion/cooperacion_internacional/doctos/gt_cdb.html>. Consultada el 04 de abril de 2011.

²⁹⁶ TOBIN, B. “The role of customary law...”, *op.cit.*, p. 133. Para AMIOTT la creación del Grupo de Trabajo es el logro más importante del CDB hacia la protección de los CTs. AMIOTT, J. “Investigating the Convention on Biological Diversity's...”, *op.cit.*, p. 10.

²⁹⁷ Elementos del Programa de Trabajo del Grupo de Trabajo Especial sobre el art. 8 (j): 1) *Mecanismos de participación para las comunidades indígenas y locales*; 2) *Situación y orientación en relación con la aplicación del artículo 8 (j) y disposiciones relacionadas*; 3) *Prácticas culturales tradicionales para la conservación y el uso sostenible*; 4) *distribución equitativa de beneficios*; 5) *Elementos de monitoreo*; 6) *Elementos jurídicos*. Principales directrices que debe realizar el Grupo de Trabajo Especial sobre el art. 8 (j): 1) Directrices para el desarrollo de mecanismos, legislación u otras iniciativas para asegurar la repartición de beneficios y el consentimiento fundamentado previo; 2) Directrices para asistir a las partes y los gobiernos en el desarrollo de legislación u otros

El programa de trabajo fue dividido en siete elementos: 1) mecanismos de participación para las comunidades tradicionales; 2) situación y tendencias en relación con el art. 8 (j) y cláusulas relacionadas; 3) prácticas culturales tradicionales para conservación y uso sostenible; 4) repartición equitativa de beneficios; 5) intercambio y difusión de informaciones; 6) elementos de monitoración; y, 7) elementos legales²⁹⁸. Desde la elaboración de este programa de trabajo, estos elementos han sido desarrollados con diferentes grados de éxito²⁹⁹.

Como uno de los objetivos del programa de trabajo fue promover la participación efectiva de las comunidades tradicionales en todos los elementos, así como en “*la toma de decisiones, la planificación de políticas y el desarrollo y aplicación de la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en todos los niveles*”³⁰⁰, de entre esos elementos cabe destacar justamente el n.º. 1, sobre los mecanismos de participación de las comunidades tradicionales.

El Grupo de Trabajo, además de invitar a los representantes de las comunidades tradicionales a desempeñar un papel pleno y activo en su labor, ha enfatizado la importancia de la participación de las comunidades tradicionales tanto en los procesos del CDB como en los esfuerzos nacionales en el desarrollo

mecanismos de aplicación del artículo 8 (j); 3) Directrices para el respeto, preservación y mantenimiento del conocimiento tradicional, innovaciones y prácticas y para su amplia utilización en concordancia con el artículo 8 (j); 4) Principios orientadores y estándares para el fortalecimiento del uso del conocimiento tradicional y otros conocimientos para la conservación y uso sostenible de la biodiversidad; 5) Directrices y propuestas para la elaboración de esquemas nacionales de incentivos para las comunidades indígenas y locales para la conservación y mantenimiento de sus conocimientos tradicionales; 6) Estándares y directrices para el reporte y prevención de apropiaciones indebidas del conocimiento tradicional y los recursos genéticos. ALBITES, J. B. “La protección de los conocimientos tradicionales en los foros internacionales. Informe sobre la situación actual”, en *Estudio preparado para el Ministerio de Ciencia y Tecnología de Venezuela*, marzo de 2002, pp. 08-09; CDB. “Programa de trabajo sobre el artículo 8 J) y disposiciones conexas: situación de la ejecución de las diversas tareas del programa de trabajo”. Quinta reunión Montreal, 15-19 de octubre de 2007. Disponible en <<http://www.cbd.int/doc/meetings/tk/wg8j-05/official/wg8j-05-02-add1-es.pdf>>. Consultada el 04 de abril de 2011; BAYLÃO, R. DI S.; BENSUSAN, N. “A questão da proteção dos conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos nos fóruns internacionais”, en LIMA, A.; BENSUSAN, N. (Orgs.). *Quem cala consente? Subsídio para a proteção aos conhecimentos tradicionais*. São Paulo, Instituto Socioambiental, 2003, (Série Documentos do ISA; 8), pp. 17-22, p. 17.

²⁹⁸ BAYLÃO, R. DI S.; BENSUSAN, N. “A questão da proteção dos conhecimentos tradicionais...”, *op.cit.*, p. 18.

²⁹⁹ Sobre el desarrollo de cada uno de esos elementos consultar AMIOTT, J. “Investigating the Convention on Biological Diversity’s...”, *op.cit.*, pp. 10-12.

³⁰⁰ SANTOS, L. G. “Propriedade Intelectual ou direitos intelectuais coletivos?...”, *op.cit.*, p. 12.

de políticas de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de esas comunidades. Para que ese elemento se torne efectivo, el grupo de trabajo ha incitado a las partes del CDB y de los gobiernos en fortalecer sus esfuerzos para apoyar la creación de mecanismos destinados a la participación plena y efectiva de las comunidades tradicionales en la toma de decisiones relativas a la preservación, mantenimiento y utilización de los CTs pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en todos los niveles³⁰¹.

Otra acción destinada a fortalecer la participación de las comunidades tradicionales es el reconocimiento nacional de los sistemas consuetudinarios de las comunidades tradicionales. El Grupo de Trabajo ha reconocido que esas comunidades, como parte de su derecho consuetudinario, tienen sus propios sistemas para proteger y transmitir sus conocimientos, y que pueden contribuir para la protección, conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica³⁰².

El Grupo realiza varias funciones clave. La primera es la de asesoramiento: el Grupo de Trabajo aconseja a las partes acerca de las protecciones legales de los CTs, sobre cómo reforzar la cooperación entre las comunidades tradicionales con la conservación y utilización sostenible de la biodiversidad, y acerca de cómo aplicar el art. 8 (j) y disposiciones conexas. Además, de organizar los objetivos que deben ser priorizados por los Estados parte con relación a la protección de los CTs, así como contribuye en la colaboración entre esos Estados con otros organismos internacionales³⁰³.

En lo que concierne a uno de los principales objetivos su creación, el Grupo de Trabajo ha preparado un proyecto preliminar de posibles elementos de protección a los CTs que deben considerarse en un sistema *sui generis*. Los

³⁰¹ "Por ejemplo, algunos países como Brasil, Colombia, Costa Rica, Panamá y las Filipinas están trabajando para aplicar medidas que exijan pruebas de consentimiento fundamentado previo de las comunidades indígenas y locales, cuando se están buscando el acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales asociados". AMIOTT, J. "Investigating the Convention on Biological Diversity's...", *op.cit.*, p. 13.

³⁰² "Sin embargo, a pesar de algunos logros, el reconocimiento general de los sistemas consuetudinarios de las Partes varía, y varias Partes han proporcionado poco o ningún reconocimiento de los sistemas tradicionales de derecho consuetudinario". I AMIOTT, J. "Investigating the Convention on Biological Diversity's...", *op.cit.*, p. 15.

³⁰³ AMIOTT, J. "Investigating the Convention on Biological Diversity's...", *op.cit.*, p. 10.

principales elementos de este proyecto se refieren al consentimiento fundamentado previo y al derecho consuetudinario. El proyecto insta especialmente al reconocimiento de los elementos del derecho consuetudinario pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica en relación con: a) los derechos consuetudinarios de las comunidades tradicionales; b) derechos consuetudinarios relativos a los recursos biológicos; y, c) procedimientos consuetudinarios que rigen el acceso a los CTs y el consentimiento previo para utilizar los recursos biológicos y genéticos³⁰⁴.

Para concluir este punto, es importante señalar que el Grupo de Trabajo ha destacado en sus diferentes sesiones³⁰⁵, entre otros elementos relacionados con los CTs, especialmente la necesidad de reconocer el vínculo esencial entre los recursos genéticos y los CTs y la urgencia de desarrollar un régimen internacional *sui generis* para la protección jurídica de esos conocimientos. La próxima reunión está apuntada para el período entre 31 de octubre y 03 de noviembre de 2011, en Montreal, Canadá³⁰⁶.

³⁰⁴ De acuerdo con el anexo de la Decisión VII/16 del COP, "*algunos de los elementos potenciales que deben considerarse en el desarrollo de sistemas sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales*".

³⁰⁵ Sobre los diferentes temas abordados en las diferentes secciones ver BAYLÃO, R. DI S.; BENSUSAN, N. "A questão da proteção dos conhecimentos tradicionais...", *op.cit.*, pp. 18-19; CASTELLI, P. G. "Governança internacional do acesso aos recursos genéticos...", *op.cit.*, pp. 64-66; KOSZUOSKI, A. *Conhecimentos tradicionais...*, *op.cit.*, p. 74 y ss.

³⁰⁶ El programa provisional de la reunión está disponible en <<http://www.cbd.int/doc/meetings/tk/wg8j-07/official/wg8j-07-01-es.doc>>. Consultada el 04 de abril de 2011.

V. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

1. Planteamiento general

Creada el 14 de julio de 1967, en la Convención de Estocolmo, la OMPI, con sede en Ginebra, Suiza, con *status* de Organismo Especial de la Organización de las Naciones Unidas, tiene como objetivo la promoción de la protección de la Propiedad Intelectual mediante el fomento de la cooperación entre Estados y la colaboración con otras organizaciones internacionales, así como garantizar la cooperación administrativa entre las diferentes Uniones y convenios internacionales que protegen tales derechos³⁰⁷. Así que la OMPI no solamente administra los convenios existentes, como las Convenciones de París y de Berna, sino que prepara su revisión así como la negociación de nuevos convenios³⁰⁸.

Compete a la OMPI velar por la protección de los derechos de los creadores y los titulares de propiedad intelectual a escala mundial. Y por esto vigila por el cumplimiento de los instrumentos jurídicos internacionales relativos a la propiedad intelectual. Sin embargo, diferente de la OMC, la OMPI no tiene en su interior mecanismos de solución de conflictos para hacer frente a los presuntos casos de incumplimiento de los tratados administrados por la misma³⁰⁹.

En cuanto a los CTs, la OMPI ha desarrollado un importante debate sobre la necesidad de protección de los mismos. Así que, a continuación vamos destacar las principales acciones llevadas a cabo por esta organización y que son

³⁰⁷ Con un secretariado permanente que gestiona los Convenios de la Unión de París y de Berna, la OMPI vino a sustituir a la Oficina Internacional de la Unión para la Protección de la Propiedad Industrial (BIRP).

³⁰⁸ Sobre la tentativa de armonización internacional del sistema de patentes ver DURÁN MOYA, L-A. "La armonización internacional del Sistema de Patentes", en *Estudios sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia*. Colección de trabajos en homenaje a Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano. Barcelona, Grupo Español de la AIPPI, 2005, p. 398 y ss.

³⁰⁹ Esto fue uno de los principales argumentos de los países desarrollados para asegurar que el sistema de derechos sobre la Propiedad intelectual pasase a ser tratado en el seno de la OMC. DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 132.

fundamentales para el proceso de protección de los CTs tanto a nivel nacional como internacional.

2. La labor de la OMPI en relación con los conocimientos tradicionales. El Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore

La participación de la OMPI en el debate sobre la protección de los CTs se remonta a más de 20 años. Entre los años 1970 y 1980 la OMPI, juntamente con la UNESCO, realizó una serie de reuniones sobre las ECTs que culminó con la adopción, en 1982, de las Disposiciones Tipo para las Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folclore contra la Explotación Ilícita y otras Acciones Lesivas, a las que ya hicimos referencia.

Posteriormente, en 1984, la OMPI y la UNESCO convocaron una reunión para explorar la posibilidad de elaborar un tratado internacional sobre las ECTs basado en las Disposiciones Tipo. Sin embargo, los participantes en la reunión fueron incapaces de llegar a un acuerdo y la propuesta de un tratado fue retirada³¹⁰.

Tras algunos años, en 1998, la OMPI, retomando el debate acerca de la cuestión, ahora no sólo en relación con las ECTs sino también con los CTs, comprendidos de forma amplia, creó una unidad denominada División Global sobre cuestiones de propiedad intelectual. El propósito de esta nueva División fue identificar y responder a los nuevos desafíos de la globalización y el rápido cambio tecnológico con relación al sistema de propiedad intelectual. Como parte de este mandato, la División procuró identificar los posibles nuevos beneficiarios de derechos de propiedad intelectual, incluyendo especialmente a las comunidades tradicionales.

Entre el período de 1998 y 1999 se celebraron en el seno de esta Organización dos mesas redondas especialmente sobre la protección de los CTs y una serie de nueve misiones exploratorias sobre estos conocimientos, cuyo

³¹⁰ DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, *op.cit.*, pp. 132-133.

objetivo fue “*Identificar y estudiar las necesidades y aspiraciones en materia de propiedad intelectual de los nuevos beneficiarios, incluidos los titulares de los conocimientos e innovaciones tradicionales*”. Tras la finalización de los trabajos, se puso a disposición del público un proyecto de informe sobre todas las misiones exploratorias con la finalidad de recoger comentarios sobre las mismas.

Los comentarios recibidos fueron tomados en consideración y al final fue publicado un informe revisado con el título *Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual. Informe relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales (1998-1999)*, publicado en el año 2001. A pesar de las críticas que recibieron las misiones exploratorias, el informe es un instrumento importante en el sentido de que es el primer documento que hace una consulta en las proporciones de cantidad de personas y en diferentes partes del mundo sobre las necesidades y expectativas de las comunidades tradicionales en materia de PI³¹¹. Por ello, a continuación vamos a analizar los principales aspectos de las necesidades y expectativas de las comunidades tradicionales expresados en el informe con relación a la PI.

Para la mayoría de los miembros de las comunidades tradicionales, oídas en las misiones, el sistema de PI es “*inherentemente inadecuado y disfuncional en lo que hace a las necesidades y expectativas*”³¹² de sus titulares.

³¹¹ Una de las principales críticas realizadas radica en el posible impulso para que las comunidades tradicionales adopten el sistema de PI para proteger sus conocimientos, dado que las misiones empiezan el análisis de las necesidades y expectativas de esas comunidades a partir del sistema de PI y no permiten que las propias comunidades hagan sus sugerencias en relación al sistema, o sistemas, que mejor protegen sus conocimientos. Los Centros *Future Harvest*, que cuentan con el apoyo del Grupo Consultivo sobre Investigaciones Agronómicas Internacionales (CGIAI), hicieron la siguiente afirmación: “*Él término ‘necesidades en materia de propiedad intelectual’, tal como se usa en el presente informe parecería suponer cosas a priori... De hecho, la pregunta es: ¿existen necesidades (de la sociedad, medioambientales y culturales) que pueden ser encaradas con efectividad a través de un mecanismo del tipo de la propiedad intelectual? (...) Desde un punto de vista metodológico, parecería que lo más sabio sería que las misiones exploratorias comiencen sin hipótesis a priori acerca de los tipos de herramientas que han de resultar útiles para lograr los objetivos de la comunidad; que en cambio, vayan y obtengan información de comunidades e individuos, y a partir de ello decidan si las herramientas del tipo de la propiedad intelectual son o no útiles en dicho contexto. Sin embargo, el informe sí indica los tipos de objetivos que, probablemente, quedan fuera de un sistema de propiedad intelectual, sea formal o sui generis. Ello resulta bastante útil*”. OMPI. “Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de Propiedad Intelectual...”, *op.cit.*, p. 231.

³¹² OMPI. “Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de Propiedad Intelectual...”, *op.cit.*, p. 241.

Más allá de argumentar que el sistema de PI excluye negativamente a los CTs por su naturaleza transgeneracional y comunitaria, la opinión arriba señalada es justificada de la siguiente forma: *“el sistema de propiedad intelectual, como producto de la tradición industrial e intelectual europea, fracasa en varios niveles a la hora de subvenir a las necesidades de los pueblos indígenas y otros titulares de conocimientos tradicionales. En el contexto operativo, el costo de presentar y registrar derechos de propiedad intelectual resulta prohibitivo, como lo son también el ejercicio de los derechos y los procedimientos a seguir en caso de infracción. Hay también claros problemas conceptuales: ‘la ley de derechos de propiedad intelectual ofrece pocos cursos de acción legal por medio de los cuales hace valer la propiedad de los conocimientos, por el simple hecho de que la ley no se adapta a complejos sistemas no occidentales de propiedad, tenencia y acceso”*³¹³ (negritas del autor).

Además de estos problemas operativos y conceptuales, los informantes de las misiones exploratorias señalaron algunas disfunciones más sutiles. *“Hay quienes ven el sistema de propiedad intelectual como una reencarnación moderna del colonialismo europeo. Los informantes se refirieron a lo que describen como divergencias de fondo entre los sistemas de conocimientos ‘occidentales’ e ‘indígenas’, en particular, sus respectivas concepciones de los orígenes, la gestión y la propiedad de la información y el conocimiento. Varios informantes creen que las nociones de ‘derechos de propiedad’ y ‘titularidad’ son extrañas a las comunidades indígenas y locales”*³¹⁴.

La OMPI, por su parte, reconoce que algunos CTs quedan más allá del ámbito de los temas potencialmente sujetos al sistema de PI, sin embargo justifica que *“hay un número creciente de casos en los cuales individuos como comunidades están probando y usando los sistema existentes de propiedad intelectual para proteger sus conocimientos y su cultura, con cierto éxito (...) [y que] parte de las críticas dirigidas al sistema de propiedad intelectual parecen ser generalizaciones que no están fundamentadas en un firme conocimiento técnico*

³¹³ OMPI. “Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de Propiedad Intelectual...”, *op.cit.*, p. 240.

³¹⁴ OMPI. “Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de Propiedad Intelectual...”, *op.cit.*, p. 240.

de la ley y la práctica de la propiedad intelectual, y de las particularidades de usos concretos de los conocimientos tradicionales”.³¹⁵

Algunos informantes de las misiones exploratorias propusieron que el sistema de PI sea modificado para que el mismo sea, digamos, más adecuado para ofrecer una efectiva protección. Obviamente, las propuestas de modificaciones en el sistema no fueron bien aceptadas, en especial por los países desarrollados que no tienen intereses en modificar el actual sistema, dado que los benefician tal como están configurados³¹⁶.

A continuación, a raíz del creciente debate sobre la importancia de la protección de los CTs, la Asamblea General de la OMPI rebautizó la División Global sobre cuestiones de propiedad intelectual y creó, en 2000, un comité específico para tratar del tema llamado Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore que sirve de foro de discusión y debate de una multiplicidad de temas referentes a los CTs³¹⁷.

El Comité se ha convertido en uno de los principales foros para el debate internacional en profundidad sobre cuestiones relacionadas con la protección de los CTs; y es sobre las discusiones que se han llevado a cabo en él que vamos analizar ahora.

³¹⁵ OMPI. “Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de Propiedad Intelectual...”, *op.cit.*, p. 242.

³¹⁶ La Oficina de Patentes de los EE.UU., por ejemplo, expresó que no “*están de acuerdo con el proyecto de informe en cuanto a que la propiedad intelectual es, hasta cierto punto, ‘evolutiva y presta a la adaptación’ (...)* se debe sin embargo anotar que todas las leyes de la propiedad intelectual de la generación más nueva comparten una cierta característica con la generación más antigua de leyes de la propiedad intelectual sobre los derechos de autor, las patentes y las marcas de fábrica o de comercio: son un mecanismo que incentiva la innovación. Como sistemas orientados al futuro que buscan alentar el desarrollo de nuevas formas de expresión y de invención, los tipos más nuevos de propiedad intelectual siguen estando basados en este principio elemental y comparten características tales como una fecha de creación, la identidad conocida de uno o más creadores, parámetros definidos del producto relevante, y una duración limitada de la protección (...). Un régimen para la protección de los conocimientos tradicionales, tal como señalaron muchos de los participantes de las misiones exploratorias, no puede por definición adherirse a estos principios. Por lo tanto, el desarrollo de un nuevo régimen del tipo de propiedad intelectual para esta área no parece ser la mejor solución, ni siquiera para los titulares de dichos conocimientos”. OMPI. “Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de Propiedad Intelectual...”, *op.cit.*, pp. 250-251.

³¹⁷ TOBIN, B. “The role of customary law...”, *op.cit.*, p. 135. En el mismo sentido BRAHY, N. *The property regime of biodiversity...*, *op.cit.*, p. 323; KOSZUOSKI, A. *Conhecimentos tradicionais...*, *op.cit.*, p. 76.

Como señala la propia OMPI, “*el Comité ha examinado exhaustivamente las opciones jurídicas y políticas para la protección de los CTs*”³¹⁸. Con todo, a pesar de los esfuerzos por analizar las diferentes opciones jurídicas de protección a los CTs, en verdad la tendencia adoptada por el Comité ha sido la de tratar la protección de los CTs dentro de los mecanismos existentes de protección de los DPI³¹⁹, como veremos posteriormente.

En el período comprendido entre 2001 a 2010 el Comité realizó diecisiete sesiones³²⁰. Desde su primera sesión realizada en mayo de 2001, el Comité preparó una agenda ambiciosa en relación con la protección de los CTs³²¹. Uno de los principales debates acerca de la cuestión está relacionado con la inclusión de los CTs en el estado de la técnica³²².

En un documento fruto del debate sobre el tema, la OMPI proponía procedimientos para incorporar publicaciones sobre los CTs en la documentación

³¹⁸ **OMPI.** Doc. WIPO/GRTF/IC/12/5(a)...., *op.cit.*

³¹⁹ BAYLÃO, R. DI S.; BENSUSAN, N. “A questão da proteção dos conhecimentos tradicionais...”, *op.cit.*, p.19; LONGACRE, E. “Advancing science while protecting developing countries...”, *op.cit.*, p. 08; SANTILLI, J. “Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados...”, *op.cit.*, pp. 56-57; BENSUSAN, N. “Pequeno histórico sobre o Grupo de Trabalho formado para discutir o artigo 8º da Convenção sobre Diversidade Biológica”, en *Seminário Interno sobre Acesso a Recursos Genéticos e Conhecimentos Tradicionais*, Brasília, ISA, 2002.

³²⁰ La próxima sesión está prevista para 09 de mayo de 2011. Disponible en <http://www.wipo.int/meetings/es/details.jsp?meeting_id=22171>. Consultada el 04 de abril de 2011.

³²¹ Cuestiones de Propiedad Intelectual relacionadas con los Conocimientos Tradicionales a ser examinadas por el Comité Intergubernamental:
B. Conocimientos Tradicionales
B.1 Cuestiones terminológicas y conceptuales
B.2 Normas relativas a la disponibilidad, el alcance y la utilización de los derechos de propiedad intelectual en los conocimientos tradicionales
B.3 Ciertos criterios para la aplicación de elementos técnicos de las normas, incluidos criterios jurídicos para definir el estado de la técnica y cuestiones administrativas y de procedimiento relacionadas con el examen de las solicitudes de patentes
B.4 Observancia de los derechos relativos a los conocimientos tradicionales. Para profundizar el debate sobre el tema ver ZAMUDIO, T. “Conocimiento tradicional en el ámbito internacional...”, *op.cit.*, pp. 15-17.

³²² “*El examen de la inclusión de los conocimientos tradicionales en el estado de la técnica se basa en el principio de que si los examinadores de patentes tienen conocimiento del estado en que se encuentran los conocimientos tradicionales, ello contribuiría a evitar la concesión de patentes a los inventos que no cumplan con el requisito de novedad. Además, serviría para evitar problemas a los titulares de los conocimientos tradicionales a la hora de impugnar una patente*”. ALBITES, J. B. “La protección de los conocimientos tradicionales...”, *op.cit.*, p. 27. Para conocer más sobre las actividades del Comité en su principio consultar LONGACRE, E. *Advancing science while protecting developing countries...*, *op.cit.*, p. 08 y ss. El “estado de la técnica” de las creaciones intelectuales será analizado y profundizado mas adelante, en el capítulo tercero.

mínima a ser revisada por los examinadores de solicitud de patentes³²³. Sugería, además, procedimientos para la realización de una catalogación electrónica de los CTs y procedimientos para el intercambio de información a escala internacional. En este documento se han hecho varias observaciones: se resaltó la necesidad de estudiar las consecuencias que sobre los CTs tendría la catalogación; se indicó que era necesario que la labor relativa a los CTs y el estado de la técnica no perjudicara los debates sobre la protección jurídica de los mismos bajo la forma de un sistema *sui generis*, por ejemplo; y, se destacó la necesidad de ampliar esta dimensión defensiva o preventiva donde se situaba el examen sobre el estado de la técnica³²⁴.

Además de la incorporación de los CTs en el estado de la técnica, el Comité ha debatido otros temas directamente relacionados con la protección de los CTs, especialmente de los CTs asociados a los recursos genéticos³²⁵. De entre esos temas podemos destacar los siguientes: necesidad de creación de un sistema jurídico definido especialmente para proteger los CTs a partir del análisis de las necesidades y de las peculiaridades de cada caso; realización de un estudio técnico sobre los requisitos de divulgación de patentes relativos a los recursos genéticos y a los CTs; necesidad de elaboración de directrices, prácticas contractuales y cláusulas tipo en materia de propiedad intelectual para los acuerdos contractuales sobre el acceso a los recursos genéticos y la distribución de beneficios; organización de una guía que ofrezca información práctica sobre los aspectos de la catalogación de los CTs relacionados con la propiedad intelectual; y, revisión de los criterios existentes y la necesidad de elaborar nuevos criterios que permitan una integración más eficaz de los datos de catalogación de los CTs en el estado de la técnica susceptible de búsqueda, para que estos puedan ser incluidos.

³²³ OMPI. Doc. OMPI/GRTKF/IC/2/6. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. "Informe sobre la marcha de la labor relativa a la inclusión de los conocimientos tradicionales en el estado de la técnica", 1 de julio de 2001. Disponible en http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_2/wipo_grtkf_ic_2_6.pdf. Consultada el 04 de abril de 2011.

³²⁴ ALBITES, J. B. "La protección de los conocimientos tradicionales...", *op.cit.*, p. 27.

³²⁵ KOSZUOSKI, A. *Conhecimentos tradicionais...*, *op.cit.*, p. 80.

Durante su labor el Comité ha trabajado también en el desarrollo de un conjunto de documentos internacionales. En 2006, a fin de profundizar y sistematizar el debate sobre la protección de los CTs, el Comité elaboró dos proyectos de principios y objetivos sobre la protección de los CTs. Uno de los proyectos titulado “*Disposiciones Revisadas para la Protección de las Expresiones Culturales Tradicionales/Expresiones del folclore; objetivos políticos y principios fundamentales*”, guardan relación con las expresiones culturales tradicionales; y el otro titulado “*Disposiciones Revisadas sobre la Protección de los Conocimientos Tradicionales; objetivos políticos y principios fundamentales*”³²⁶, que guardan relación con los CTs asociados; ambos proyectos, tratan de asegurar la protección contra la utilización y la apropiación indebidas³²⁷.

A continuación abordaremos los principales contenidos establecidos en los proyectos con relación a la protección de los CTs y los principales puntos acerca del debate con relación a la protección de los CTs vía el sistema de DPI.

2.1. Disposiciones Revisadas sobre la Protección de los Conocimientos Tradicionales y Disposiciones Revisadas para la Protección de las Expresiones Culturales Tradicionales/Expresiones del Folclore

De acuerdo con la OMPI, los proyectos³²⁸ de las Disposiciones se basan en una amplia gama de experiencias comunitarias, nacionales y regionales y son resultado de una labor que ha llevado años y que se ha hecho en consulta con los Estados miembros, las comunidades tradicionales, organizaciones de la sociedad civil y una amplia gama de partes interesadas.

³²⁶ Para el análisis profundizado de los Proyectos consultar **OMPI**. Doc. WIPO/GRTKF/IC/9/4..., *op.cit.*

³²⁷ El concepto de apropiación indebida no sólo incluye la idea de que los titulares de conocimientos tradicionales deben tener derecho a ser protegidos contra actos que violan los principios de equidad y justicia, sino también contiene, más o menos explícita, una justificación de un régimen de protección de los conocimientos tradicionales. BRAHY, N. *The property regime of biodiversity...*, *op.cit.*, p. 328.

³²⁸ Las Disposiciones todavía aún son proyectos una vez que su contenido está en discusión con los Estados miembros.

Aunque las Disposiciones no tengan carácter oficial y no sean definitivas, pueden ser utilizadas como puntos de referencia en numerosos debates y procesos nacionales, regionales e internacionales sobre cuestiones normativas y de política protectivas con relación a los CTs³²⁹.

Los proyectos comprenden tres temas principales: 1) objetivos políticos; 2) principios orientadores; y, 3) disposiciones sustantivas³³⁰.

Los proyectos de Disposiciones intentan contextualizar un marco político coherente presentando varios objetivos³³¹. De forma general, los principales son: reconocer el valor intrínseco de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades tradicionales, en particular su valor social, espiritual, económico,

³²⁹ **OMPI.** "Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos tradicionales y Expresiones Culturales Tradicionales/Expresiones del Folclore: fuentes de información", 2006, p. 01. Disponible en <http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/es/consultations/draft_provisions/pdf/draft-provisions-booklet.pdf>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

³³⁰ "En el documento se proponen proyectos de: I) objetivos políticos, que establecerán la orientación general común para la protección y un marco político coherente; ii) principios rectores generales, que garanticen la coherencia, el equilibrio y la eficacia de los principios sustantivos; y iii) principios sustantivos, en los que se definirá la esencia jurídica de la protección". **OMPI.** Doc. WIPO/GRTKF/IC/9/5. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. "La protección de los conocimientos tradicionales. Revisión de objetivos y principios", 9 de enero de 2006, pp. 02-03. Disponible en <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_9/wipo_grtkf_ic_9_5.pdf>. Consultada el 04 de abril de 2011.

³³¹ Objetivos políticos con relación a los CTs de naturaleza técnica: "I. **OBJETIVOS POLÍTICOS:** i) Reconocer el valor; ii) Promover el respeto; iii) Responder a las verdaderas necesidades de los titulares de conocimientos tradicionales; iv) Promover la conservación y la preservación de los conocimientos tradicionales; v) Potenciar a los titulares de los conocimientos tradicionales y reconocer el carácter; instintivo de los sistemas de conocimientos tradicionales; vi) Apoyar los sistemas de conocimientos tradicionales; vii) Contribuir a la salvaguardia de los conocimientos; tradicionales; viii) Impedir la utilización desleal e injusta; ix) Estar en concordancia con los acuerdos y procesos internacionales pertinentes; x) Promover la innovación y la creatividad; xi) Garantizar el consentimiento fundamentado previo y los intercambios basados en condiciones mutuamente convenidas; xii) Promover la participación equitativa en los beneficios; xiii) Promover el desarrollo de las comunidades y las actividades comerciales legítimas; xiv) Impedir la concesión de derechos de propiedad intelectual sin validez legal a partes no autorizadas; xv) Aumentar la transparencia y la confianza mutua; xvi) Complementar la protección de las expresiones culturales tradicionales". **OMPI.** Doc. WIPO/GRTKF/IC/9/5..., *op.cit.*, Anexo, p. 01.

Objetivos políticos con relación a las ECTs: "I. **OBJETIVOS POLÍTICOS Y OBSERVACIONES:** i) Reconocer el valor; ii) Promover el respeto; iii) Responder a las verdaderas necesidades de las comunidades; iv) Impedir la apropiación indebida de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore; v) Potenciar a las comunidades; vi) Apoyar las prácticas consuetudinarias y la cooperación en las comunidades; vii) Contribuir a la salvaguardia de las culturas tradicionales; viii) Promover la innovación y la creatividad en las comunidades; ix) Promover la libertad intelectual y artística, la investigación y el intercambio cultural en condiciones equitativas; x) Contribuir a la diversidad cultural; xi) Promover el desarrollo de las comunidades y las actividades comerciales legítimas; xii) Impedir la concesión de derechos de propiedad intelectual no autorizados; xiii) Aumentar la seguridad, la transparencia y la confianza mutua". **OMPI.** Doc. WIPO/GRTKF/IC/9/4..., *op.cit.*, Anexo, p. 01.

intelectual, científico, ecológico, tecnológico, comercial, educativo y cultural; admitir que los sistemas de conocimientos tradicionales constituyen marcos de innovación permanente y de vida intelectual y creativa propias que revisten una importancia fundamental para las comunidades tradicionales y un valor científico igual al de otros sistemas de conocimiento; promover el respeto de la dignidad y la integridad de las culturas de las comunidades tradicionales, incluyendo los valores filosóficos, intelectuales, y espirituales que son a menudo representados por sus ECTs.

El Comité ha declarado que las normas propuestas deben guiarse por las necesidades y expectativas de las comunidades de que sus derechos sean respetados y consagrados por la legislación nacional e internacional, y que cualquiera de dichas normas debe contribuir a su crecimiento y prosperidad económica, social y cultural constante³³².

En los proyectos de las Disposiciones, se ha establecido también determinados principios que han guiado el debate desde su creación. Los principios establecidos deben servir para estimular el debate y están destinados a servir como un recurso para orientación al establecimiento de principios nacionales que los países deberían seguir en la creación de normas nacionales de protección jurídica a los CTs³³³.

³³² RUESCH, M. "Creating culture: protection of traditional cultural expressions and folklore and the impact on creation and innovation in the marketplace of ideas", in *Symposium 21st Century International, Foreign and Comparative Law Research Issues. Syracuse Journal of International Law and Commerce*, spring, 2008, p. 06.

³³³ Principios Rectores relacionados con los CTs de naturaleza técnica: "II. PRINCIPIOS RECTORES GENERALES. Los principios generales deberán ser respetados a fin de garantizar que las disposiciones sustantivas específicas de protección resulten equitativas, equilibradas, eficaces y coherentes, y promuevan apropiadamente los objetivos de la protección: a) Principio de receptividad a las necesidades y expectativas de los titulares de conocimientos tradicionales; b) Principio de reconocimiento de los derechos; Principio de efectividad y accesibilidad de la protección; c) Principio de flexibilidad y exhaustividad; Principio de equidad y participación en los beneficios; d) Principio de concordancia con los sistemas jurídicos vigentes aplicables al acceso a los recursos genéticos conexos; e) Principio de respeto de los instrumentos y procesos internacionales y regionales y cooperación con los mismos; g) Principio de respeto del uso y la transmisión consuetudinarios de los conocimientos tradicionales; h) Principio de reconocimiento de las características específicas; i) Reconocimiento de las características específicas de los conocimientos tradicionales; j) Principio de prestación de asistencia para atender las necesidades de los titulares de conocimientos tradicionales". OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/9/5..., *op.cit.*, Anexo, p. 02. Principios Rectores relacionados con las ECTs: "II. PRINCIPIOS RECTORES Y OBSERVACIONES: a) Receptividad a las necesidades y expectativas de las comunidades; b) Equilibrio; c) Respeto de los acuerdos e instrumentos regionales e internacionales y concordancia con los mismos; d) Flexibilidad y exhaustividad; e) Reconocimiento de la naturaleza específica y las características de las expresiones culturales; f) Complementariedad con la protección de los conocimientos tradicionales; g) Respeto de los derechos de los pueblos indígenas y otras

Tras el establecimiento de los objetivos y de los principios generales en la protección de los CTs, los proyectos presentan las disposiciones sustantivas que definirían la esencia jurídica de la protección. El Comité ha reconocido que la definición del alcance y el objeto de protección están basados en gran medida en los objetivos políticos y principios rectores generales previamente señalados.

La labor, en este sentido, se ha centrado en definir el objeto, beneficiarios, alcance y duración de la protección, así como determinar los derechos, las excepciones, y los trámites asociados con esa protección. Las disposiciones sustanciales desarrolladas hasta ahora también han abordado cuestiones de cumplimiento con el sistema de propiedad intelectual tradicional, el alcance y potencial internacional de estas disposiciones, y la necesidad de permitir unas medidas de transición en los planos regional y nacional³³⁴.

En la actualidad, debido a que los proyectos de Disposiciones están en su etapa de análisis de los comentarios formulados por las partes, el Comité no ha llegado todavía a un consenso sobre el formato más adecuado para el documento, ni cuál es el estatus legal que tendrá la propuesta³³⁵. Se barajan las

comunidades tradicionales y obligaciones para con los mismos; h) Respeto del uso y la transmisión consuetudinarios de las ECT/EF; i) Efectividad y accesibilidad de las medidas de protección". OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/9/4..., op.cit., Anexo, p. 01.

³³⁴ Los principios sustantivos de protección a los CTs de naturaleza técnica son los siguientes: "III. PRINCIPIOS SUSTANTIVOS: 1) Protección contra la apropiación indebida; 2) Forma jurídica de protección; 3) Alcance general de la materia protegida; 4) Criterios en los que se basa la protección; 5) Beneficiarios de la protección; 6) Participación justa y equitativa en los beneficios y reconocimiento de los titulares de los conocimientos; 7) Principio de consentimiento fundamentado previo; 8) Excepciones y limitaciones; 9) Duración de la protección; 10) Medidas transitorias; 11) Formalidades; 12) Coherencia con el marco jurídico general; 13) Administración y observancia de la protección; 14) Protección internacional y regional". **OMPI**. Doc. WIPO/GRTKF/IC/9/5..., *op.cit.*, Anexo, p. 02. Las disposiciones sustantivas con relación a las ECTs son las siguientes: "III. DISPOSICIONES SUSTANTIVAS Y OBSERVACIONES: 1) Materia protegida; 2) Beneficiarios; 3) Actos de apropiación indebida (alcance de la protección); 4) Gestión de los derechos; 5) Excepciones y limitaciones; 6) Duración de la protección; 7) Formalidades; 8) Sanciones, recursos y ejercicio de derechos; 9) Disposiciones transitorias; 10) Relación con la protección por propiedad intelectual y otras formas de protección, preservación y promoción; 11) Protección regional e internacional". **OMPI**. WIPO/GRTKF/IC/9/4..., *op.cit.*, Anexo, p. 12.

³³⁵ Para informaciones vid. **OMPI**. Doc. WIPO/GRTKF/IC/17/5. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. "La protección de los conocimientos tradicionales: objetivos y principios revisados", 15 de septiembre de 2010. Disponible en http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_17/wipo_grtkf_ic_17_5.doc. Consultada el 04 de abril de 2011. Este documento es la versión revisada del documento de trabajo **OMPI**. Doc. WIPO/GRTKF/IC/16/5, y en él se reflejan las modificaciones propuestas así como los comentarios formulados por el Comité durante la decimosexta sesión y los comentarios recibidos por escrito durante el proceso de presentación de comentarios. Y, **OMPI**. Doc. WIPO/GRTKF/IC/17/4. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos

siguientes opciones: 1) instrumento internacional vinculante, lo que crearía una obligación internacional en todos los países; 2) declaración o recomendación no vinculante, lo que alentaría a los Estados a aplicar determinadas normas nacionales al respecto a las ECTs, y pondría de relieve los objetivos políticos y principios rectores abordados arriba; 3) directrices o disposiciones tipo que, como las Disposiciones Tipo de la UNESCO/OMPI, se orienten hacia la coordinación y desarrollo de la política internacional, al proporcionar un marco específico de directrices para los Estados; 4) interpretaciones autorizadas de las leyes existentes para proteger las ECTs en otros países, como Túnez, Panamá, y Bangui; 5) una declaración internacional y notificación a todos los países de los principios y objetivos del Comité respecto a los derechos sobre la protección de las ECTs por parte de las comunidades tradicionales³³⁶.

Lo cierto es que el Comité está llevando a cabo negociaciones basadas en textos con miras a obtener un acuerdo sobre el texto de un instrumento internacional de carácter jurídico (o instrumentos internacionales) que garantice la protección eficaz de los CTs³³⁷.

2.2. La protección de los conocimientos tradicionales a través del sistema de derechos de propiedad intelectual

A lo largo de las discusiones sobre la protección de los CTs, la OMPI, a través del Comité Intergubernamental, se ha posicionado en el sentido de que esta protección se dé por vía de mecanismos existentes de derechos de propiedad intelectual, sin mayores alteraciones en los conceptos, utilizando los

Tradicional y Folclore. “La protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore: proyecto de objetivos y principios”, 7 de junio de 2010. Disponible en <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_17/wipo_grtkf_ic_17_4_prov.doc>. Consultada el 04 de abril de 2011. Este documento constituye la versión revisada del documento de trabajo WIPO/GRTKF/IC/16/4, y en él se reflejan las modificaciones propuestas así como los comentarios formulados por el Comité durante la decimosexta sesión y los comentarios recibidos por escrito durante el proceso de presentación de comentarios.

³³⁶ RUESCH, M. “Creating culture...”, *op.cit.*, p. 10.

³³⁷ El texto completo de los asuntos que serán desarrollados en el mandato del Comité para el bienio 2010-2011 está disponible en <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_15/wipo_grtkf_ic_15_ref_decision_28.pdf>. Consultada el 04 de abril de 2011.

mecanismos legales como el sistema de patentes, los secretos industriales, las marcas comerciales, y que solamente sean realizadas algunas adaptaciones para dar cuenta de las especificidades de los CTs³³⁸.

No obstante, este posicionamiento del Comité es distinto del posicionamiento de las comunidades tradicionales que participaron en las misiones exploratorias realizadas en 1998-1999, a las que ya hicimos referencia. Los informantes de las misiones, miembros de las comunidades tradicionales, *“creen que el sistema de propiedad intelectual es inherentemente inadecuado y disfuncional en lo que hace a las necesidades y expectativas de los titulares de conocimientos tradicionales”*. Y argumentan *“a favor de un sistema ‘sui generis’, no de propiedad intelectual, sino por sistemas de derechos ‘comunitarios’, ‘colectivos’ o ‘indígenas’”*³³⁹.

Con todo, pese a la existencia de esta divergencia entre el posicionamiento del Comité y los poseedores de los CTs y aunque el Comité no cuenta con un mandato de negociación propiamente dicho, los insumos políticos, técnicos, científicos, jurídicos, entre otros, que ha producido, constituyen una importante base, documental y conceptual, a efectos de evaluar la viabilidad, posibilidades y eventuales contenidos del régimen internacional de protección a los CTs.

Con relación específicamente a las ECTs, el Comité se ha ocupado del desarrollo de un plan sistemático para la protección internacional de las mismas. La labor actual se basa en formas pre-existentes de protección internacional de propiedad intelectual de folclore indígenas, incluida las Disposiciones Tipo de la

³³⁸ KOSZUOSKI, A. *Conhecimentos tradicionais...*, *op.cit.*, p. 80. Entre los países miembros de la OMPI, los Estados Unidos es uno de los cuales se ha manifestado contra la creación de un nuevo régimen de protección o de un tratado internacional relacionado a la protección de los CTs. Esto quedó muy claro en la primera sesión del Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (CIG), donde la delegación de EE.UU. publicó una declaración que no dejó dudas acerca de su posición. KURUK, P. “Goadng a reluctant dinosaur: mutual recognition agreements as a policy response to the misappropriation of foreign traditional knowledge in the United States”, *34 Pepp. L. Rev.* 629, 2007, p. 17. Los Estados Unidos advierten a la OMPI y a las oficinas nacionales de propiedad intelectual que al tratar del tema se limiten a *“la prestación de asistencia técnica y jurídica (...) a los titulares de los conocimientos tradicionales comercialmente valiosas [para permitir] desarrollar medios de explotación de los conocimientos tradicionales mediante la aplicación de las actuales herramientas de propiedad intelectual tales como las marcas de certificación, marcas colectivas, concesión de licencias (...) y la ley de derechos de autor...”*. General Declaration of the United States of America to the First Session of the WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, may 1, 2001, p. 08.

³³⁹ OMPI. “Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de Propiedad Intelectual...”, *op.cit.*, p. 241.

OMPI/UNESCO de 1982, que protege las expresiones del folclore de "la explotación ilícita y otras acciones lesivas", que también ya hemos destacado. El propósito principal de la OMPI con relación a las ECTs es la protección contra la apropiación comercial sin licencia y/o el uso ofensivo³⁴⁰.

Para concluir este punto, uno de los debates llevado a cabo en la actualidad sobre la protección de los CTs es el desarrollo de una base de datos. Recientemente la OMPI ha publicado la noticia según la cual un ejemplo de éxito es la Biblioteca Digital sobre Conocimientos Tradicionales de la India (TKDL)³⁴¹, un proyecto que constituye un punto prominente en la protección contra la apropiación indebida de los CTs de la India y que puede ser emulado por países interesados. En una declaración pronunciada ante la Conferencia Internacional sobre la utilización de la TKDL como modelo de protección de los CTs, organizada por la OMPI y el Consejo de Investigación Científica e Industrial de la India (CSIR), que empezó el 22 de marzo de 2011 y se extendió durante tres días, el Director General de la OMPI, el Sr. FRANCIS GURRY se congratuló por de la cooperación internacional llevada a cabo en la lucha contra la apropiación indebida de los CTs³⁴².

³⁴⁰ RUESCH, M. "Creating culture...", *op.cit.*, p. 05.

³⁴¹ Al revelar información, mediante la celebración de acuerdos de acceso y de confidencialidad, a seis importantes oficinas de patentes internacionales, la TKDL, junto con el sistema de vigilancia general de la India en materia de biopiratería, ha logrado, según el Consejo de Investigación Científica e Industrial de la India, un rotundo éxito en la prevención de la concesión errónea de patentes, a un costo directo mínimo y en cuestión de unas pocas semanas. Mediante el proyecto indio relativo a la TKDL, desarrollado a lo largo de un período de diez años, se llevó a cabo una catalogación de los conocimientos sobre los tratamientos médicos tradicionales y las propiedades curativas de las plantas, que figuraban en textos e idiomas antiguos, al tiempo que se clasificó la información recabada en una base de datos que permite la realización de consultas. La TKDL ahora contiene 34 millones de páginas en cinco idiomas internacionales. Las informaciones sobre la TKDL está disponible en <http://www.wipo.int/pressroom/es/articles/2011/article_0008.html>. Consultada el 18 de abril de 2011.

³⁴² "Las negociaciones que se están llevando a cabo en el seno del CIG versan sobre el desarrollo de un sistema jurídico internacional. Sin embargo, al mismo tiempo, las iniciativas de índole práctica desempeñan una importante función complementaria, y son capaces de suscitar cambios en el panorama internacional, a menudo de manera más expeditiva que los enfoques legislativos o normativos manifestó el Sr. Gurry, al tiempo que señaló que 'la TKDL constituye un excelente ejemplo de una plataforma técnica que puede funcionar en forma paralela a los marcos legislativos y brindarles el apoyo necesario'. La TKDL es una iniciativa distinta de las negociaciones que tienen lugar en el seno del CIG – pero también cumple una función complementaria a éstas."

VI. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

1. Planteamiento general

La OMC es una organización internacional, con personalidad jurídica de Derecho Internacional Público, que no está subordinada a la ONU, creada el 1 de enero de 1995, a partir de las negociaciones internacionales denominada “Ronda del Uruguay” del GATT - Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio³⁴³. Su creación tendría como objetivo la administración de un sistema global de comercio, mediante el establecimiento de principios, acuerdos, reglas, prácticas y procedimientos³⁴⁴. Pese ser un acuerdo sobre aranceles aduaneros y comercio, algunos temas indirectamente relacionados con ellos fueron también incluidos en los debates de la OMC, como por ejemplo los derechos de propiedad intelectual y la protección a los CTs. Seguidamente vamos a analizar brevemente estas inclusiones.

³⁴³ “Originariamente el GATT formaba parte de un proyecto ambicioso, denominado “Carta de la Habana” por el lugar donde fue firmado en 1948, que incluía la creación de una organización internacional de comercio. Después de que los Estados Unidos mostraron su hostilidad a ratificar la Carta de Habana en 1950 por consecuencia del inicio de la denominada “Guerra fría”, el GATT fue la única parte de ese acuerdo global que adquirió vigencia en el plan internacional”. GÓMEZ SEGADÉ, J. A. “El Acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la Propiedad Industrial e Intelectual”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XVI, 1996, pp. 33-79, p. 37. “La función del GATT es fijar normas para regular el comercio internacional con el objetivo de eliminar las barreras comerciales y resolver los conflictos internacionales. No se tratar de una institución u organización en sentido estricto, sino de un catálogo de normas apoyada en una estructura”. CASADO CERVIÑO, A.; CERRO PRADA, B. “GATT y Propiedad Industrial: el proyecto de Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionado con el Comercio”, *Revista General de Derecho*, septiembre de 1992, pp. 8341-8361, p. 8343. Desde su creación, el GATT celebró periódicamente negociaciones multilaterales conocidas bajo en nombre de “Rondas”. La Ronda del Uruguay fue la 12ª Ronda, iniciada en 1986. Sobre el proceso de creación del GATT ver MILEO, B. A. P.; COSTA, C. R.; MOREIRA, E. “Convenção da Diversidade Biológica e Acordo TRIPS: uma análise conciliadora”, en BARROS, B. S.; GARCÉS, C. L. L.; MOREIRA, E. C. P.; PINHEIRO, A. S. F. (Orgs.). *Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais*. Belém, Museu Paraense Emílio Goeldi, Centro Universitário do Pará, 2007, pp. 281-308, p. 285 y ss.; KOSZUOSKI, A. *Conhecimentos tradicionais...*, *op.cit.*, p. 83.

³⁴⁴ Sin embargo, la OMC se convirtió “en uno de los poderosos instrumentos de políticas económicas externas de los países desarrollados, en detrimento de los países más vulnerables en el escenario internacional”. GONÇALVES, R. *O Brasil e comercio internacional: transformações e perspectivas*. São Paulo, Contexto, 2000, p. 10.

2. La inclusión del sistema de derechos de propiedad intelectual en la Organización Mundial del Comercio

En 1986, por insistencia de los Estados Unidos y de otros países desarrollados, el tema de la protección de la propiedad intelectual fue incluido en el contexto del sistema internacional de comercio, más específicamente en el GATT³⁴⁵. Este tema asumió importancia al tratar fundamentalmente, un problema que se encontraba en el corazón mismo del debate Norte-Sur, esto es, el control sobre el mercado tecnológico³⁴⁶.

Los países desarrollados, protagonistas de la inclusión de los DPI en las negociaciones, sostuvieron que los estándares inadecuados de protección de la propiedad intelectual en el mundo han fomentado el uso ilegítimo de tecnología por parte de los países en desarrollo, lo cual, a la vez, dio como resultado una proliferación de comercio de productos falsificados y pirateados³⁴⁷.

A tal efecto, el principal argumento utilizado por los países desarrollados para la inclusión de los DPI en las negociaciones del GATT fue la ausencia de un sistema fuerte de DPI en los países en desarrollo que constituía una “distorsión comercial”, y que costaba a los países desarrollados millones de dólares en

³⁴⁵ Vale la pena recordar que el foro internacional adecuado para la discusión relacionada con la propiedad intelectual era la OMPI. “Sin embargo, los Estados Unidos prefirieron usar el GATT y actualmente prefieren utilizar la OMC. Esto se debe principalmente a que la OMPI está dirigida por un cuerpo colegiado en el que los votos tienen el mismo valor y la mayoría de los miembros son países en desarrollo”. CALDAS, A. *La regulación jurídica del conocimiento tradicional...*, op.cit., p. 148. Evidentemente el desplazamiento de las discusiones sobre la Propiedad Intelectual de la OMPI para la OMC tuvo como objetivos proteger los intereses de los países desarrollados. “Desde el momento en que los Estados Unidos, junto con las restantes potencias industrializadas, optaron por incrementar la protección de la propiedad intelectual en el marco del GATT, estuvo claro que se trataba de proteger los intereses de los países desarrollados en los países menos desarrollados”. GÓMEZ SEGADE, J. A. “El Acuerdo ADPIC...”, op.cit., p. 45. CASADO CERVIÑO y CERRO PRADA añaden que tal desplazamiento ocurrió por el hecho de que los países en desarrollo tenían más peso en las tomas de decisiones de la OMPI, y esto no era visto con simpatía por parte de los países desarrollados. CASADO CERVIÑO, A.; CERRO PRADA, B. “GATT y Propiedad Industrial...”, op.cit., p. 8345. Sobre la integración de la protección del derecho de autor en el GATT, ver BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “El Derecho de Autor en el Acuerdo TRIPS”, en *Propiedad Intelectual en el GATT. Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*. Ciudad Argentina, Editorial de Ciencia y Cultural, 1997, p. 11 y ss.

³⁴⁶ DHAR, B.; RAO, C. N. “La vinculación de los Derechos de Propiedad Intelectual con el comercio”, en *Propiedad Intelectual en el GATT. Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*. Ciudad Argentina, Editorial de Ciencia y Cultural, 2000, p. 132.

³⁴⁷ DHAR, B.; RAO, C. N. “La vinculación de los Derechos de Propiedad Intelectual con el comercio...”, op.cit., p. 132.

pérdidas anuales³⁴⁸. Por supuesto que la posibilidad de tratar de asuntos “indirectamente” relacionados con el comercio internacional amplió la esfera de actuación de esta organización.

Todavía, debe aclararse que la inclusión de la protección de la propiedad intelectual en el seno de la OMC no se realizó por consenso, sino como imposición de los países más industrializados a los países en desarrollo³⁴⁹, debido a que el Acuerdo ADPIC no resulta muy favorable a los países en desarrollo³⁵⁰.

3. La labor de la Organización Mundial del Comercio en relación con los conocimientos tradicionales

El debate específico sobre la protección de los CTs en la OMC se ha dado en dos órganos principales: El Comité de Comercio y Medio Ambiente y el Consejo del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual

³⁴⁸ CALDAS, A. *La regulación jurídica del conocimiento tradicional...*, *op.cit.*, p. 147.

³⁴⁹ GÓMEZ SEGADE, J. A. “La mundialización de la Propiedad Industrial y del Derecho de Autor”, en GÓMEZ SEGADE, J. A. *Tecnología y Derecho*. Estudios jurídicos del Prof. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra. Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 35. Según SHEWOORD, “*cuando fue iniciada en Uruguay la Ronda de Negociaciones Multilaterales de Comercio, convocada por el GATT, el grupo de trabajo sobre el TRIPS fue incluido después de la intensa negociación y fuerte oposición por parte de algunos países en desarrollo, especialmente Brasil e India*”. SHEWOORD, R. *Propriedade Intelectual e desenvolvimento econômico*. São Paulo, Edusp, 1992, pp. 13-14. En el mismo sentido, GÓMEZ SEGADE, J. A. “El Acuerdo ADPIC...”, *op.cit.*, p. 47; CASADO CERVIÑO, A.; CERRO PRADA, B. “GATT y Propiedad Industrial...”, *op.cit.*, pp. 8345-8346.

³⁵⁰ Para BONDÍA ROMÁN, el ADPIC no es favorable a los países en desarrollo puesto que ellos “*sufren una tradicional y endémica dependencia exterior no sólo en relación con la tecnología, sino, lo que es grave y decisivo, con relación a la misma disponibilidad de información, es decir, de la cultura, educación y conocimiento. Lo que constituye, precisamente, una de las causas de la dependencia tecnológica*”. BONDÍA ROMÁN, F. “Fundamentos, evolución y globalización de los Derechos de Autor”, *Revista de Derecho Privado*, noviembre-diciembre, Editorial Reus, 2007, p. 22. A ese respecto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO señala que el “*hecho de aplicar a mercados muy diferenciados, y con niveles de desarrollo económico totalmente distinto, unas mismas reglas en materia de propiedad intelectual resulta ciertamente injusto. No se olvide que los países desarrollados han llegado al nivel de protección de la propiedad intelectual establecido en el ADPIC, después de más de un siglo de evolución, con fases diversas en las que las reglas legales eran distintas según la evolución industrial y tecnológica del país correspondiente*”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “Globalización y Propiedad Intelectual”, en *Economía, Derecho y tributación*. Estudios en homenaje a la Profesora Gloria Begué Cantón. Salamanca, Universidad de Salamanca, 2005, p. 534.

relacionados con el Comercio (ADPIC)³⁵¹. Sin embargo, en ambos casos el debate ha discurrido sobre las disposiciones del ADPIC, una vez que el Acuerdo establece estándares de protección de los derechos de propiedad intelectual a escala multilateral. Más recientemente la Declaración Ministerial celebrada en Doha también hace referencia a los CTs.

3.1. El Comité de Comercio y Medio Ambiente

El Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) está constituido por todos los miembros de la OMC y ha introducido dentro de su programa de trabajo cuestiones planteadas por la relación existente entre las medidas comerciales y las medidas medioambientales con el fin de promover un desarrollo sostenible.

Los temas sobre los CTs han sido analizados básicamente dentro del punto del programa de Trabajo del Comité relativo a la Propiedad Intelectual y se refiere a las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre los ADPIC y el CDB (punto 8 d) del Programa de Trabajo³⁵². La principal preocupación del Comité con relación a los CTs es la siguiente: ¿En qué medida el ADPIC permite que se proteja el conocimiento del medio ambiente de las comunidades tradicionales? En este sentido, se argumentó que el Acuerdo debe ser revisado a la luz de las obligaciones asumidas por los Estados bajo el art. 8 (j) del CDB³⁵³. Este

³⁵¹ El ADPIC constituye el Anexo 1C del Acuerdo por el que se establece la AOMC adoptado en el marco de la Ronda de Uruguay del GATT. Por ser parte del Acuerdo constitutivo de la OMC, el ADPIC es vinculante para todos los miembros de la OMC. Esto significa que un país al firmar el Acuerdo de la OMC, está automáticamente ratificando el ADPIC. BOTANA AGRA, M. "Las normas sustantivas del A-ADIPC (TRIPS) sobre los Derechos de Propiedad Intelectual", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XVI, Madrid, 1996, p. 109 y ss. El mecanismo de la vinculación "fue una arma decisiva para la aceptación del ADPIC por parte de los países desarrollados, porque la obtención de beneficios comerciales queda condicionada a la protección de la propiedad intelectual en los amplios términos descritos en el ADPIC". GÓMEZ SEGADE, J. A. "El Acuerdo ADPIC...", *op.cit.*, pp. 50-51.

³⁵² Los puntos principales tratados en el Comité de Medio Ambiente y Comercio de la OMC dentro del punto 8 del Programa de Trabajo son: Propiedad Intelectual: en qué medida el acuerdo permite que se proteja el conocimiento del medio ambiente de las poblaciones indígenas; en qué medida el acuerdo permite la transferencia de tecnologías inocuas para el medio ambiente; las preocupaciones étnicas que plantean las patentes de organismos vivos; la compatibilidad general entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

³⁵³ ALBITES, J. B. "La protección de los conocimientos tradicionales en los foros internacionales. Informe sobre la situación actual", en *Estudio preparado para el Ministerio de Ciencia y Tecnología de Venezuela*, marzo de 2002, p. 29.

argumento fue contemplado en la Declaración de Doha que será analizada en adelante.

3.2. El Consejo de los ADPIC

Como parte del Acuerdo constitutivo de la OMC, todos los países signatarios de la misma también forman parte del Consejo de los ADPIC, que está encargado de velar por su aplicación. De acuerdo con el art. 68 del Acuerdo, el Consejo de los ADPIC tiene cuatro responsabilidades principales: controlar el funcionamiento del Acuerdo ADPIC y su cumplimiento por determinados miembros; prestar consultoría a las cuestiones relativas a derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio a sus miembros; ofrecer asistencia a los miembros en el concurso de los procedimientos de solución de controversias; y, la realización de otras funciones que le asignan los países miembros³⁵⁴.

Con relación a la propiedad intelectual, uno de los objetivos del Acuerdo es establecer niveles mínimos de protección, y esto plantea tanto beneficios como inconvenientes para los países signatarios, especialmente para los países en desarrollo. Esto porque los países en desarrollo no han tenido el debido tiempo para desarrollar sus propios derechos de propiedad intelectual³⁵⁵. A los países más pobres del mundo se dio de plazo hasta 2006 para cumplir todos los requisitos del Acuerdo, y su incumplimiento es reconocido como una barrera al comercio legítimo³⁵⁶.

El Acuerdo se ha convertido en uno de los principales foros de discusión de temas relacionados con la propiedad intelectual. E incluso, sin hacer ninguna mención a la protección de los CTs, se ha convertido en uno de los foros donde se ha discutido la protección de la biodiversidad y, en consecuencia, la protección de los CTs, en especial en lo que se refiere a la revisión del art. 27.3 b) que viene

³⁵⁴ DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 127.

³⁵⁵ KRUMENACHER, T. J. "Protection for indigenous peoples and their traditional knowledge...", *op.cit.*, p. 05.

³⁵⁶ LONGACRE, E. "Advancing science while protecting developing countries...", *op.cit.*, p. 12.

causando muchas controversias entre los países³⁵⁷, y que analizaremos a continuación.

3.2.1. El debate sobre el examen del párrafo 3, b) del artículo 27 del ADPIC

Uno de los temas en discusión, que está señalado en el propio ADPIC, es la previsión de examen del párrafo 3, b) del art. 27, que trata de la patentabilidad o no patentabilidad de las invenciones relacionadas con las plantas y los animales, y de la protección de las obtenciones vegetales. El principal debate en torno al examen de este artículo se ha centrado en cómo las disposiciones del CDB sobre los recursos genéticos y los CTs, en particular las relativas al acceso y distribución de beneficios, se relacionan con el ADPIC³⁵⁸.

El punto de partida en el art. 27 es que las patentes sean disponibles para cualquier invención, sean de productos o procesos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial (estos requisitos de patentabilidad serán analizados en el capítulo III). No obstante, hay algunas excepciones a estos requisitos generales. En particular, el art. 27.3 b) contiene excepciones en el ámbito de la biotecnología que permiten a los países excluir ciertos tipos de invenciones de la patentabilidad; entre ellas, las plantas, animales y los procesos "esencialmente" biológicos³⁵⁹.

³⁵⁷ BAYLÃO, R. DI S.; BENSUSAN, N. "A questão da proteção dos conhecimentos tradicionais...", *op.cit.*, pp. 20-21.

³⁵⁸ WAGER, H. "Biodiversity, traditional knowledge and folklore...", *op.cit.*, p. 02; LONGACRE, E. "Advancing science while protecting developing countries...", *op.cit.*, p. 12; CASTELLI, P. G. "Governança internacional do acesso aos recursos genéticos...", *op.cit.*, pp. 43-70; KOSZUOSKI, A. *Conhecimentos tradicionais...*, *op.cit.*, p. 85.

³⁵⁹ Los EE.UU. han intentado eliminar la mayoría de las excepciones a la patentabilidad autorizada en el art. 27.3 (b). Junto con la Unión Europea, los EE.UU. han tenido mucho interés en garantizar que las exclusiones de patentabilidad en relación a la moral y el orden público sólo puedan aplicarse en casos individuales e interpretarse de manera restrictiva, y que los países que excluyen las variedades de plantas de la patentabilidad se adhieran a la UPOV. DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, *op.cit.*, pp. 127-128. DUTFIELD añade también que debido a la fuerte resistencia de los países en desarrollo en el Consejo sobre los ADPIC a tales intentos, los EE.UU. han limitado sus ambiciones y se unió a la UE con objeto de mantener el statu quo y evitar que los países en desarrollo revisen el art. 27.3 (b) de manera restrictiva para la patentabilidad de las invenciones biotecnológicas o imponer obligaciones adicionales a los solicitantes de patentes, por ejemplo, exigir la divulgación obligatoria del origen de los conocimientos, según el caso. IDEM, *Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 128. Sobre el debate respecto de ese punto ver también

El debate en torno a este tema surgió principalmente con la preocupación por parte de los países en desarrollo sobre las consecuencias de la patentabilidad de sus recursos genéticos. En particular, diversos casos de patentes otorgadas por países desarrollados sobre recursos genéticos y CT originarios de países en desarrollo evidenciaron la necesidad de evitar estos derechos de propiedad intelectual ilegítimos y de asegurar la compatibilidad y apoyo mutuo entre el Acuerdo de los ADPIC y los objetivos y las disposiciones del CDB³⁶⁰.

El Consejo de los ADPIC en el documento IP/C/W/368/Rev.1, de 8 de febrero de 2006, hace un resumen de las cuestiones planteadas y las observaciones formuladas sobre la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el CDB. Sobre este asunto se han planteado dos cuestiones generales: *“si existe o no conflicto entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el CDB; si es necesario hacer algo, al menos con respecto a los ADPIC, a fin de velar por que ambos instrumentos se apliquen de forma que, además de no haber conflicto entre ellos, se refuercen mutuamente y, en caso afirmativo, qué se debería hacer”*³⁶¹.

De estas dos cuestiones el documento clasifica las posiciones de los países miembros en cuatro categorías: no existe conflicto entre ambos Acuerdos, y los gobiernos pueden aplicarlos de forma que se refuercen mutuamente mediante medidas nacionales; no existe conflicto entre ambos Acuerdos y, aunque los gobiernos pueden aplicarlos de forma que se refuercen mutuamente mediante medidas nacionales, se requiere más estudio para determinar si se precisa adoptar alguna medida internacional en relación con el sistema de patentes; no hay un conflicto inherente entre ambos Acuerdos, pero existen razones para adoptar medidas internacionales en relación con el sistema de patentes a fin de garantizar o fomentar el mutuo refuerzo de ambos Acuerdos en su aplicación; hay divergencias en cuanto a la naturaleza exacta de las medidas internacionales necesarias, en particular sobre la necesidad de modificar el

CASTELLI, P. G. “Governança internacional do acesso aos recursos genéticos...”, *op.cit.*, pp. 52 y ss.

³⁶⁰ En relación con la apropiación y protección de los CTs, vale la pena señalar que las comunidades tradicionales no participan de la revisión y no tienen ninguna forma de expresar sus opiniones directamente en el forum. BAYLÃO, R. DI S.; BENSUSAN, N. “A questão da proteção dos conhecimentos tradicionais...”, *op.cit.*, p. 21.

³⁶¹ Vid., también, WAGER, H. “Biodiversity, traditional knowledge and folklore...”, *op.cit.*, p. 03; KOSZUOSKI, A. *Conhecimentos tradicionais...*, *op.cit.*, p. 85.

Acuerdo sobre los ADPIC para promover los objetivos del CDB; y, hay un conflicto inherente entre ambos instrumentos y es necesario enmendar el Acuerdo sobre los ADPIC para eliminar ese conflicto.

En realidad, y para mejor comprensión, podemos analizar estos posicionamientos agrupándolos en dos grupos: un primer grupo, para el cual no existe ningún conflicto entre los ADPIC y el CDB, y para el que no hay necesidad de modificaciones en el ADPIC; un segundo grupo, que aboga por la existencia de un conflicto y por la incompatibilidad de estos dos Instrumentos Jurídicos.

Obviamente, el primer grupo tiene como representantes países desarrollados como EE.UU.³⁶², Japón, Australia, Canadá y Suiza. El segundo grupo, por su vez, tiene como principales representantes países en desarrollo como, Brasil, China, Colombia, Ecuador, India, Filipinas, Indonesia, Venezuela, además de la Comunidad Andina y del Grupo Africano³⁶³.

Para el primer grupo el Acuerdo sobre los ADPIC y el CDB tienen objetivos y finalidades diferentes, no opuestos, y se refieren a materias distintas y pueden y deberían ser aplicados de manera que se refuercen mutuamente a nivel nacional, y, por lo tanto, no hay ninguna necesidad de adaptación de los mismos. Además, afirman que *“la correcta aplicación de los criterios de patentabilidad garantizará la concesión de patentes válidas sobre las invenciones que utilizan material genético; [y que] dichas patentes no impiden observar las disposiciones del CDB relativas al derecho soberano de los países sobre sus recursos genéticos, el consentimiento fundamentado previo y la participación en los beneficios”*.³⁶⁴

El segundo grupo opina que sí hay divergencias entre estos dos Instrumentos y que es necesario modificar el Acuerdo de los ADPIC, incorporando en él ciertas prescripciones del CDB, para promover los objetivos de este

³⁶² La oposición de los EE.UU en revisar el art. 27.3 (b) del Acuerdo sobre los ADPIC es analizado en KURUK, P. “Goading a reluctant dinosaur...”, *op.cit.*, p. 17 y ss.

³⁶³ **WIPO**. Doc. IP/C/W/403. Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. “The relationship between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity and the protection of traditional knowledge”. Submission by Bolivia, Brazil, Cuba, Dominican Republic, Ecuador, India, Perú, Thailand, Venezuela, 24 June 2003. Disponible en <<http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/IP/C/W403.doc>>. Consultada el 29 de marzo 2011.

³⁶⁴ **OMC**. Doc. IP/C/W/368/Rev.1..., *op.cit.*

último³⁶⁵. Algunos países, como Brasil, por ejemplo, han afirmado que puede ser que no haya divergencias intrínsecas entre ellos, pero sí hay divergencias en cuanto a la naturaleza de las medidas internacionales necesarias para promover los objetivos del CDB, y que, por tanto, sí es necesario modificar el Acuerdo de los ADPIC.

Estos países han hecho varias propuestas para modificación de los ADPIC, entre ellas algunas relativas a la patentabilidad de recursos genéticos o creaciones que tengan como base algún tipo de CT³⁶⁶. *“Se ha propuesto que los solicitantes de patentes estén obligados a revelar la fuente y el país de origen de cualquier recurso genético o conocimiento tradicional que hayan utilizado en sus invenciones y que demuestren que han obtenido el consentimiento fundamentado previo de la autoridad competente en el país de origen y han concertado acuerdos justos y equitativos de participación en los beneficios o que han seguido las prescripciones jurídicas nacionales”*.³⁶⁷

Afirman además que *“al exigir que ciertos materiales genéticos sean patentables o queden protegidos mediante derechos sui generis relativos a las obtenciones vegetales y al no impedir la concesión de patentes sobre otros materiales genéticos, el Acuerdo sobre los ADPIC permite que un particular se apropie de esos recursos genéticos de manera incompatible con los derechos soberanos de los países sobre sus recursos genéticos según lo dispuesto en el CDB”*³⁶⁸. Y que *“el Acuerdo sobre los ADPIC prevé la obtención de derechos de patente u otra forma de protección de la propiedad intelectual respecto de los materiales genéticos sin exigir que se respeten las disposiciones del CDB,*

³⁶⁵ KOSZUOSKI, A. *Conhecimentos tradicionais...*, *op.cit.*, p. 85. Para estos países el Acuerdo sobre los ADPIC debe modificarse para establecer que un solicitante de una patente relativa a materiales biológicos o conocimientos tradicionales proporcionen, como una condición de los derechos de patente, "(i) la divulgación de la fuente y el país de origen del recurso biológico y de los conocimientos tradicionales utilizados en la invención, (ii) pruebas del consentimiento fundamentado previo mediante la aprobación de las autoridades en virtud del nuevo régimen nacional, y (iii) pruebas de la distribución justa y equitativa de beneficios en el marco del régimen nacional pertinente. **WIPO**. Doc. IP/C/W/403..., *op.cit.*

³⁶⁶ Estas propuestas pueden ser analizadas en BAYLÃO, R. DI S.; BENSUSAN, N. “A questão da proteção dos conhecimentos tradicionais...”, *op.cit.*, p. 21.

³⁶⁷ **OMC**. Doc. IP/C/W/368/Rev.1..., *op.cit.*

³⁶⁸ **OMC**. Doc. IP/C/W/368/Rev.1..., *op.cit.*

*incluidas las relacionadas con el consentimiento fundamentado previo y la participación en los beneficios*³⁶⁹.

El segundo grupo también ha propuesto la modificación del párrafo 3 b) del art. 27 del Acuerdo sobre los ADPIC con el propósito de obligar los Estados miembros a tomar medidas que *“impidan que las formas de vida y sus partes sean patentables. Si ello no fuera posible, se deberían excluir al menos las patentes sobre invenciones que se basan en conocimientos tradicionales o autóctonos y las de productos y procedimientos esencialmente derivados*³⁷⁰.

De todos estos debates queda claro que el ADPIC no contempla los intereses de los países en desarrollo, ricos en biodiversidad y conocimientos tradicionales, que, como veremos adelante, buscan la protección de esos derechos en el plano Internacional, además de la justa y equitativa repartición de los beneficios derivados de ellos. Es obvio también que los países desarrollados defiendan el Acuerdo, puesto que se benefician de estos recursos sin tener que repartir las ganancias derivadas de ellos³⁷¹.

En conclusión, cabe apuntar que, a pesar de que los países en desarrollo han defendido el reconocimiento y la previsión de protección de los CTs en el ADPIC, el debate sobre los sujetos, la naturaleza y el ámbito de los conocimientos que han de ser protegidos, así como la extensión o la forma de protección, no está claro y tampoco hay consenso en cómo el tema debe ser incorporado dentro del Acuerdo³⁷².

³⁶⁹ OMC. Doc. IP/C/W/368/Rev.1..., *op.cit.*

³⁷⁰ OMC. Doc. IP/C/W/368/Rev.1..., *op.cit.* Para profundizar el debate acerca de la revisión del art. 27.3.b del ADPIC consultar DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 127 y ss.

³⁷¹ Algunas críticas al ADPIC pueden ser encontradas en LONGACRE, E. “Advancing science while protecting developing countries...”, *op.cit.*, p. 13 y ss.

³⁷² BAYLÃO, R. DI S.; BENSUSAN, N. “A questão da proteção dos conhecimentos tradicionais...”, *op.cit.*, pp. 20-21.

3.2.2. El debate acerca de la protección internacional de los conocimientos tradicionales

La labor del Consejo de los ADPIC sobre las cuestiones directamente relacionadas con la protección de los CTs está prescrita en el documento IP/C/W/370/Rev.1³⁷³.

Sobre las cuestiones generales relacionadas con la protección de los CTs, el documento recoge el debate y opiniones expresadas sobre dos cuestiones específicas: por qué se precisan medidas internacionales en materia de protección de los CTs; y, el foro o foros internacionales más competentes para llevar a cabo esta labor.

Con relación a la preocupación por la adopción de medidas internacionales para proteger los CTs, los problemas planteados se pueden dividir en torno a dos categorías: la concesión de patentes u otros derechos de propiedad intelectual sobre los CTs a personas naturales o jurídicas distintas de las comunidades que originaron esos conocimientos y que ejercen el control legítimo sobre ellos; y, la utilización de los CTs sin la autorización de las comunidades tradicionales que los han originado sin la participación adecuada de esas comunidades en los beneficios derivados de la utilización de tales conocimientos.

Países como Brasil, Bolivia, Indonesia, Kenya, Venezuela, India, Ecuador, Perú, Colombia, Nicaragua, Tailandia, República Dominicana, Suiza, Cuba, Honduras, Paraguay, han expuesto muchas y diferentes razones para justificar por qué se debe adoptar medidas internacionales para proteger los CTs³⁷⁴. A continuación resumiremos esas exposiciones:

- Interés económico común. Los CTs constituyen un valioso recurso mundial que pueden traducirse en beneficios comerciales, ya que proporcionan indicios para la elaboración de productos y procesos útiles, ahorrando tiempo y

³⁷³ Pese a de que el título del documento abarca tanto los conocimientos tradicionales como el folclore, la propia Secretaria del Consejo enfatiza que *"la gran parte de lo que se ha dicho hasta ahora en el Consejo de los ADPIC se centra únicamente en los conocimientos tradicionales (de naturaleza técnica), habiéndose hecho relativamente poca referencia al folclore"*. OMC.Doc. IP/C/370/Rev.1..., *op.cit.*

³⁷⁴ OMC. Doc. IP/C/W/368/Rev.1..., *op.cit.*

dinero a la industria biotecnológica, en especial en los sectores farmacéuticos y agropecuarios.

- Equidad. Así como los Estados están obligados por el ADPIC a conceder derechos de protección intelectual sobre una gama amplia de materias, lo justo también es que los Estados extiendan esta protección a los CTs. Además, dada la importancia del valor económico de los mismos, sus poseedores deben participar en los beneficios económicos que esos conocimientos pudieran generar. Por ello, la comunidad internacional debe crear un sistema equitativo para la disposición, adquisición, mantenimiento y el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual, no excluyendo, a priori ningún sector de la sociedad.

- Seguridad alimentaria. Hay que considerar las prácticas exitosas de las comunidades tradicionales con relación a la conservación, distribución y replantación de semillas que son procesos esenciales de esas comunidades que garanticen la seguridad alimentaria.

- Cultura. La adopción de medidas internacionales de protección a los CTs contribuiría para preservar y fomentar las prácticas cotidianas que forman parte de la vida de las comunidades tradicionales y que forman su cultura.

- Medio ambiente. En un tiempo de agotamiento de los recursos naturales, las prácticas e innovaciones desarrolladas por las comunidades tradicionales desempeñan un importante papel en el proceso de utilización sostenible del medio ambiente y de conservación de los recursos genéticos y naturales en general.

- Desarrollo. La protección internacional de los CTs permitirá sin duda el desarrollo económico, social y cultural de los países pobres en biotecnología, más rico en CT.

- Coherencia entre las legislaciones nacionales y la internacional. El reconocimiento internacional de los CTs como materia que puede ser objeto de protección estaría en conformidad con la obligación de respetar, preservar y mantener los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades tradicionales, prevista en el art. 8 (j) del CDB. Además, de no haber un mecanismo internacional de protección para esos conocimientos, se podría menoscabar la aplicación de las legislaciones nacionales y regionales que reconocen los derechos colectivos de esas comunidades sobre sus conocimientos.

- Uso transfronterizo de los conocimientos tradicionales. Con frecuencia la apropiación indebida de CT implica la adquisición de esos conocimientos en un país y la obtención de patentes, por lo general, en otros. Así que, aunque estos actos sean ilícitos conforme la legislación del país de origen, nada o muy poco se podrá hacer al amparo de esa legislación si los conocimientos se utilizan y patentan fuera de su ámbito de jurisdicción.

En oposición a esos argumentos, países como EE.UU., Australia y Nueva Zelanda, defienden que el paso fundamental es establecer sistemas nacionales de protección a los CTs antes de iniciar un debate sobre la adopción de medidas internacionales.

En resumen esos países señalan que: la aplicación de las leyes actualmente en vigor son suficientes para proteger inmediatamente los derechos de los titulares de los CTs; no hay pruebas concretas de que los sistemas nacionales de protección de los CTs no son suficientes, por sí solos, para hacer frente a la apropiación indebida de esos conocimientos; antes de considerar la posibilidad de adopción de medidas internacionales de protección es necesario compartir las experiencias nacionales y que sean determinados los ámbitos de inadecuación de los sistemas nacionales; los sistemas nacionales pueden tener perspectiva internacional de modo que plantean la solución en casos de diferencias transfronterizas o en cuestiones relacionadas con la observancia de la legislación; y, los sistemas internacionales deben ser respaldados por una aplicación general de los sistemas nacionales.

Obviamente estos argumentos en defensa de adopción de medidas solamente nacionales para proteger los CTs son un poco superficiales y no representan la verdad de los hechos. Mucho se ha debatido sobre la eficacia de los sistemas nacionales de protección y se ha comprobado que los sistemas nacionales son ineficaces si no hay una unificación y respaldo en legislación internacional. Ejemplo de esto son los innumerables casos de apropiación indebida de CTs, que suelen ser transferidos a terceros por medio de concesión de patentes, sin ninguna autorización de la comunidad poseedora del conocimiento y sin el debido reparto de los beneficios³⁷⁵. En realidad, los sistemas

³⁷⁵ Ejemplos largamente conocidos son los casos de concesión de patentes de la margosa, la cúrcuma, la ayahuasca, conocimientos de las comunidades tradicionales de Brasil e India, a empresas americanas, que sólo fueron impugnadas gracias a la firme determinación de los

nacionales solo serán eficaces en la medida en que sean complementarios al establecimiento de mecanismos en el nivel internacional.

En cuanto al foro o foros adecuados para llevar a cabo la labor relativa a la protección de los CTs coexisten dos opiniones principales, en especial sobre la continuación de los debates en el seno de la OMC, más específicamente en el Consejo de los ADPIC: la prioridad debe ser dada a la labor en curso desarrollada por la OMPI y otros foros competentes, y la OMC sólo deberá volver a ocuparse de este tema cuando la labor en los primeros haya esclarecido lo suficiente las cuestiones conceptuales y las opciones posibles; y, la labor debe proseguir en todos los foros, incluyéndose el Consejo de los ADPIC, con apoyo mutuo.

Por todo lo dicho hasta aquí está claro que los países no han logrado un acuerdo ni sobre el objetivo de la protección, ni sobre el ámbito de dicha protección. Algunos países están más preocupados en evitar la apropiación indebida de los CTs, así como en asegurar la distribución justa y equitativa de los beneficios oriundos de la explotación comercial de estos conocimientos; otros están preocupados en desarrollar derechos de propiedad intelectual para los CTs. Además, mientras algunos países defienden una protección internacional, otros defienden la protección de los CTs por vía de legislaciones nacionales³⁷⁶.

3.2.3. Otros debates acerca de la protección de los conocimientos tradicionales

Además de la conveniencia del examen del párrafo 3, b) del artículo 27 del ADPIC y de la necesidad o no de una protección internacional para los CTs, otros temas debatidos en el Consejo de los ADPIC están en relación con cuál sería el mejor sistema para proteger los CTs. Para intentar proteger los derechos de las comunidades tradicionales sobre sus conocimientos se han hecho varias

gobiernos y un consorcio de organismos no gubernamentales. Doc. OMC IP/C/W198 (Comunicación de India) y Doc. OMC IP/C/W/228 (Comunicación de Brasil).

³⁷⁶ “Los países en desarrollo quieren algún reconocimiento y protección de los conocimientos tradicionales, pero parece haber vacilación sobre el objeto, la naturaleza y el propósito de esa protección, así como sobre la extensión en que el asunto debe ser abarcado por el TRIPS. Los Estados Unidos han insistido en no admitir ningún tratamiento del tema de los conocimientos tradicionales en el ámbito del TRIPS”. BAYLÃO, R. DI S.; BENSUSAN, N. “A questão da proteção dos conhecimentos tradicionais...”, *op.cit.*, p. 21.

sugerencias, que en muchos casos son incluso antagónicas: utilizar con mayor eficacia el sistema de DPI en vigor; proteger los CTs mediante un sistema de derechos exclusivos *sui generis* a fin de garantizar justicia y equidad en el mercado; adoptar sistemas basados en contratos bilaterales, concertados entre los titulares de los CTs y las personas físicas o jurídicas que deseen tener acceso o hacer uso de estos conocimientos; exigir a los solicitantes de patentes de invenciones que tengan como bases CTs asociados a los recursos genéticos que revelen el origen de la fuente y que demuestren que han obtenido el consentimiento fundamentado previo y que han concertado los acuerdos de participación en los beneficios.

De entre estas sugerencias las dos primeras son las que más se han profundizado en los debates. Es decir, la discusión más profunda en torno de la protección de los CTs se centra en proteger esos conocimientos mediante el sistema de propiedad intelectual en vigor o por medio de un sistemas *sui generis*. Más adelante apuntaremos los principales puntos debatidos en torno a esos dos sistemas.

A) La protección de los conocimientos tradicionales por vía del sistema de propiedad intelectual

Pese a que la OMC ha reconocido que las preocupaciones por la situación actual con relación a la protección de los CTs, expresadas por los defensores de la adopción de medidas internacionales, se pueden dividir en dos grandes categorías: *a) la concesión de patentes u otros derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales a personas naturales o jurídicas distintas de las propias poblaciones o comunidades indígenas que originaron esos conocimientos y que ejercen el control legítimo sobre ellos; b) la utilización de los conocimientos tradicionales sin la autorización de las poblaciones o comunidades indígenas que los han originado y que ejercen el control legítimo sobre ellos, sin repartición adecuada de esas poblaciones o comunidades en los beneficios derivados de la utilización de tales conocimientos;*³⁷⁷ este reconocimiento es

³⁷⁷ OMC. Doc. IP/C/W/370/Rev.1. *op.cit.*, p. 03.

tendencioso una vez solamente que se reconoce el debate que gira en torno de la protección de los CTs por vía del sistema de DPI vigente. Cuando ella simplemente reduce el debate a la concesión de patentes u otros derechos de propiedad intelectual sobre los CTs, y a la autorización o no de la comunidad titular del conocimiento para utilización por parte de tercero, queda claro que la OMC no quiere reconocer otra forma de protección que no sea la basada en el sistema de PI. De estas afirmaciones parece deducirse que la OMC considera que el reconocimiento de DPI sobre los CTs podría poner fin a estos problemas.

Para la OMC, la principal discusión gira en torno a la necesidad de consentimiento previo o no de las comunidades que detentan los conocimientos en cuestión y no en el debate sobre la (in)adecuación del sistema de PI para proteger los CTs, que debería ser el centro de las discusiones.

Países como EE.UU., Australia y Japón han afirmado que si es preciso examinar vías eficaces de protección de los CTs, debería empezarse por examinar las posibilidades de utilización en el marco jurídico existente, específicamente el sistema de propiedad intelectual o una combinación de leyes sobre DPI y de otro tipo³⁷⁸.

Estos países han sugerido que además del sistema de patentes se podrían utilizar otros derechos de PI como las marcas de fábricas o de comercio, las marcas de certificación y el derecho de autor y derechos conexos.

A continuación remarcamos algunas observaciones y ejemplos citados en los debates sobre la protección de los CTs a través del sistema de PI en vigor:

- Posibilidad de proteger las expresiones culturales tradicionales vía el derecho de autor y derechos conexos. Como ejemplo de esta posibilidad hacen referencia a los siguientes casos: la utilización no autorizada de una fotografía de un grupo de danzas indígenas; la reproducción no autorizada de imágenes artísticas espirituales talladas en roca; y, la distorsión de obras artísticas que contenían imágenes culturales preexistentes del clan. Además, remarcan que la protección de las interpretaciones de música tradicional tiene previsión en el Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonograma de la OMPI³⁷⁹. La

³⁷⁸ Doc. IP/C/W/310, IP/C/M/29 y IP/C/37/Add.1.

³⁷⁹ El Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TIEF), adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, es el único tratado sobre derechos conexos que incluye de manera explícita la protección de intérpretes de “expresiones del folclore”. El Tratado en el art. 2

posibilidad de utilizar el derecho de autor para proteger las ECTs será analizada en el capítulo IV de este trabajo.

- La utilización del sistema de patentes para productos comerciales que utilizan como base los CTs, asociada a contratos voluntarios, proporcionará una base jurídica sólida para el reparto de los beneficios, mientras que la falta de dicha protección significaría que cualquiera sería libre para utilizar la tecnología sin ninguna obligación de compartir.

- Adicionalmente, han señalado que junto con el sistema de patentes y el del derecho de autor y derechos conexos, los más usuales tratándose de protección de los CTs, otros DPI vigentes pueden ayudar en la tarea de proteger los CTs. Entre ellos citan los secretos industriales, el sistema de competencia desleal, los diseños industriales, las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de certificación y las indicaciones geográficas.

En contraposición a la defensa de una protección mediante el sistema de DPI vigente, se ha señalado que, aún cuando, en ciertos casos, el sistema de DPI sí se puede utilizar, la protección que los mismos otorgan a los titulares de los CTs no es suficiente.

El debate específicamente sobre el sistema de patentes con relación a los CTs gira en torno de tres ideas. Primera, la posibilidad de concesión de patentes a personas físicas o jurídicas distintas de las comunidades que originaron y desarrollaron esos conocimientos y que debe tener el control legítimo sobre ellos. Segunda, la posibilidad de concesión de patentes sobre los CTs que están en dominio público o sin el consentimiento de sus poseedores que equivaldría a la apropiación indebida de dichos conocimientos. Y, por fin, aborda dos cuestiones específicas con relación “*al estado de la técnica*”. La primera referente a la definición de “*estado anterior de la técnica*” y, la segunda, sobre la “*adecuación de la información sobre el estado anterior de la técnica*”.

Especialmente con relación al estado de la técnica, se ha afirmado que en el momento de analizar el criterio de novedad exigido para que la invención sea patentada, algunos países miembros del ADPIC definen la novedad de una manera que no reconoce la información a disposición del público por vía oral fuera

establece que “*a los fines del presente Tratado, se entenderá por: a) ‘artistas intérpretes o ejecutantes’, todos los actores, cantantes, músicos, bailarines u otras personas que representen un papel, canten, reciten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones del folclore*”.

de su jurisdicción. Lo que hace que ciertas patentes sean concedidas indebidamente. En consecuencia, muchos países han defendido que, a fin de asegurar que los CTs no se incluyan en las reivindicaciones de patentes, el concepto de novedad previsto en el Acuerdo de los ADPIC debe ser interpretado de forma que se incluyan la publicación y la utilización previas en cualquier parte del mundo.

El siguiente hito se refiere a las informaciones sobre el estado anterior de la técnica a disposición de las oficinas de patentes. En el caso de los CTs de un país concreto, que no están documentados por escrito ni tampoco accesibles a las oficinas de patentes, y que por su propia naturaleza se transmiten oralmente, no se pueden considerar incluidas en el estado anterior de la técnica. Esto hace que ciertas patentes sean concedidas erróneamente. Y una vez concedida la patente, el proceso de anulación de la misma es complicado y oneroso, de donde resulta que no es económicamente viable para las comunidades tradicionales³⁸⁰.

También se ha subrayado que en los casos en que los CTs sirven solamente de base para futuras innovaciones que cumplen con los requisitos de patentabilidad, y que estas innovaciones sean perfectamente patentables, ha de considerarse que la existencia de una patente no debe invalidar los requisitos de la legislación nacional que obliga a obtener la autorización de los titulares del conocimiento del cual deriva la invención y a compensar a éstos por su uso o hacerlos participar en los beneficios de dicho uso³⁸¹.

Además se ha ponderado que la concesión de patentes basada en los CTs reduce el valor económico de los mismos y pueden *“frenar el desarrollo y la utilización de esos conocimientos en el mercado, y puede facilitar la utilización o explotación por terceros de esos conocimientos sin que las comunidades en cuestión obtengan ningún beneficio”*³⁸².

A fin de intentar resolver los problemas relacionados con la concesión errónea de patentes con bases en los CTs, se ha dado a entender que el

³⁸⁰ Como ya hicimos referencia, en los casos de la margosa, la cúrcuma y la ayahuasca, las impugnaciones sólo fueron posibles gracias a la firme determinación de los gobiernos y un consorcio de organismos no gubernamentales.

³⁸¹ La inadecuación del sistema de patentes para proteger los CTs será analizada en el capítulo tercero.

³⁸² OMC. Doc. IP/C/W/368/Rev.1..., *op.cit.*

desarrollo de bases de datos sobre esos conocimientos ayudaría a las oficinas de patentes a mejorar el examen de las solicitudes y, en el momento de analizar el estado anterior de la técnica, a impedir la concesión de patente para materias que no deberían ser patentables³⁸³.

Sin embargo, otros países han expresado algunas preocupaciones en relación con esta base de datos. En especial, cabe destacar los siguientes planteamientos: quién asumiría el coste del mantenimiento de la base de datos; la base de datos probablemente no estaría completa puesto que no contendría los conocimientos preservados oralmente o los conocimientos que están en constante evolución; la base de datos no podría resolver el problema de los titulares de los CTs que no reciben los beneficios económicos provenientes de la utilización de los mismos; que los inspectores de patentes no estarían obligados a consultar la bases de datos y tampoco a tener en cuenta las informaciones disponibles al investigar el estado anterior de la técnica.

En realidad, lo que se percibe es la gran dificultad de los países miembros del ADPIC en buscar protección para los CTs fuera del sistema de propiedad intelectual, especialmente los países en desarrollo donde viven la gran mayoría de las comunidades tradicionales. Países como Brasil y Ecuador, por ejemplo, a pesar de reconocer que los CTs tienen naturaleza jurídica de derechos colectivos aún están presos a la hora de protegerse mediante el sistema de propiedad intelectual³⁸⁴.

³⁸³ Algunas propuestas concretas se han hecho en este sentido: facilitar el acceso a estas bases de datos a las autoridades de patentes y a las autoridades judiciales competentes mediante el establecimiento de una puerta de conexión internacional para los CTs; establecer nivel mínimo de armonización de las estructuras y del contenido de esta bases de datos; desarrollar bases de datos accesible a través de Internet; garantizar a los inspectores de patentes la familiarización con los CTs; contener en la base de datos solamente los CTs que ya están en dominio público o aquellos para los cuales ya se haya obtenido un consentimiento fundamentado previo; permitir el acceso a la base de datos sin procedimientos onerosos. **OMC**. Doc. IP/C/W/368/Rev.1..., *op.cit.*

³⁸⁴ Brasil reconoce la naturaleza colectiva de los CTs en el párrafo único del art. 9 de la Ley nº. 2.186-16, que será analizada más adelante, y señala que "*para efecto de esta Ley Provisional, cualquier conocimiento tradicional asociado al patrimonio genético podrá ser de titularidad de la comunidad, aunque solamente un individuo, miembro de esa comunidad, detenga ese conocimiento*". Ecuador, a su vez, reconoce la naturaleza de derechos colectivos a los CTs en la Constitución, revisada en 1998, que en su art. 84 señala que "*el Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos...*".

B) La protección de los conocimientos tradicionales por vía de un sistema “*sui generis*”

Pese a que la mayoría de los debates sobre la protección de los CTs gire en torno del sistema de PI, más específicamente del sistema de patentes, de una forma enfática algunos países han advertido que sólo una protección mediante un sistema exclusivo *sui generis* puede garantizar justicia y equidad en la protección de los CTs³⁸⁵. “*Un planteamiento de derechos exclusivos podría proporcionar una protección erga omnes, en el sentido de que si de algún modo los conocimientos se divulgan públicamente, se dispondrá de mecanismos para impedir su utilización por terceros*”³⁸⁶.

Obviamente esta propuesta ha generado algunas indagaciones. Aún cuando se muestra favorable a que se elabore un modelo internacional de protección de los CTs, la Unión Europea (UE), por ejemplo, se ha manifestado en el sentido de que para debatir un sistema de esa índole es necesario esclarecer la definición y el alcance de la expresión “conocimientos tradicionales”³⁸⁷. La UE señala además que en este caso sería necesario superar las dificultades referentes a la determinación y las modalidades del régimen de propiedad³⁸⁸.

Igualmente, se ha dicho que no hay en el Acuerdo sobre los ADPIC nada que impida que los miembros de la OMC establezcan un régimen de protección de los CTs, que regule y proteja el acceso o la prohibición de acceso a los mismos y la retribución por su utilización³⁸⁹.

No obstante, lo cierto es que ha habido muy poca discusión específica sobre la cuestión de la protección *sui generis* de los CTs. Los Miembros de la OMC parecen haber preferido discutir el tema en el Comité Intergubernamental de

³⁸⁵ MARIN, P. L. C. *Providing protection for plant genetic resources. Patents, sui generis systems, and biopartnerships*. Kluwer Law International, 2002. La autora señala que el aludido sistema *sui generis* tiene que ser diferente de los principales sistemas de protección de propiedad intelectual que están previstos en el ADPIC.

³⁸⁶ OMC. Comunicación de Brasil, IP/C/W/228, párrafo 34.

³⁸⁷ OMC. Comunicación de la Comunidad Europea IP/C/M43, párrafo 41.

³⁸⁸ OMC. Comunicación de la Comunidad Europea IP/C/M/35, párrafos 238 y 239.

³⁸⁹ OMC. Doc. IP/C/W/370/Rev.1..., *op.cit.*

la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, y Conocimientos Tradicionales y Folclore, es decir, el debate sobre la protección de los CTs en el Consejo de los ADPIC gira en torno de la propiedad intelectual³⁹⁰.

3.3. La Declaración Ministerial de Doha

Como hemos adelantado, el ADPIC prevé una revisión del art. 27.3 b) del propio Acuerdo, que establece las excepciones a la patentabilidad relacionadas con los recursos biológicos. Así que la OMC, en la Declaración Ministerial emitida en la Cuarta Conferencia en Doha, Qatar, en 2001, conocida como Declaración Ministerial de Doha, encargó al Consejo de los ADPIC que efectúe la referida revisión del art. 27.3 (b) del Acuerdo.

En cuanto a los CTs, la Declaración hace referencia a los mismos en dos secciones. La primera referencia está implícita y se encuentra en el párrafo 17 que habla de la promoción de la investigación y desarrollo de nuevos medicamentos. Obviamente cuando se habla de investigación de fármacos está implícita también su relación con los CTs. La segunda referencia está explícita en el párrafo 19 y se encomienda al Consejo de los ADPIC que al llevar a cabo su programa de trabajo, en el marco de lo previsto en el párrafo 3 b) del art. 27, examine la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el CDB³⁹¹, especialmente en lo que se refiere a la protección de los CTs³⁹².

De los diversos puntos de contacto entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el CDB, incluyendo la protección del CT, la discusión ha ido progresivamente

³⁹⁰ WAGER, H. "Biodiversity, traditional knowledge and folklore...", *op.cit.*, p. 04.

³⁹¹ El art. 19 de la Declaración de Doha establece: "*encomendamos al Consejo de los ADPIC que, al llevar adelante su programa de trabajo, incluso en el marco del examen previsto en el párrafo 3 b) del artículo 27, del examen de la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC previsto en el párrafo 1 del artículo 71 y de la labor prevista en cumplimiento del párrafo 12 de la presente Declaración, examine, entre otras cosas, la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore, y otros nuevos acontecimientos pertinentes señalados por los Miembros de conformidad con el párrafo 1 del artículo 71. Al realizar esta labor, el Consejo de los ADPIC se regirá por los objetivos y principios enunciados en los artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC y tendrá plenamente en cuenta la dimensión de desarrollo*".

³⁹² Ver CASTELLI, P. G. "Governança internacional do acesso aos recursos genéticos e dos saberes tradicionais...", *op.cit.*, p. 55 y ss.

enfocándose en evitar la apropiación indebida de los CTs, en parte debido a la concesión indebida de patentes sobre la cúrcuma, el basmati y la ayahuasca.

En ese contexto, varios países en desarrollo³⁹³ han solicitado insistentemente que se estipule en el Acuerdo sobre los ADPIC que los Miembros deben exigir al solicitante de una patente relativa a materiales biológicos o CT, como condición para adquirir los derechos de patente: a) la divulgación de la fuente y el país de origen del recurso biológico y del CT utilizado en la invención; b) pruebas del consentimiento fundamentado previo; y, c) pruebas del reparto justo y equitativo de los beneficios conforme al régimen nacional del país de origen³⁹⁴.

Los defensores de esta idea sostienen que, además de resolver un problema de coherencia entre el ADPIC y el CDB, esta solución es también la más rentable, ya que sería internacionalmente aceptada, lo que impediría caros litigios de patentes³⁹⁵.

En marzo del 2004, Brasil, Cuba, Ecuador, India, y otros países en desarrollo presentaron una lista recapitulativa de cuestiones vinculadas a la divulgación de la fuente y el país de origen del recurso biológico y el CT como una de las maneras de incrementar el respaldo del Acuerdo sobre los ADPIC y el CDB, según lo requerido por el párrafo 19 de la Declaración Ministerial de Doha³⁹⁶.

También, en 2006, varios países en desarrollo avanzaron en sus esfuerzos por modificar el Acuerdo de los ADPIC para que los solicitantes de patentes que involucren recursos naturales y/o CT asociado revelen el origen de éstos. Brasil, India, Pakistán, Perú, Tailandia y Tanzania, y más recientemente el Grupo Africano, presentaron la propuesta formalmente al Consejo General de la OMC y

³⁹³ Entre los países podemos apuntar Brasil, China, Cuba, República Dominicana, Ecuador, India, Pakistán, Tailandia, Venezuela y Zambia. CARVALHO, E. T. "Protection of traditional biodiversity-related knowledge...", *op.cit.*, p. 17.

³⁹⁴ Vid. Doc. IP/C/W/356 y CARVALHO, E. T. "Protection of traditional biodiversity-related knowledge...", *op.cit.*, p. 18.

³⁹⁵ **WTO**. Doc. IP/C/W/356. The relationship between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity and the protection of traditional knowledge", 24 June 2002. Disponible en <http://commerce.nic.in/trade/international_trade_matters_agreement_trips_submissions_14.asp>. Consultada el 05 de abril de 2011.

³⁹⁶ La lista recapitulativa está comprendida en el documento IP/C/W/420.

al Comité de Negociaciones Comerciales de la OMC en el contexto de la relación entre el ADPIC y el CDB, como un problema de aplicación pendiente en el marco del Programa de Trabajo de Doha.

La comunicación promueve lo que varios países en desarrollo defendieron durante varios años en distintos foros, tanto dentro de la OMC como fuera de esa organización (por ejemplo, en el marco del CDB y de la OMPI). La Comunicación propone la introducción del texto en el Acuerdo sobre el ADPIC mediante un “Artículo 29 bis” titulado “*Revelación del origen de los recursos biológicos y/o el conocimiento tradicional asociado*”³⁹⁷.

En el marco del nuevo artículo, que se refiere a la materia de la solicitud de patente que involucren recursos biológicos y/o CT, los países deberían exigir a los solicitantes: 1) revelar el país que proveyó los recursos y/o el conocimiento tradicional asociado; 2) proveer información y pruebas de cumplimiento con la ley del país de origen en cuanto al consentimiento previo informado para el acceso y la distribución justa de los beneficios derivados del uso de recursos y/o CT; 3) complementar y corregir la información, incluso pruebas, a la luz de nueva información³⁹⁸.

³⁹⁷ El texto propuesto es el siguiente: “1. A fines de establecer una relación de mutuo apoyo entre este Acuerdo y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, al aplicar sus obligaciones, los Miembros deberán considerar los objetivos y principios de este Acuerdo y los objetivos del Convenio sobre la Diversidad Biológica. 2. Cuando la materia de una solicitud de patente se derive de o sea desarrollada con recursos biológicos y/o conocimiento tradicional asociado, los Miembros exigirán a los solicitantes que revelen el país que proveyó dichos recursos y/o conocimiento tradicional asociado (...) Los Miembros también exigirán a los solicitantes que provean, entre otras informaciones, pruebas del cumplimiento con los requisitos legales pertinentes del país proveedor, en cuanto al consentimiento previo informado para el acceso y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización comercial u otra de tales recursos y/o conocimiento tradicional asociado. 3. Los Miembros exigirán a los solicitantes o propietarios de patentes que complementen y corrijan la información, incluso las pruebas suministradas en virtud del párrafo 2 de este artículo, a la luz de cualquier nueva información que obtengan. 4. Los Miembros publicarán la información revelada de acuerdo con los párrafos 2 y 3 de este artículo, conjuntamente con la solicitud o concesión, la que ocurra primero. Cuando un solicitante o propietario de patente provea información adicional según el párrafo 3 después de dicha publicación, la información adicional también deberá publicarse sin demora. 5. Los Miembros establecerán procedimientos eficaces de ejecución para asegurar el cumplimiento con las obligaciones dispuestas en los párrafos 2 y 3 de este Artículo. En particular, los Miembros se asegurarán de que las autoridades administrativas y/o judiciales tengan la autoridad necesaria para impedir más procesamientos de solicitudes o concesiones de patentes y a revocarlas, sujeto a lo dispuesto en el artículo 32, o a volverlas inejecutables, cuando el solicitante, a sabiendas o con un conocimiento razonable, no haya cumplido con las obligaciones de los párrafos 2 y 3 de este Artículo, o haya suministrado información falsa o fraudulenta”.

³⁹⁸ WAGER, H. “Biodiversity, traditional knowledge...”, *op.cit.*, p. 03; SHASHIKANT, S. “Sur propone nueva cláusula del TRIPS contra la biopiratería”, en *Red del Tercer Mundo*. Disponible en <http://www.redtercermundo.org.uy/texto_completo.php?id=3058>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

También de acuerdo con el documento, los miembros de la OMC deberían publicar la información junto con la solicitud o concesión de las patentes, además de establecer procedimientos de ejecución para asegurar el cumplimiento de las obligaciones.

Debe interpretarse, entonces, que aunque la protección de los CTs no está incorporada directamente en el ADPIC, el debate en torno de la protección de los mismos ha adquirido un mayor impulso gracias al proceso de revisión del Acuerdo previsto en la Declaración Mundial de Doha que hace explícita referencia a los CTs³⁹⁹.

Pese a este avance, el 29 de marzo de 2011, el Director General PASCAL LAMY, presidente del Comité de Negociaciones Comerciales, dijo a los embajadores de los países miembros que *“existe el riesgo de que los Miembros de la OMC no logren hacer los progresos significativos que se necesitan para abril a fin de concluir las negociaciones de la Ronda de Doha este año, lo que pondría en peligro la economía mundial y a los países más vulnerables”*⁴⁰⁰, además de retroceder en los debates de algunos temas como la protección de los CTs.

VII. EL MERCADO COMUN DEL SUR (MERCOSUR)

1. Planteamiento general

El MERCOSUR fue creado en 1988 a través del Tratado de Asunción⁴⁰¹. Al principio fue constituido por apenas dos países, Brasil y Argentina; más tarde dos

³⁹⁹ El avance de los debates sobre la protección de los CTs en la Declaración de Doha puede ser acompañado el sitio Web <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/art27_3b_background_s.htm>. Consultada el 04 de abril de 2011.

⁴⁰⁰ Información disponible en <http://www.wto.org/spanish/news_s/news11_s/tnc_dg_infstat_29mar11_s.htm>. Consultada el 04 de abril de 2011.

⁴⁰¹ El Tratado de Asunción, del 26 de marzo de 1991, es un acuerdo firmado entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, en Asunción, la Capital del Paraguay, por lo que lleva su nombre, con el objetivo de crear un mercado común entre los países acordados creando entonces, lo que fue

Estados más firmaron el Tratado: Paraguay y Uruguay. El Mercado común tuvo inicio en 1995 y los principales objetivos están en relación con el desarrollo económico de la región⁴⁰². Hay también una preocupación por el fortalecimiento de la integración de estos países buscando una mayor participación de la región en el contexto internacional en los procesos de toma de decisiones. Obviamente, una coordinación política fuerte en la región tiene más éxito que un posicionamiento aislado.

2. El tratamiento dispensado a los conocimientos tradicionales

Cabe señalar que uno de los objetivos del MERCUSUR es por supuesto la armonización de las legislaciones. No obstante, en relación con los CTs, más allá de no haber una legislación común, no todos los países miembros han legislado sobre la materia. Especialmente Paraguay y Uruguay no han demostrado interés significativo sobre el tema. A pesar de ser signatarios del CBD, no han promulgado hasta el momento ninguna ley que haga referencia a los CTs.

Argentina tampoco posee legislación específica sobre la protección de los CTs. Sin embargo posee anteproyectos de leyes en el sentido de una futura normativa. Y es sobre ello que vamos hacer un pequeño análisis.

Brasil, por su parte, fue el primer país del grupo que legisló sobre el tema. La experiencia brasileña en relación con la protección jurídica de los CTs será analizada tras el análisis de los anteproyectos de Argentina sobre la temática en cuestión.

llamado Mercosur. Más tarde, en 1994, fue firmado el Protocolo de Oro Preto, un complemento del Tratado que establece que el Tratado de Asunción sea reconocido jurídicamente e internacionalmente como una organización. El Tratado de Asunción está disponible en <<http://www.rau.edu.uy/mercosur/tratasp.htm>>. Consultada el 05 de abril de 2011.

⁴⁰² Sobre el contexto de la creación y evolución histórica del MERCOSUR ver MOLERO, J. *et al.* "Patentes y desarrollo en los países del MERCOSUR. Una nueva dimensión del acuerdo MERCOSUR-Unión Europea", Instituto Complutense de Estudios Internacionales, Informe final, septiembre 2006 (Proyecto financiado por la Oficina Europea de Patentes); KOSZUOSKI, A. *Conhecimentos tradicionais...*, *op.cit.*, p. 87 y ss.

2.1. La experiencia argentina

El primer anteproyecto de ley, con 33 artículos y que partió de una iniciativa de la Universidad de Buenos Aires⁴⁰³, versa sobre la conservación y gestión de la biodiversidad y del registro de los CTs aborígenes, contemplando la voluntad del pueblo indígena argentino expresado en la Declaración de Buenos Aires.⁴⁰⁴ Puede advertirse inicialmente que el anteproyecto sólo contempla la protección jurídica de los CTs de las comunidades indígenas⁴⁰⁵.

El anteproyecto ha propuesto la creación de la Dirección Nacional de los Conocimientos Tradicionales, vinculada al Ministerio de Economía, que tendría como principales funciones proteger los derechos de las comunidades indígenas del país, mediante el registro de los CTs, y asegurar la aplicación de la Ley.

El anteproyecto encierra un concepto amplio de lo que se entiende por CT. Señala que para fines de registro serán considerados CTs todos los conocimientos utilizados por las comunidades indígenas, que sean susceptibles de aplicación comercial o industrial, tales como las prácticas médicas, los métodos de curas tradicionales, las recetas y los procesos culinarios, las expresiones del folclore, las formas arquitectónicas, el alfabeto propio, los ceremoniales, los juegos, los símbolos y los diseños gráficos⁴⁰⁶.

A pesar de la amplitud de los conocimientos protegidos, para que la comunidad indígena sea considerada titular de un CT es necesario que esté registrada como tal en el órgano competente del país⁴⁰⁷.

⁴⁰³ Iniciativa del Proyecto de Investigación UBACyT D012. *Conservación y Gestión de la Biodiversidad y el Conocimiento Tradicional asociado*, dirigido por la Dra. Teodora Zamudio y presentado el 4 de marzo de 2003 al Instituto Nacional de la Propiedad Industrial.

⁴⁰⁴ Anteproyecto de Ley de Registro de Conocimientos Tradicionales Aborígenes. Disponible en <<http://www.biotech.bioetica.org/ap43.htm>>. Consultada el 04 de abril de 2011.

⁴⁰⁵ Un estudio realizado por la Facultad de Farmacia y Bioquímica de la Universidad de Buenos Aires en 11 Provincias del País, mediante análisis genético, demuestra que el 56% de la población argentina es descendiente de amerindios y que 11% son indígenas puros. El Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) estima que viven hoy en Argentina cerca de 850.000 indios. KOSZUOSKI, A. *Conhecimentos tradicionais...*, *op.cit.*, p. 94 y 102.

⁴⁰⁶ Para más detalles del proyecto ver KOSZUOSKI, A. *Conhecimentos tradicionais...*, *op.cit.*, p. 101 y ss.

⁴⁰⁷ La Ley argentina n°. 23.302 de 1985, que tiene como objetivo proteger las comunidades indígenas en Argentina, declara en el art. 1 la “*atención y apoyo a los aborígenes y a las comunidades indígenas existentes en el país, y su defensa y desarrollo para su plena participación*”

Una vez realizado, el registro del CT tiene validez frente a terceros y su vigencia es por tiempo indeterminado, salvo en los casos de extinción por renuncia, por desaparición de la comunidad o nación indígena o por declaración judicial de nulidad del registro. Además, se consideran nulos los registros realizados por quien no tenga poderes para solicitarlo de acuerdo con las costumbres de su comunidad, o no estén debidamente inscritos como pueblo o nación indígena; por aquellos que al solicitar el registro conocían o poseían medios para conocer el verdadero poseedor del conocimiento, y en los demás casos que contraríen las disposiciones legales.

Cada CT deberá tener un registro propio que debe contener las características que lo distingue y la descripción del conocimiento, incluyendo en la solicitud el nombre y el domicilio de la comunidad o nación. Las solicitudes serán anotadas por la Dirección Nacional de Conocimiento Tradicional en un libro propio, debidamente rubricado por el Ministerio de Economía, en el orden que fueren presentadas, sin pago alguno de tasas. La comunidad titular del conocimiento recibirá un certificado del registro firmado por el responsable de la referida Dirección.

El proyecto de ley incluso hace referencia al plazo para realización de oposición a la solicitud; plazo para audiencia de conciliación entre las partes, en caso de litigio; plazo para que el juez pronuncie decisión final, en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo; prevé aplicación de sanciones (civil y criminal) además de multa a los que no cumplieren con lo dispuesto en la ley y a aquellos que han utilizado CT sin la debida autorización de sus poseedores. El valor de las multas revertirá a favor de las comunidades indígenas.

El segundo proyecto de ley, también de iniciativa de la Universidad de Buenos Aires, trata de la transferencia o licencia de tecnología o de CTs a

en el proceso socioeconómico y cultural de la Nación, respetando sus propio valores y modalidades". La ley establece aún que las comunidades indígenas para adquirir personalidad jurídica deben inscribirse en el Registro de Comunidad Indígena en el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, órgano ligado al Ministerio de Salud y Acción Social, donde constará el nombre y el domicilio de la comunidad, los miembros que la integran, su actividad principal, la forma de organización y los datos de su preexistencia. Disponible en <<http://www.desarrollosocial.gob.ar/Uploads/i1/Institucional/Ley%2023.302-1985%20-%20Pol%C3%ADtica%20Ind%C3%ADgena.pdf>>. Consultada el 05 de abril de 2011.

personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales⁴⁰⁸. De acuerdo con el proyecto, los actos jurídicos firmados entre las partes referentes a la transferencia o cesión de CT deberán ser aprobados por la Dirección Nacional de los Conocimientos Tradicionales, creada en el proyecto anteriormente citado.

Por fin, varias son las exigencias para que el contrato sea aprobado; entre ellas la más importante es el consentimiento previo e informado de los poseedores del conocimiento objeto del contrato.

2.2. La experiencia brasileña

Una de las características comunes entre los países en desarrollo es la preservación en su territorio de cantidades significativas de biodiversidad, y la coexistencia de ésta con comunidades que aún conservan formas de producción que tratan de conseguir una convivencia ecológicamente sostenible con el medio ambiente. En este punto Brasil destaca; con casi una cuarta parte de la biodiversidad del planeta, el país tiene la mayor diversidad genética del mundo: su flora posee cerca de 55 mil especies conocidas⁴⁰⁹.

Pese a esos datos, a lo largo de los siglos, ninguna medida significativa fue tomada para controlar el acceso a su biodiversidad, a la vez que no solamente no se reglamentó la retirada de material biológico brasileño, esa actitud fue hasta incentivada en muchos momentos. Sólo a partir de la década de los ochenta, con el inicio de los movimientos ecológicos, se empieza a dar la debida importancia al tema, principalmente con la concienciación del valor económico de los recursos genéticos, con gran aplicabilidad en diversas ramas de la industria. A continuación

⁴⁰⁸ Anteproyecto de Ley de Transferencia de Conocimientos y Tecnología Tradicional Aborígen. Disponible en <<http://www.indigenas.bioetica.org/anteproyecto3.htm>>. Consultada el 04 de abril de 2011. Vid., también, KOSZUOSKI, A. *Conhecimentos tradicionais...*, *op.cit.*, p. 105 y ss.

⁴⁰⁹ DIAS, B. F. de S. *A implementação da Convenção sobre a Diversidade Biológica no Brasil: desafios e oportunidades*. Campinas, Base de Dados Tropical, 1996, p. 04; TUSTIN, J. "Traditional knowledge...", *op.cit.*, p. 01. Al lado de Brasil, otros países que se considera que también contienen una mega diversidad biológica son India, Colombia, Ecuador, Perú, México, Madagascar, Zaire, Australia, China, Indonesia y Malasia. En conjunto, estos países contienen hasta un 60 a un 70 por ciento de todas las especies del mundo. Disponible en <<http://pib.nic.in/infonug/info1299/i2412991.html>>. Consultada el 05 de abril de 2011.

vamos destacar los principales avances legislativos relacionados con los derechos de las comunidades tradicionales y la protección de sus conocimientos.

2.2.1. Los avances en la Constitución de 1988

La Constitución Federal de Brasil de 1988 introdujo importantes transformaciones y avances en aspectos relacionados con los derechos culturales y la protección de la diversidad brasileña, así como con los derechos de las comunidades indígenas⁴¹⁰. En su art. 216, la Constitución dispone que el patrimonio cultural brasileño está constituido por bienes de naturaleza material e inmaterial, tomados individualmente o en conjunto, portadores de referencia a la identidad, a la acción y la memoria de los diferentes grupos que conforman la sociedad brasileña⁴¹¹. Sin embargo, aunque exista una previsión constitucional de protección a los bienes inmateriales colectivos, resulta necesaria una reglamentación que asegure, por ejemplo, la protección de los CTs como derechos intelectuales colectivos.

En referencia explícita a las comunidades tradicionales, el art. 231 trata de garantizar a las comunidades indígenas su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones, así como los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan⁴¹². El párrafo 1 del art. 215 refiere a las comunidades tradicionales en general y dispone que “1) *El Estado protegerá las manifestaciones de las culturas populares, indígenas y afrobrasileñas y los otros grupos participantes en el proceso de civilización nacional*”.

⁴¹⁰ “Los derechos indígenas garantizados en la Constitución, por primera vez en la historia, no son el resultado de la benevolencia del Estado, sino la expresión del proceso de lucha de líderes indígenas y de grupos organizados o instituciones de la sociedad civil que llenaron el espacio democrático constituyente con debates, propuestas e informaciones, lo que produjo un texto que sirvió de base para las constituciones democráticas suramericanas, promulgadas después de la Constitución brasileña”. DANTAS, F. A. C. *O sujeito diferenciado...*, op.cit., p. 50.

⁴¹¹ Art. 216. “Constituye patrimonio cultural brasileño los bienes de naturaleza material e inmaterial, tomados individualmente o en conjunto, portadores de referencia a la identidad, a la acción, a la memoria de los diferentes grupos que forman la sociedad brasileña, en los cuales se incluyen: I - las formas de expresiones; II - los modos de crear, hacer y vivir...”.

⁴¹² “El derecho colectivo de los pueblos indígenas sobre el conocimiento, el saber y el dominio de técnicas capaces de reconocer calidades medicinales o mágicas en plantas y animales está reconocido, pero no desarrollado concretamente”. SOUZA FILHO, C. F. M. (Org.). *O renascer dos povos indígenas...*, op.cit., p. 182.

No se pueden negar los avances de la Constitución de 1988. A partir de su promulgación algunos derechos colectivos⁴¹³ fueron reconocidos e integrados definitivamente en el ordenamiento jurídico brasileño. La Carta Magna de 1988 destaca la importancia de proteger el conjunto de valores culturales diferenciados (usos, costumbres y tradiciones) que componen el panorama cultural de Brasil.

No obstante, a pesar de la gran riqueza biológica y cultural, y la previsión constitucional, los debates sobre la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades tradicionales sólo empiezan efectivamente en los años 1994 y 1995, cuando, en el Congreso Nacional, se empezó a discutir una propuesta normativa sobre el acceso a los recursos genéticos, que abordaremos a continuación.

2.2.2. Antecedentes en materia normativa relativos al acceso a los recursos genéticos y a la protección de los conocimientos tradicionales

Uno de los primeros debates sobre el acceso al patrimonio genético giró en torno del Proyecto nº. 306/95 de la Senadora Marina Silva⁴¹⁴, sobre el “Acceso a la biodiversidad brasileña y disposiciones sobre los Instrumentos de control y acceso a los recursos genéticos”, que fue presentado en el Congreso Nacional en noviembre de 1995, y que estuvo en trámite hace algunos años en el Congreso Nacional y sirvió de base para el debate y desarrollo de nuevas ideas y documentos sobre la materia en Brasil⁴¹⁵.

En su primer borrador, el proyecto contenía un título (IV) dedicado íntegramente a la protección del CT asociado a los recursos genéticos. En varias

⁴¹³ A título de ejemplo podemos apuntar los derechos de asociación profesional o sindical, el derecho a huelga, el derecho de sustitución procesal, el derecho de participación y el derecho de representación de clases.

⁴¹⁴ La Senadora Marina Silva fue Ministra de Estado del Medio Ambiente de febrero de 2003 a enero de 2007. En este período ganó reconocimiento dentro y fuera del país por la defensa de la ética, de la valoración de los recursos naturales y del desarrollo sostenible. En 2010 fue candidata a la Presidencia de la República y, mismo que no haya ganado las elecciones, tuvo casi 20.000.000 millones de votos. Sobre las actividades desarrolladas por ella acceder <<http://www.minhamarina.org.br/home/home.php>>. Consultada el 11 de abril de 2011.

⁴¹⁵ BENSUSAN, N. “Breve histórico da regulamentação do acesso aos recursos genéticos no Brasil”, en LIMA, A.; BENSUSAN, N. (Orgs.). *Quem cala consente? Subsídios para a proteção dos conhecimentos tradicionais*. São Paulo, Instituto Sócioambiental, 2003, pp. 09-16, p. 09.

proposiciones, el proyecto de ley preveía algunas acciones (propuestas) con vista a la protección de los derechos intelectuales colectivos de las comunidades que detentan el CT utilizado por las empresas biotecnológicas. Entre las propuestas podemos destacar el registro de los CTs, la obligación de compartir los beneficios derivados de su utilización, y la posibilidad de utilizar contratos o convenios como instrumento jurídico para regular la utilización de los CTs.

El proyecto además de debatido fue sometido a consultas nacionales a través de talleres y reuniones. A partir de las contribuciones de los debates públicos, fue presentada una propuesta sustituta al proyecto inicial.

Paralelamente, el Gobierno Federal, con el fin de reglamentar los arts. 1, 8 (c) y 8 (J) del CDB⁴¹⁶, eliminó de la propuesta el título IV que trataba exclusivamente del tema – de la protección de los CTs. Con un enfoque predominantemente económico⁴¹⁷, la protección a los CTs fue incorporada a otro título y se limitó a los “conocimientos asociados a los recursos genéticos”. Cabe destacar que pese a este enfoque económico de la propuesta, desgraciadamente, tras muchas enmiendas y debates, el proyecto fue archivado⁴¹⁸.

En todos los casos, estas discusiones llevaron a los Estados brasileños a empezar también sus propios procesos políticos y normativos para regular el acceso a los recursos genéticos. Así que los Estados de Acre y Amapá promulgaron las Leyes n.º. 1.235 de 1997 y n.º. 388 también de 1997,

⁴¹⁶ “Artículo 1. *Objetivos: Los objetivos del presente Convenio, que se han de perseguir de conformidad con sus disposiciones pertinentes, son la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada*”. Artículo 8. *Conservación in situ: “c) Reglamentará o administrará los recursos biológicos importantes para la conservación de la diversidad biológica, ya sea dentro o fuera de las áreas protegidas, para garantizar su conservación y utilización sostenible; j) 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*”.

⁴¹⁷ BENSUSAN, N. “Breve Histórico da regulamentação do acesso aos recursos genéticos no Brasil”..., *op.cit.*, p. 09.

⁴¹⁸ Tramitación del proyecto disponible en <<http://legis.senado.gov.br/mate/servlet/PDFMateServlet?s=http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/MateFO.xml&o=ASC&m=1691>>. Consultada el 05 de abril de 2011.

respectivamente, para regular el acceso a los recursos genéticos, con algunas referencias a los CTs, en cada caso⁴¹⁹.

Finalmente, en agosto de 2001, y en el contexto de una situación muy particular y controvertida en torno a las actividades de bioprospección de la Asociación Brasileña para el Uso Sostenible de la Biodiversidad de la Amazonia (Bioamazonia) y la empresa multinacional suiza Novartis Pharma AG⁴²⁰, se promulgó la Ley Provisional n.º. 2.052, publicada en el Diario Oficial el 30 de junio de 2000, que reglamenta el acceso a los recursos genéticos y la protección del conocimiento tradicional asociado, entre otras cuestiones⁴²¹. Esta Ley Provisional fue reeditada 16 veces, siendo la última el 23 de agosto de 2001 con el n.º. 2.186-16⁴²². A continuación, destacaremos los principales puntos de la Ley en relación con la protección de los CTs.

⁴¹⁹ Para conocer más detalles de las Leyes estatales consultar ANTUNES, P. B. *Diversidade biológica...*, *op.cit.*, p. 37 y ss.; CARVALHO, E. T. "Protection of traditional biodiversity-related knowledge...", *op.cit.*, p. 06; TUSTIN, J. "Traditional knowledge...", *op.cit.*, p. 07 y ss.

⁴²⁰ La Bioamazonia es una organización social encargada por el gobierno federal de gestionar el Programa Brasileño de Ecología Molecular para el uso sostenible de la biodiversidad de la Amazonia, que el 29 de mayo del año 2000, intentó firmar un acuerdo con la empresa multinacional Novartis. La última con presupuesto de US\$ 4 (cuatro) millones de dólares en investigaciones que por 3 años tendría que pagar a la Bioamazonia 1% en *royalties* por productos fabricados. El objetivo del acuerdo fue coleccionar, aislar e identificar hasta 10 mil microorganismos – bacterias y hongos – en el primer año, producir extracto de ellos y realizar análisis para identificar sustancias de interés. Los extractos con algún potencial serían sometidos a nuevas pruebas conjuntas en centros de investigaciones en el exterior utilizando tecnología no disponible en Brasil. De acuerdo con algunos miembros del Consejo de Administración y del Consejo Técnico-Científico de la Bioamazonia, la directora de esta traspasó los límites de su competencia al firmar un acuerdo de importancia estratégica para el país, sin el conocimiento del Ministerio del Medio Ambiente. Algunos días antes de la firma del acuerdo este grupo de consejeros denunciaron las irregularidades. La comunidad científica repudió la actitud de la directora de la Bioamazonia y el Ministerio del Medio Ambiente puso fin a la sociedad. Para mayores detalles consultar SANT'ANA, P. J. P. "Bioprospeção no Brasil: contribuição para uma gestão ética", en *Paralelo 15*, Brasília, 2002, pp. 125-126; BENSUSAN, N. "Breve Histórico da regulamentação do acesso aos recursos genéticos no Brasil...", *op.cit.*, p. 10; ALEGRETTI, M. H. "O polémico acordo entre Bioamazonia e a Novartis". Disponible en <<http://www.inpa.gov.br/cpca/charles/rf/BioAmvsNovartis.rtf>>. Consultada el 05 de abril de 2011; PEÑA-NEIRA, S.; DIEPERINK, C.; ADDINK, H. "Equitably sharing benefits from the utilization of natural genetic resources: the Brazilian interpretation of the convention on biological diversity". Disponible en <<http://www.ejcl.org/63/art63-2.pdf>>. Consultada el 05 de abril 2011.

⁴²¹ Ley Provisional brasileña n.º. 2.052, de 29 de junio de 2000, que reglamenta el inciso II del § 1 y el § 4 del art. 225 de la Constitución, los arts. 1, 8, alinea "j", 10, alinea "c", 15 y 16, alineas 3 y 4 del Convenio sobre Diversidad Biológica, dispone sobre el acceso al patrimonio genético, a la protección y el acceso al conocimiento tradicional asociado, a la repartición de los beneficios y el acceso a la tecnología y a la transferencia de tecnología para su conservación y utilización, y a otras providencias, publicada en el Diario Oficial de la Unión el 30 de junio de 2000. Disponible en <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas/2052.htm>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

⁴²² Ley Provisional brasileña n.º. 2.186-16, 23 de agosto de 2001..., *op.cit.*

2.2.3. Ley n°. 2.186-16 de 2001 sobre el acceso al patrimonio genético y al conocimiento tradicional asociado

Aunque no se trata de un sistema de protección a los CTs *per se*, la Ley n°. 2.186-16 incluye normas que tratan de la referida protección. Por ser de mayor interés para los propósitos de este trabajo, analizaremos el capítulo III de la Medida Provisoria, compuesta por dos artículos, que están destinados directamente a la “*protección del conocimiento tradicional asociado*”⁴²³.

La idea general de la Ley es muy buena: dotar a las comunidades tradicionales de autoridad para decidir sobre sus conocimientos, de cómo se usan las plantas, los animales o otros componentes de la biodiversidad, por otras personas que no pertenecen a las comunidades.

Asimismo, la Ley asegura que antes de que la comunidad comunique las informaciones sobre su conocimiento tradicional, tiene el derecho de conocer el uso que se pretende dar a tales informaciones y si ese uso podrá, o no, generar beneficios económicos, más allá de otras preguntas que sean del interés de la comunidad.

Aún más, según la Ley, los beneficios generados por la explotación económica de los CTs deben ser repartidos con la(s) comunidad(es) indígena(s) o

⁴²³ Capítulo III. De la protección del conocimiento tradicional asociado. Art. 8. “*Está protegido por esta Ley Provisional el conocimiento tradicional de las comunidades indígenas y de las comunidades locales, asociado al patrimonio genético, contra la utilización y explotación ilícita y otras acciones lesivas o no autorizadas por el Consejo de Gestión de que trata el art. 10, o por institución habilitada. § 1 El Estado reconoce el derecho de las comunidades indígenas y de las comunidades locales para decidir sobre el uso de sus conocimientos tradicionales asociados al patrimonio genético del País, en los términos de esta Ley y de su reglamento. § 2 El conocimiento tradicional asociado al patrimonio genético de que trata esta Ley integra el patrimonio cultural brasileño y podrá ser objeto de registro, conforme disponga el Consejo de Gestión o legislación específica. § 3 La protección otorgada por esta Ley no podrá ser interpretada de modo impedir a la preservación, a la utilización y el desarrollo del conocimiento tradicional de las comunidades indígenas o comunidades locales. § 4 La protección ahora instituida no afectará, perjudicará o limitará derechos relativos a la propiedad intelectual*”. Art. 9. “*A la comunidad indígena y a la comunidad local que crea, desarrolla, detiene o conserva conocimiento tradicional asociado al patrimonio genético, está garantizado el derecho de: I - tener indicada el origen del acceso al conocimiento tradicional en todas las publicaciones, utilizations, exploraciones y divulgaciones; II - impedir terceros no autorizados de: a) utilizar, realizar test, investigación o explotación, relacionados al conocimiento tradicional asociado; b) divulgar, transmitir o retransmitir datos o informaciones que integran o constituyen conocimiento tradicional asociado; III – recibir beneficios por la explotación comercial por terceros, directa o indirectamente, de conocimiento tradicional asociado, cuyos derechos son de su titularidad, en los términos de esta Leyl. Párrafo único. Para efectos de esta Ley, cualquier conocimiento tradicional asociado al patrimonio genético podrá ser de titularidad de la comunidad, aunque solamente un individuo, miembro de esa comunidad, posea eso conocimiento*”.

local(es) poseedoras de tal conocimiento. Y las bases de la repartición de los beneficios deben ser establecidas por medio de un contrato de reparto de beneficios.

Sin embargo, algunos equívocos de redacción de la Ley, que fue aprobada por el Congreso, son perceptibles claramente, no siendo posible detectar si intencionalmente o por falta de conocimiento del legislador. Seguidamente pasaremos a analizar algunos de ellos.

El capítulo que habla de la protección de los CTs se inicia con el art. 8, y establece la protección contra la “explotación ilegal” de los CTs que se dará en caso de utilización y explotación ilícita y otras acciones lesivas o no autorizadas por el Consejo de Gestión del Patrimonio Genético (CGEN)⁴²⁴ o por una institución acreditada.

Para empezar parece que el Consejo de Gestión es el órgano máximo en las deliberaciones sobre la utilización de los CTs; incluso de la lectura del artículo se entiende que la protección no es sólo contra las explotaciones ilícitas, sino también cuando esta utilización se da sin la autorización del Consejo de Gestión o por otra institución acreditada. Es decir, aunque haya autorización de las comunidades tradicionales es necesaria la autorización del Consejo de Gestión. Esto queda muy claro en el art. 11 que habla de las atribuciones del CGEN. Según este artículo compete al CGEN deliberar sobre “*la autorización de acceso a los conocimientos tradicionales asociados, mediante la anuencia previa de su titular*”. Dicho de otro modo, las comunidades tradicionales pueden manifestarse sobre el acceso a sus conocimientos, pero la autorización para dicho acceso sólo puede ser concedida por el CGEN, y esto sin duda quita la autoridad y la autonomía de las comunidades tradicionales sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas.

Se observa también que la idea de crear el CGEN fue inspirada en el proyecto de ley original de la entonces Senadora Marina Silva, del cual ya hicimos

⁴²⁴ El Consejo de Gestión fue creado por el art. 10 de la Ley Provisional n.º. 2.186-16, de carácter deliberativo y normativo, compuesto por representantes de órganos y entidades de la Administración Pública Federal, tiene competencia sobre las distintas acciones de las que tratan esta Ley, y es presidido por el representante del Ministerio del Medio Ambiente. El referido Consejo, denominado Consejo de Gestión del Patrimonio Genético (CGEN) tuvo su composición definida y sus normas establecidas por el Decreto n.º. 3.945, de 28 septiembre de 2001. Sobre las funciones del Consejo ver ANTUNES, P. B. *Diversidade biológica...*, op.cit., p. 43 y ss.; KOSZUOSKI, A. *Conhecimentos tradicionais...*, op.cit., p. 21 y ss.

referencia, que propugnaba el establecimiento de una Comisión de Recursos Genéticos. No obstante, aunque el proyecto pretendía garantizar la representatividad de los distintos segmentos de la sociedad brasileña, la Ley Provisional anuló cualquier posibilidad de participación, transparencia y control social, al establecer un Consejo donde solamente participan miembros del gobierno⁴²⁵.

Por ello, las comunidades tradicionales no tienen representantes directos en el Consejo; solamente hay un representante de la Fundación Nacional del Índio – FUNAI. Las comunidades locales están sin ningún representante. Las organizaciones no gubernamentales (ONGs), a pesar de poder asistir a las reuniones mensuales del CGEN, todavía no están autorizadas a participar. Igualmente, están excluidos del CGEN representantes de la sociedad civil⁴²⁶.

Prosiguiendo, la incoherencia continúa en los párrafos 1 y 2. Como vimos, de la lectura del art. 8 se infiere que el órgano máximo en la autorización para la utilización de los CTs es el Consejo de Gestión. Sin embargo, el párrafo 1 del mismo artículo establece la soberanía de la voluntad de las comunidades tradicionales sobre sus conocimientos. Y para complicar la situación, el párrafo 2 determina que el CT asociado integra el patrimonio cultural brasileño, pudiendo incluso ser objeto de registro, si así lo dispone el Consejo de Gestión o legislación específica⁴²⁷.

Claro está que, de acuerdo con la Ley, los CTs forman parte del patrimonio cultural brasileño, y eso significa que las comunidades tradicionales no podrán impedir su catalogación, si así lo dispone el Consejo de Gestión o norma específica, y, como consecuencia, sus conocimientos dejan de ser de ellas y pasan a ser de todos los brasileños⁴²⁸.

Por otra parte, mientras el párrafo 3 del art. 8 establece que la protección otorgada por la Ley Provisional no puede ser aplicada para impedir la

⁴²⁵ BENSUSAN, N. "Breve Histórico da regulamentação do acesso aos recursos genéticos no Brasil...", *op.cit.*, p. 12.

⁴²⁶ TUSTIN, J. "Traditional knowledge...", *op.cit.*, p. 09.

⁴²⁷ El CGEN está estudiando la idea de una base de datos de CTs, pero hasta ahora ninguna propuesta concreta ha sido desarrollada.

⁴²⁸ El problema no está en el registro de los CTs, sino en que pasen al dominio público tras el referido registro.

preservación, la utilización y el desarrollo de los CTs, el párrafo 4 señala que la referida protección no afectará a los derechos de propiedad intelectual. Es decir, hay una postura contradictoria del legislador. Si en un párrafo propugna que la referida protección no puede obstruir o afectar la preservación y el desarrollo de los CTs, en otro prevé expresamente la posibilidad de que sean patentados procesos o productos resultantes de la aplicación comercial o industrial de CTs⁴²⁹. En otras palabras, la Ley Provisional asegura los derechos a la propiedad intelectual sobre estos conocimientos que, como veremos en los capítulos III y IV, frena el desarrollo y el uso de los CTs.

El art. 9, a su vez, delimita las garantías otorgadas por la Ley solamente a los CTs de naturaleza técnica o asociados a los recursos genéticos. Esto es, la Medida Provisoria sólo alude a los CTs asociados a la biodiversidad, no haciendo referencia a los demás conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades tradicionales⁴³⁰.

En verdad, la Ley ha recibido muchas críticas en el ámbito interno⁴³¹. De entre las citadas críticas podemos destacar la falta de participación de las comunidades tradicionales o de otros sectores de la sociedad en la elaboración de la misma⁴³². Otra crítica guarda relación con la utilización del término “anuencia previa”, dado que la expresión contenida en el CDB es “consentimiento previo informado”⁴³³. La preocupación de algunos expertos es que la supresión del término “informado” en la Ley Provisional determine que no quede garantizado que el consentimiento sea fundamentado y soberano⁴³⁴. Además, la referencia

⁴²⁹ SANTILLI, J. “Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados...”, *op.cit.*, p. 61.

⁴³⁰ TUSTIN, J. “Traditional knowledge...”, *op.cit.*, p. 08.

⁴³¹ KOSZUOSKI, A. *Conhecimentos tradicionais...*, *op.cit.*, pp. 19-20.

⁴³² BENSUSAN, N. “Breve Histórico da regulamentação do acesso aos recursos genéticos no Brasil...”, *op.cit.*, p.13; CARVALHO, E. T. “Protection of traditional biodiversity-related knowledge...”, *op.cit.*, p. 06.

⁴³³ El término “anuencia previa” es el utilizado en las Resoluciones del CGEN en sustitución al término “consentimiento previo informado”.

⁴³⁴ BENSUSAN, N. “Proteção aos conhecimentos tradicionais: consentimento prévio e informado”, en LIMA, A.; BENSUSAN, N. (Orgs.). *Quem cala consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*. São Paulo, Instituto Sócioambiental, 2003, pp. 91-202, p. 91.

que la Ley hace al consentimiento fundamentado previo es muy vaga, no dejando explícito en qué consiste el mismo ni explicita los términos en que se dará⁴³⁵.

Uno de los puntos positivos de la Ley está en el párrafo único del art. 9 al reconocer la naturaleza colectiva de los CTs, incluso en los casos en los que sólo un miembro de la comunidad tenga ese conocimiento. No obstante, como se percibe, aunque haya un reconocimiento del carácter colectivo de los de los derechos sobre los CTs, en la práctica no se crean mecanismos que lo aseguren; y, además, asegura los derechos de propiedad intelectual sobre los mismos, que, como ya hemos demostrado en este trabajo, es incoherente con la naturaleza colectiva de los derechos sobre los CTs.

De todo lo dicho, es importante mencionar que a pesar de la existencia de algunos avances legislativos recientes y de una preocupación creciente por ampliar la participación de las comunidades tradicionales en los debates y ejecución de las políticas relacionadas con la protección de los CTs, los instrumentos legales se han producido de forma unilateral (por iniciativa del poder ejecutivo), sin la efectiva participación de los poseedores de los conocimientos. Igualmente, se observa que los artículos relacionados con el tema enfatizan solamente los CTs asociados a la biodiversidad, conocimientos con algún valor económico, sin hacer referencia a los demás CTs. Esto significa que no se reconoce en la práctica el valor cultural, político y social de estos conocimientos⁴³⁶. Podemos añadir que, a pesar de la previsión del establecimiento de reglas *sui generis* de protección de los CTs, se trata todavía de letra muerta, toda vez que no se ha hecho efectiva.

⁴³⁵ TUSTIN, J. "Traditional knowledge...", *op.cit.*, p. 08.

⁴³⁶ "El problema no está en las poblaciones tradicionales, ni tampoco en que su cultura y su conocimiento sean inadecuados para este nivel técnico-científico y para el marco legal que proviene de este nivel técnico-científico, el problema no está en los indígenas. El problema está en nosotros, es decir, en nuestra incapacidad para reconocer el valor de esta diferencia cultural no sólo para ellos, sino también para nosotros. Si no existe la posibilidad de reconocer ese valor y este conocimiento, en su diferencia, evidentemente este conocimiento está condenado a desaparecer, ya sea a través de las formas de depredación conocidas, o a través de una depredación que llamo *high tech*, porque ella viene con todas esas 'garantías' de consentimiento fundamentado previo – pero que, en realidad, hiere de muerte la esencia misma del conocimiento tradicional". GARCIA, L. "Proteção aos conhecimentos tradicionais: consentimento prévio e informado". 1ª mesa: Alternativas de proteção aos conhecimentos tradicionais. En LIMA, A.; BENSUSAN, N. (Orgs.). *Quem cala consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*. São Paulo, Instituto Sócioambiental, 2003, pp. 93-122, p. 96.

VIII. LA COMUNIDAD ANDINA

1. Planteamiento general

Constituida por Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia, la Comunidad Andina (CAN)⁴³⁷ es un organismo de integración económica con capacidad jurídica para dictar decisiones normativas, jurídicamente vinculantes para cada uno de los países miembros⁴³⁸. Los antecedentes para la protección de los CTs en el seno de la CAN empiezan en 1992 con la Decisión n.º. 345 sobre un Régimen Común para la Protección de los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales⁴³⁹. Esta Decisión, sin duda, fue el punto de partida para posteriores debates y desarrollos de las normativas en materia de acceso a recursos genéticos y, más específicamente, en relación con la protección de los CTs.

La CAN hoy posee cuatro normas comunitarias relacionadas con la protección de los CTs, las decisiones 391, 486, 523 y 524, que pasaremos a analizar a continuación. Advertimos aún que en este punto vamos destacar la

⁴³⁷ Venezuela fue miembro pleno hasta 2006. El 19 de abril de 2006, el presidente Hugo Chávez anunció el retiro de Venezuela de la Comunidad Andina. El argumento de su retiro fue los Tratados de Libre Comercio suscritos por Perú con los Estados Unidos y las negociaciones colombianas para alcanzar sus propios acuerdos con el país del norte, considerados contrarios a la normativa e instituciones de la CAN.

⁴³⁸ LONGACRE destaca que los países andinos han desarrollado leyes amplias y sofisticadas, que se extienden más allá del comercio puro y de las cuestiones económicas a fin de incluir cuestiones sociales y ambientales. LONGACRE, E. "Advancing science while protecting developing countries...", *op. cit.*, p. 06.

⁴³⁹ Este mecanismo es derivado del Convenio Internacional para la Protección de Variedades Vegetales (conocido por Convenio de la UPOV - Unión Internacional para la Protección de Nuevas Variedades de Plantas - organización intergubernamental con sede en Ginebra, Suiza) adoptado por la Conferencia Diplomática, el 2 de diciembre de 1961, en París. El Convenio está disponible en <<http://www.upov.int/es/publications/conventions/1991/act1991.htm>>. Consultada el 05 de abril de 2011. Según RUIZ MULLER, los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales "confiere al creador de una nueva variedad vegetal que cumpla con los requisitos de novedad, distinguibilidad, homogeneidad y estabilidad, el derecho de impedir que terceros no autorizados utilicen o comercialicen esa variedad o su material de reproducción. Un 'Certificado de Obtentor' constituye una suerte de patente ad hoc, especialmente diseñada para proteger nuevas variedades creadas por el ingenio humano". RUIZ MULLER, M. *La protección jurídica de los conocimientos tradicionales...*, *op.cit.*, p. 59.

experiencia de Perú, teniendo en consideración que es el único país de la CAN que cuenta hoy con un régimen de protección a los CTs.

2. Decisión 391. Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos

A finales de 1993 el debate acerca de la protección de los CTs se había incorporado definitivamente en la agenda política de la CAN. La relación entre los recursos genéticos y los CTs llevó a la promulgación de la primera Decisión que abordaba explícitamente una serie de disposiciones sobre el tema. Con este espíritu en 1996 se aprobó la Decisión 391, un hito de alcance nacional, regional y hasta incluso internacional⁴⁴⁰. Muchas normas sobre la misma materia, aprobadas posteriormente, recogen elementos (incluso textuales) de la Decisión⁴⁴¹.

La Decisión 391 presenta varios objetivos, entre otros, destacamos: regular el acceso a los recursos genéticos de los países miembros de la CAN y sus productos derivados, a fin de prever condiciones para una participación justa y equitativa en los beneficios derivados del acceso; sentar las bases para el reconocimiento y valoración de los recursos genéticos y sus productos derivados y de sus componentes intangibles asociados (que dentro de la lógica de la Decisión incluye a los CTs asociados)⁴⁴²; y, promover la conservación de la

⁴⁴⁰ La Decisión 391 fue uno de los primeros regímenes de acceso que fueron creados para implementar el CDB. CORREA, C. M. *Derechos de Propiedad Intelectual, competencia y protección del interés público. La nueva ofensiva en materia de observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual y los intereses de los países en desarrollo*. Buenos Aires, Editorial IBdef, 2009, p. 248.

⁴⁴¹ Para conocer la historia y los antecedentes de la negociación de la Decisión 391 ver CAILLAUX, J.; RUIZ MULLER, M.; TOBIN, B. *El régimen andino de acceso a los recursos genéticos: lecciones y experiencias*. World Resources Institute y Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Lima, Perú, 1999; DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 143 y ss.; FLÓREZ, M. "La Decisión 391 sobre acceso a los recursos genético: un gran esfuerzo sin muchos resultados", en LIMA, A.; BENSUSAN, N. (Orgs.). *Quem cala consente? Subsídios para a proteção dos conhecimentos tradicionais*. São Paulo, Instituto Sócioambiental, 2003, pp. 81-90. Para más detalles del funcionamiento de la Decisión 391 consultar RUIZ MULLER, M. "Regulating bioprospecting and protecting indigenous peoples knowledge in the Andean Community: Decision 391 and its overall impacts in the region", en *Documento preparado para la Iniciativa Biocomercio de la UNCTAD para la Reunión de Expertos sobre Conocimiento Tradicional de la UNCTAD*, Ginebra, 2000.

⁴⁴² Decisión 391. Art. 1: "Para los efectos de la presente Decisión se entenderá por 'Componente intangible' todo conocimiento, innovación o práctica individual o colectiva, con valor real o

diversidad biológica y la utilización sostenible de los recursos biológicos que contienen recursos genéticos⁴⁴³. Claro está que la Decisión reconoce la contribución histórica de las comunidades tradicionales a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, así como su facultad para decidir sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos.

Una de las críticas que se hace al art. 1 de la Decisión se refiere al hecho de que el mismo, a pesar de distinguir acertadamente los componentes tangibles de los CTs, no habla explícitamente de conocimientos tradicionales, sino solamente de conocimientos, innovaciones y prácticas individuales o colectivas, sin hacer referencia a que se está hablando de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades tradicionales⁴⁴⁴.

El art. 7, sin embargo, que hace referencia directa a los CTs, establece que los países miembros, de conformidad con su legislación interna, deben reconocer y valorar *“...los derechos y la facultad de las comunidades indígenas, afroamericanas, y locales, sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociadas a los recursos genéticos y sus productos derivados”*.

El art. 35 señala que las condiciones de acceso y uso de esos conocimientos serán establecidos por los pueblos indígenas e interesados en un anexo al contrato de acceso. Además, se incorporó en la Decisión una Disposición Transitoria Octava que establece la necesidad de elaborar un régimen especial o norma de armonización, orientado a fortalecer los conocimientos de las comunidades tradicionales.

Es importante señalar que como esta Decisión pretende garantizar el acceso a los recursos genéticos, los CTs objeto de protección bajo este régimen son solamente aquellos asociados a los recursos genéticos. O sea, los demás CTs no tienen su protección garantizada por la Decisión.

Otro punto abordado en la Decisión es la necesidad de divulgación de origen y procedencia legal de los recursos genéticos y CT como condición previa

potencial, asociado al recurso genético, o sus productos derivados o al recurso biológico que los contiene, protegido o no por regímenes de propiedad intelectual”.

⁴⁴³ Sobre los elementos incorporados al texto de la Decisión ver FLÓREZ, M. “La Decisión 391 sobre acceso a los recursos genético...”, *op.cit.*, p. 84 y ss.

⁴⁴⁴ RUIZ MULLER, M. *La protección jurídica de los conocimientos tradicionales...*, *op.cit.*, p. 62.

para la concesión de DPI⁴⁴⁵. Cuando tengan certeza o indicios razonables de que los productos o procesos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o de sus productos derivados de los que cualquiera de los países miembros es país de origen, las Oficinas nacionales de Propiedad Intelectual deben exigir al solicitante la indicación del número de registro del contrato de acceso y copia del mismo, como requisito previo para la concesión del respectivo derecho⁴⁴⁶.

De la Decisión podemos inferir dos clases de principios aplicables a la protección de los CTs: protección vía contrato de acceso y protección más allá de los contratos de acceso.

2.1. La protección de los conocimientos tradicionales vía contratos de acceso

De acuerdo con la Decisión quien quiera llevar a cabo actividad de acceso a recursos genéticos o componentes intangibles asociados debe requerir autorización previa obtenida mediante un contrato⁴⁴⁷.

De los dispositivos relacionados a los contratos lo más importante es la exigencia de que tanto en el momento de la solicitud de acceso como en el contrato mismo deben estar presentes algunas informaciones imprescindibles, como: identificación del proveedor del componente intangible; disposiciones sobre la distribución de beneficios; y, respeto a los derechos e intereses de los proveedores del componente intangible.

⁴⁴⁵ “La idea de la divulgación es en la actualidad la principal y más importante propuesta conceptual, política y jurídica que se debate en diferentes foros donde se intenta vincular el régimen de acceso a los recursos genéticos y la protección de los CT con el régimen de propiedad intelectual y de patentes en particular”. RUIZ MULLER, M. *La protección jurídica de los conocimientos tradicionales...*, op.cit., p. 63.

⁴⁴⁶ CORREA, C. M. *Derechos de Propiedad Intelectual...*, op.cit., p. 249.

⁴⁴⁷ Sobre el tema ver FLÓREZ, M. “La Decisión 391 sobre acceso a los recursos genético...”, op.cit., p. 85 y ss.

2.2. La protección de los conocimientos tradicionales más allá de los contratos de acceso

Además de la previsión de acceso a los CTs asociados por medio de contratos de acceso, la Decisión 391 establece principios adicionales de protección a los CTs. Esta previsión reconoce la facultad de los poseedores de tales conocimientos para decidir sobre el uso que a esos conocimientos se les dé. La Decisión establece aún que los países miembros no reconocerán derechos, ni siquiera los de propiedad intelectual, sobre los CTs obtenidos o desarrollados a partir de una actividad de acceso que no cumpla con lo dispuesto en la misma.

3. Decisión 486. El Régimen Común de Propiedad Industrial

Esta Decisión que entró en vigor el 1 de diciembre del 2000 no hace referencia específicamente a un régimen de protección de los CTs, sino que establece un Régimen Común de la Propiedad Industrial para los países miembros. Por lo tanto, contiene normas sobre esquemas de trazado de circuitos integrados, nombres comerciales, patentes de invención, modelos de utilidad, topografías de productos semiconductores, diseños industriales, marcas, lemas comerciales, marcas colectivas y de certificación, indicaciones geográficas, entre otros⁴⁴⁸.

Diferente de la Decisión 391, que hace referencia solamente a los CTs asociados a los recursos genéticos, la Decisión 486 en lo que se refiere a los CTs no se limita únicamente a los CTs asociados, sino a todos aquellos que hayan servido como base para la solicitud de protección vía algún sistema de derechos

⁴⁴⁸ PACÓN, A. M. “La Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina. Principales reformas”, *Acta de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXI, 2000-2001, pp. 1269-1287, p. 1267; LONGACRE, E. “Advancing science while protecting developing countries...”, *op.cit.*, p. 06. RUIZ MULLER, M. “Análisis de la Decisión 486 de la CAN: su legalidad y aplicabilidad en cuanto a sus exigencias sobre el origen legal de los recursos genéticos y conocimientos indígenas”. Disponible en <http://www.caf.com/attach/17/default/ManuelRuiz,An%C3%A1lisisdeladecisi%C3%B3n486delaCAN.pdf>. Consultada el 05 de abril de 2011. El texto de la Decisión está disponible en <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/d486.HTM>. Consultada el 05 de abril de 2011.

de propiedad industrial. No obstante, incorpora un conjunto de disposiciones destinadas básicamente a impedir la concesión de patentes que tenga como base algún tipo de CT.

Por lo anterior, uno de los principios fundamentales de la Decisión es la salvaguardia y el respeto a los CTs de naturaleza técnica. El art. 3, en su primera parte, establece que los países miembros deben proteger y respetar su patrimonio biológico y genético, junto con los CTs de sus comunidades indígenas y locales⁴⁴⁹. Por ello, la norma plantea que solamente se concederán patentes u otros derechos de propiedad industrial, cuando el patrimonio genético y biológico de los países miembros sea adecuadamente respetado; garantizando, además, que los conocimientos de las comunidades tradicionales no sean indebidamente afectados.

La Decisión en la 2ª parte del art. 3 condiciona el otorgamiento del título de patente al cumplimiento de la legislación de acceso a los recursos biológicos y genéticos o sobre los CTs. Esto significa también que se está reafirmando (como en la Decisión 391) el derecho y la facultad de las comunidades tradicionales a decidir sobre sus conocimientos.

El art. 26, por su parte, establece que la solicitud de una patente presentada ante la correspondiente autoridad nacional competente deberá contener copia del contrato de acceso, cuando los productos o procedimientos de la patente han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos, y copia del documento que acredita la licencia o autorización de la comunidad tradicional, cuando los productos o procedimientos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ Art. 3. "Los países miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas, y locales. En tal virtud, la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de material obtenido de dicho patrimonio o dichos conocimientos estará supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional".

⁴⁵⁰ Art. 26 "h) de ser el caso, la copia del contrato de acceso, cuando los productos o procedimientos cuya patente se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o de sus productos derivados de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen; i) de ser el caso, la copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales de los Países Miembros, cuando los productos o procedimientos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los que cualquiera de los Países

Estas dos exigencias forman parte de la solicitud de una patente y se incorporan a un artículo que incluye a su vez requisitos básicos para el procesamiento y la revisión de una solicitud de patente por parte de la autoridad competente. Así que, un importante elemento a destacar es que la obligación de presentar copia del contrato de acceso y documento acreditativo de autorización por parte de la comunidad, cuando se dé el caso, se encuentran al mismo nivel de exigencias tales como: la descripción, los poderes, comprobante de pago de tasas, entre otros⁴⁵¹.

El art. 26, en sus apartados h) y i), establece aún que la no presentación del contrato de acceso o del documento acreditativo de autorización por parte de la comunidad tradicional, dado el caso, es causa de nulidad absoluta de patente⁴⁵². Subrayando aún que dicho artículo establece que tal nulidad puede ser decretada de oficio o a solicitud de cualquier persona y en cualquier momento.

Para concluir, tratándose de las patentes de invención, la Decisión incorpora aún los principios del consentimiento fundamentado previo, de una justa distribución de beneficios, de la facultad de verificación del origen del material biológico y de la nulidad de las patentes por información falsa⁴⁵³.

Miembros es país de origen, de acuerdo a lo establecido en la Decisión 391 y sus modificaciones y reglamentaciones vigentes". PACÓN, A. M. "La Decisión 486...", *op.cit.*, pp. 1275-1276.

⁴⁵¹ Señalamos que esas exigencias no constituyen requisitos de patentabilidad sino de forma, que están expresamente exigidos en el art. 38 de la Decisión.

⁴⁵² Art. 26.g "de ser el caso, no se hubiere presentado la copia del contrato de acceso, cuando los productos o procedimientos cuya patente se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o de sus productos derivados de los cuales cualquiera de los Países Miembros es país de origen; h) de ser el caso, no se hubiere presentado la copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales de los Países Miembros, cuando los productos o procesos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los cuales cualquiera de los Países Miembros es país de origen".

⁴⁵³ Para profundizar el análisis de la Decisión 486 ver PACÓN, A. M. "La Decisión 486...", *op.cit.*, pp. 1269-1287; RUIZ MULLER, M. "Análisis de la Decisión 486 de la CAN...", *op.cit.*

4. Decisión 523. Estrategia Regional de biodiversidad

La Decisión 523 fue aprobada en julio de 2002 y establece la Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino. Uno de los objetivos de la Estrategia es proteger y fortalecer los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades tradicionales sobre la base del reconocimiento de sus derechos individuales, comunales y colectivos⁴⁵⁴.

El cuadro que exponemos a continuación, establecido por la Estrategia Regional, ofrece un marco operacional para garantizar una protección jurídica más eficaz de los CTs.

Conocimientos tradicionales en la Estrategia Regional de Biodiversidad

Líneas de acción	Resultados esperados
<p>11. Establecer una política común para el fortalecimiento y protección de los conocimientos tradicionales referidos a la biodiversidad con la participación y consulta a las comunidades indígenas, afroamericanas y locales.</p>	<p>11.1 Norma andina sobre conocimientos y prácticas tradicionales aprobada, reglamentada por los Países Miembros y en aplicación.</p> <p>11.2 Plataforma de diálogo sobre conocimientos y prácticas tradicionales, establecida en el marco de la CAN y funcionando.</p> <p>11.3 Principios y políticas subregionales sobre conocimientos y prácticas tradicionales negociados en los foros internacionales relacionados con el tema (CDB, OMC, entre otros).</p> <p>11.4 Experiencias de rescate, fortalecimiento y protección de conocimientos tradicionales sobre biodiversidad, ejecutados a nivel local e integrado a nivel subregional.</p>
<p>12. Consolidar las capacidades de las</p>	<p>12.1 Autoridades de las organizaciones</p>

⁴⁵⁴ RUIZ MULLER, M. *La protección jurídica de los conocimientos tradicionales...*, op.cit., p. 66. El texto de la Decisión está disponible en <<http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/d523.HTM>>. Consultada el 05 de abril de 2011.

<p>comunidades indígenas, afro-americanas y locales de la subregión para el fortalecimiento y protección de los conocimientos tradicionales referidos a la biodiversidad.</p>	<p>subregionales y nacionales de los pueblos indígenas, comunidades locales y afroamericanas, cuentan con capacidades técnico-jurídicas para negociar el acceso de terceros a sus conocimientos y prácticas tradicionales y para fortalecer dichos conocimientos.</p> <p>12.2 Técnicos indígenas y locales especializados en gestión territorial sostenible y protección de sus prácticas y conocimientos tradicionales capacitados y en ejercicio.</p> <p>12.3 Experiencias piloto de transmisión y fortalecimiento de los conocimientos tradicionales en el dominio público, incluidas las de uso sostenible de la biodiversidad, implementadas y sistematizadas.</p> <p>12.4 Experiencias piloto de formulación participativa de políticas y estrategias nacionales y sectoriales de fortalecimiento y protección de conocimientos tradicionales, desarrollados.</p>
---	---

Fuente: Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Tópico Andino

Resumidamente, entre las líneas de acción de la Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino se encuentra el desarrollo, fortalecimiento y el compartir la capacidad de gestión de la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad subregional; el desarrollo e implementación de mecanismos para la participación equitativa y satisfacción de la demanda de información de múltiples usuarios de la información (sociedad civil, instituciones, pueblos indígenas) a distintas escalas (local, nacional, regional e internacional); el desarrollo de mecanismos de planificación y seguimiento que considere el análisis de los diferentes enfoques de planificación territorial; así como el desarrollo de conocimientos científicos, innovaciones y tecnologías para la conservación y uso sostenible de la biodiversidad, previniendo y minimizando los riesgos en el ambiente y en la salud humana.

Uno de los resultados prácticos de esta Decisión fue el establecimiento del Programa Regional de Biodiversidad en las Regiones Andino Amazónicas de los Países Miembros de la CAN - "BioCAN"⁴⁵⁵.

5. Decisión 524. Mesa de Trabajo sobre Derechos de los Pueblos indígenas

También en julio de 2002 la Decisión 524 aprobó la conformación de una Mesa de Trabajo sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, que tiene como mandato hacer el seguimiento a las decisiones y políticas emanadas de la CAN con implicaciones sobre los derechos de las comunidades indígenas en una serie de campos, incluyendo el de los CTs. La mesa presenta como una de sus prioridades promover el desarrollo y la aprobación del régimen andino de protección de los CTs de las comunidades indígenas⁴⁵⁶.

A partir de la realización de tres talleres regionales, realizados con participación indígena y de técnicos indígenas, fue elaborada una propuesta preliminar de elementos que podrían incluirse en un régimen de protección a los CTs⁴⁵⁷. De la Propuesta lo más importante a observar es la amplitud de la definición de los CTs que no solamente incluye conocimientos, innovaciones y prácticas asociadas a la diversidad biológica sino que extiende el concepto de CT a toda forma de manifestación intelectual de las comunidades indígenas y locales, incluyendo las ECTs.

⁴⁵⁵ El Programa fue establecido por la Decisión 729, aprobada el 5 de febrero de 2010. Disponible en <<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/decisiones/DEC729.doc>>. Consultada el 30 de mayo de 2011.

⁴⁵⁶ Texto disponible en <<http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D524.htm>>. Consultada el 05 de abril de 2011.

⁴⁵⁷ Texto disponible en <<http://www.caf.com/view/index.asp?ms=17&pageMS=34328>>. Consultada el 05 de abril de 2011.

6. La experiencia de Perú

6.1. Ley n°. 26.839 de 1997 sobre conservación y aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica

Pese a que las decisiones de la CAN tengan carácter vinculante a todos los países miembros, Perú es el único país parte que cuenta hoy con una legislación específica sobre la protección de los CTs. El primer paso en materia legislativa que explícitamente se refiere a los CTs es la Ley n°. 26.839, de julio de 1997, sobre la conservación y el aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica⁴⁵⁸. A pesar de no ser un régimen que disciplina el acceso a los CTs, el relieve de esta Ley está en reconocer la importancia y la necesidad de proteger los CTs, además de establecer que los CTs asociados a la diversidad biológica constituyen patrimonio de las comunidades tradicionales, que tienen derechos y facultad de decidir sobre su utilización⁴⁵⁹. Lo que, sin duda, fue un gran logro.

6.2. Las garantías constitucionales a las comunidades tradicionales tras la reforma de 2000

La iniciativa anterior es confirmada por la reforma de 2000 en la Constitución⁴⁶⁰, de 1993, que garantiza protección a la pluralidad étnica y cultural

⁴⁵⁸ Ley peruana n°. 26.839, sobre la conservación y el aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica, promulgada el 08 de julio de 1997, publicada el 16 de julio de 1997. Disponible en <<http://www.congreso.gob.pe/comisiones/1996/ambiente/lib05/LEY26839.HTM>>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

⁴⁵⁹ Art. 23. “Se reconoce la importancia y el valor de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas, para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica. Asimismo, se reconoce la necesidad de proteger estos conocimientos y establecer mecanismos para promover su utilización con el consentimiento informado de dichas comunidades, garantizando la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización”. Art. 24. “Los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas, nativas y locales asociados a la diversidad biológica, constituyen patrimonio cultural de la mismas, por ello, tienen derecho sobre ellos y la facultad de decidir respecto a su utilización”.

⁴⁶⁰ La reforma de 2000 en la Constitución fue introducida por la Ley n°. 27.365 del 5 de noviembre de 2000.

de la nación peruana⁴⁶¹. Sabemos que una de las formas de manifestación cultural de un pueblo es la lengua, así que para garantizar esta pluralidad, la propia Constitución establece que más allá del castellano, las demás lenguas aborígenes donde sean predominantes, también son consideradas oficiales⁴⁶².

Uno de los avances presentado en la Constitución es el reconocimiento de las comunidades tradicionales como entes con personalidad jurídica. A partir de allí, declara la autonomía de estas comunidades en su organización de trabajo, en el modo de producción económica, en la organización administrativa y en la disposición de sus tierras⁴⁶³. Aunque estos derechos sean limitados dentro del marco que la ley establece, no deja de ser otra conquista para las comunidades tradicionales.

6.3. Ley n.º. 27.811 de 2002 sobre el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas

Tras el reconocimiento constitucional de personalidad jurídica y de autonomía de las comunidades tradicionales, en julio de 2002 se aprobó la Ley n.º. 27.811 que establece el Régimen especial de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ Art. 2. "Toda persona tiene derecho: 19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjero tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad".

⁴⁶² Art. 48. "Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley".

⁴⁶³ Art. 89. "Las comunidades campesinas y las nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas".

⁴⁶⁴ Ley peruana n.º. 27.811..., *op.cit.* Sobre el contexto de creación de esta Ley ver RUIZ MULLER, M.; LAPEÑA, I. "Nueva Ley peruana establece un régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos", en LIMA, A.; BENSUSAN, N. (Orgs.). *Quem cala consente? Subsídios para a proteção dos conhecimentos tradicionais*. São Paulo, Instituto Sócioambiental, 2003, pp. 75-80, pp. 75-77. Para profundizar sobre algunos puntos de la referente Ley ver CORREA, C. M. *Derechos de Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, pp. 254-257.

De forma general, la Ley reconoce que los CTs de los pueblos indígenas contribuyen a la conservación y al uso sostenible de los componentes de la biodiversidad. Con objetivos muy amplios⁴⁶⁵, la Ley, que constituye un régimen de protección positiva, conjuga y articula una serie de instrumentos y mecanismos para garantizar la protección de los CTs⁴⁶⁶. La intención fue crear un sistema *sui generis* de protección. La normativa determina cómo y en qué condiciones se puede acceder y utilizar los CTs y es uno de los ejemplos de normativas vigentes en la región sobre la materia. En esta norma, son las licencias de uso de conocimientos las que permitirían evidenciar el uso legal de los conocimientos de las comunidades indígenas.

Puede advertirse inicialmente que pese a que la Ley hable de pueblos indígenas, el art. 2 (a) añade que dentro del concepto de pueblo indígena están incluidos las comunidades campesinas y nativas y que la denominación “indígena” comprende y puede ser empleada “*como sinónimo de ‘originario’, ‘tradicionales’, ‘étnicos’, ‘ancestrales’, ‘nativos’ u otros vocablos*”. O sea, la Ley intenta proteger los derechos de todas las comunidades tradicionales.

La Ley reconoce el carácter colectivo de los CTs y resalta que los “conocimientos colectivos” son aquellos generados por las comunidades indígenas como colectividad, mas allá de que hubieran sido en la práctica generados por individuos pertenecientes a estas comunidades. Esto sin perjuicio de que, internamente en las comunidades, y en función de sus prácticas consuetudinarias, existan mecanismos en el interior de las comunidades indígenas en los cuales se reconozcan a estos individuos como creadores y se les concedan beneficios en reconocimiento de sus aportes intelectuales⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ El art. 5 de la Ley presenta los siguientes objetivos: 1) promover el respeto hacia el conocimiento colectivo de los pueblos indígenas, como también su protección, preservación, mayor aplicación y desarrollo; 2) promover la distribución justa y equitativa de los beneficios que derivan del uso de tal conocimiento colectivo; 3) garantizar que el uso del conocimiento se realiza con el consentimiento previo e informado de los pueblos indígenas; 4) promover el fortalecimiento y desarrollo de las capacidades de los pueblos indígenas, y de los mecanismos que tradicionalmente utilizan, para distribuir y asignar colectivamente los beneficios generados; y 5) evitar el patentamiento de invenciones obtenidas o desarrolladas a través del uso del conocimiento colectivo de los pueblos indígenas del Perú.

⁴⁶⁶ Sobre los principales elementos de la Ley ver RUIZ MULLER, M.; LAPEÑA, I. “Nueva Ley peruana establece un régimen de protección de los conocimientos colectivos...”, *op.cit.*, pp. 77-80.

⁴⁶⁷ Art. 10. “*Naturaleza colectiva de los conocimientos. Los conocimientos colectivos protegidos bajo este régimen son aquellos que pertenecen a un pueblo indígena y no a individuos determinados que formen parte de dicho pueblo. Pueden pertenecer a varios pueblos indígenas.*”

La normativa además de confirmar el derecho y la facultad de las comunidades tradicionales a decidir sobre sus conocimientos colectivos⁴⁶⁸, esclarece que el término “consentimiento informado previo” (PIC) es la posibilidad que tienen las comunidades indígenas de autorizar o denegar el acceso y uso de sus CTs, con previo suministro de información que les permita adoptar una decisión debidamente sustentada y fundamentada (art. 2, c).

No obstante, pese a que la Ley (art. 2, c) señala la posibilidad de que las comunidades indígenas puedan autorizar o no el acceso a sus conocimientos mediante el PIC, el art. 6 establece que el acceso para fines de aplicaciones científicas, comerciales o industriales debe contar con el PIC de la organización representativa del pueblo indígena cuyos conocimientos se solicitan. En otras palabras, quien en realidad concede el PIC no son las comunidades directamente, sino sus organizaciones representativas, a nivel local, regional o nacional.

En cuanto a la protección, la Ley establece que los conocimientos colectivos de las comunidades tradicionales pueden protegerse de diferentes maneras, vía contratos, secretos y registro⁴⁶⁹.

Los contratos son instrumentos legales en los que se establecen obligaciones y condiciones para el uso de los conocimientos. Para que un tercero acceda y use comercial o industrialmente los conocimientos colectivos que se encuentran aún en el ámbito y bajo control de las comunidades tradicionales (que aún no han sido revelados), debe: a) contar con el consentimiento fundamentado previo de la organización representativa de las comunidades que poseen estos conocimientos y b) celebrar un contrato de licencia de uso de conocimientos con dicha organización.

Estos derechos son independientes de aquellos que puedan generarse al interior de los pueblos indígenas y para cuyo efecto de distribución de beneficios podrán apelar a sus sistemas tradicionales”.

⁴⁶⁸ Art. 1. “El Estado peruano reconoce el derecho y la facultad de los pueblos y comunidades indígenas de decidir sobre sus conocimientos colectivo”.

⁴⁶⁹ LEWINSKI, S. v. *Indigenous heritage and Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 142; INDECOPI: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. “Manual explicativo de la Ley n°. 27811, régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos”, pp. 06-07. Disponible en <<http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/portalcipi/archivos/docs/articulos/106-2005-1/Manual%20Explicativo%20de%20la%20Ley%2027811.pdf>>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

En lo relativo a los secretos, los conocimientos colectivos que se encuentran bajo el ámbito y control de las comunidades también están protegidos contra su adquisición, uso y revelación sin el consentimiento fundamentado de estas comunidades. Para que se mantengan estos secretos, las comunidades deben hacer lo posible para que los terceros no accedan ni se enteren de ellos.

En cuanto a los registros, la ley identifica tres formas de registrar los conocimientos colectivos de las comunidades tradicionales: el registro nacional público, el registro nacional confidencial y los registros locales.

El registro nacional público es administrado por la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías (OINT) del Instituto Nacional de la Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (INDECOPI) y tiene por objeto compilar datos e informaciones sobre conocimientos colectivos que ya se encuentran en el dominio público; o sea, que se encuentran ampliamente difundidos. Estos datos e informaciones pueden ser usados, por ejemplo, para evitar que se concedan patentes y derechos en el extranjero. No obstante, no es un registro abierto y disponible para todo el público, el INDECOPI lo usará para prevenir y enfrentar la biopiratería.

El registro nacional confidencial, por su parte, también es administrado por la OINT del INDECOPI pero incluye conocimientos colectivos que las comunidades indígenas desean que sean mantenidos formalmente bajo confidencialidad y fuera del alcance de terceros.

Finalmente, el registro local, es un registro que depende exclusivamente de lo que deseen hacer las comunidades tradicionales. Ellos organizarán este registro, determinarán su contenido y lo administrarán directamente según sus intereses y necesidades particulares. Podrán solicitar de INDECOPI u otras instituciones apoyo y asistencia técnica para su desarrollo.

De forma general, los registros tienen como objetivo preservar los conocimientos colectivos de las comunidades tradicionales de Perú y proporcionar a la autoridad nacional competente informaciones que le permita defender los intereses de las comunidades que han registrado sus conocimientos⁴⁷⁰.

Otro punto interesante de esta norma es la definición de los CTs que se encuentran en el dominio público. El art. 13 establece que un conocimiento

⁴⁷⁰ DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 120.

colectivo se encuentra en dominio público cuando ha sido accesible a una persona ajena a la comunidad donde este conocimiento se originó, a través de un medio de comunicación masiva o publicaciones, incluidas publicaciones científicas, o cuando se trata de conocimientos sobre usos y características de la biodiversidad que sean conocidos masivamente fuera del ámbito de estas comunidades. Y en el caso en que el CT hubiera entrado en dominio público 20 años antes de la entrada en vigor de la ley, se destinará un porcentaje (que deberá ser acordado entre el solicitante y la organización representativa) resultante del valor de las ventas brutas, al Fondo de Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

En dicho contexto, la norma plantea la posibilidad, en caso de que el conocimiento ya se encuentre en dominio público, de que las comunidades tradicionales soliciten, no necesariamente el derecho de propiedad exclusiva, sino de que se compartan beneficios por su utilización (comercial o no comercial). Por otro lado, establece un plazo discrecional de 20 años, desde la entrada en vigencia de la Ley hacia atrás, para poder exigir una compensación por el aprovechamiento de los conocimientos que se encuentran en el dominio público.

La Ley establece también un porcentaje para el Fondo de Desarrollo de los Pueblos Indígenas de un 10% del valor de las ventas brutas (antes de impuestos) de los productos derivados de la aplicación de los CTs (art. 8 de las Disposiciones Transitoria y Finales).

Para concluir este punto, una de las críticas que se puede hacer a la Ley está en relación con el ámbito de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales. La ley sólo se aplica a los conocimientos colectivos "*vinculados a los recursos biológicos*" (art. 3). Es decir, así como la legislación brasileña, solamente protege los CTs de naturaleza técnica dejando al margen de la protección las ECTs.

6.4. Ley nº. 28.216 de 2004 sobre el acceso a la diversidad biológica y los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas

Finalmente, en mayo de 2004, fue aprobada la Ley nº. 28216, Ley de protección al acceso a la diversidad biológica peruana y los conocimientos

colectivos de los pueblos indígenas,⁴⁷¹ que determinó el establecimiento de una Comisión Nacional de Prevención de la Biopiratería Asociada al uso Irregular e Ilegal de Recursos Genéticos y Conocimiento Tradicional.

La Comisión tiene una serie de funciones: crear un registro de biodiversidad y CT; evaluar posibles actos de biopiratería a partir de uso del sistema de propiedad intelectual; interponer acciones administrativas y judiciales contra DPI indebidamente otorgados y que impliquen el uso de recursos genéticos y CTs y establecer canales de comunicación con oficinas de propiedad intelectual de otros países, entre otros⁴⁷².

Pese a que Perú, como hemos señalado en el epígrafe precedente, solamente ha establecido un régimen de protección a los CTs de naturaleza técnica, es innegable los avances en la política de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades tradicionales.

⁴⁷¹ Ley peruana n.º. 28.216, sobre la protección al acceso a la diversidad biológica peruana y los conocimientos colectivos de los pueblos Indígenas, promulgada el 30 de abril de 2004. Disponible en <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/6773>>. Consultada el 30 de abril de 2011.

⁴⁷² RUIZ MULLER, M. *La protección jurídica de los conocimientos tradicionales...*, *op.cit.*, pp. 127-128.

IX. LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES EN PANAMÁ Y VENEZUELA

1. La experiencia de Panamá

1.1. Los derechos colectivos de las comunidades tradicionales en la Constitución de 1972

Panamá ha intentado desarrollar una legislación específica para regular la protección de los CTs. Ya en la Constitución de 1972, Panamá se propone incentivar la participación de las comunidades tradicionales en la economía, en la cultura y en la política de la sociedad panameña⁴⁷³. Siguiendo esta premisa, uno de los logros fue el reconocimiento de la propiedad colectiva de las comunidades tradicionales sobre sus tierras⁴⁷⁴.

1.2. Ley n°. 20 de 2000 sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas

Más recientemente este Estado ha establecido legalmente un mecanismo jurídico de protección a los CTs adoptando normas de la propiedad intelectual. El régimen de protección se estableció en junio de 2000 cuando se publicó la Ley n°. 20 que establece el Régimen especial de propiedad intelectual sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, para la protección y defensa de su identidad

⁴⁷³ Art. 120. “El Estado dará atención especial a las comunidades campesinas e indígenas con el fin de promover su participación económica, social y política en la vida nacional”.

⁴⁷⁴ Art. 123. “El Estado garantizará a las comunidades indígenas la reserva de las tierras necesarias y la propiedad colectiva de las mismas para el logro de su bienestar económico y social. La Ley regulará los procedimientos que deban seguirse para lograr esta finalidad y las delimitaciones correspondientes dentro de las cuales se prohíbe la apropiación privada de las tierras”.

cultural y de sus conocimientos tradicionales⁴⁷⁵. El objetivo general es proteger los CTs de las comunidades indígenas a través del registro, de la promoción y de la comercialización de sus derechos, de manera tal que se prestigien los valores socioculturales indígenas y las identidades culturales, y con fines de justicia social. Un objetivo específico y fundamental es proteger la autenticidad de artesanías y demás manifestaciones artísticas tradicionales.

La Ley, sin embargo, en el Capítulo 1 que establece la finalidad de la misma⁴⁷⁶, es confusa, con relación a los términos utilizados, y restrictiva en cuanto a los elementos que están incluidos en el concepto de CT.

Luego en el art. 1, que trata de la finalidad de la Ley, el legislador hace una confusión con los términos al señalar que “*esta Ley tiene como finalidad proteger los **derechos colectivos de propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas...***” (negritas nuestras). Por ello, la ley hace referencia tanto a los “derechos colectivos de propiedad intelectual” como a los “conocimientos tradicionales”, como si fuera cosa distinta. Es decir, según este enunciado los conocimientos tradicionales no están incluidos en los derechos colectivos.

Posteriormente, el art. 6 conceptúa lo que se debe entender por derechos colectivos señalando que “*se denominan derechos colectivos de los pueblos indígenas los objetos susceptibles de protección que pueden ser registrados...*”. Por lo que señala el art. 1 y este artículo, en principio, parece que los derechos colectivos son aquellos conocimientos que pueden ser registrados y que, por

⁴⁷⁵ Disponible en <<http://www.indigenas.bioetica.org/20pan.htm>>. Consultada el 04 de abril de 2011.

⁴⁷⁶ El art. 1 establece que “*esta Ley tiene como finalidad proteger los derechos colectivos de propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas sobre sus creaciones, tales como invenciones, modelos, dibujos y diseños, innovaciones contenidas en las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, petroglifos y otros detalles; además, los elementos culturales de su historia, música, arte y expresiones artísticas tradicionales, **susceptibles de un uso comercial**, a través de un sistema especial de registro, promoción y comercialización de sus derechos, a fin de resaltar los valores socioculturales de las culturas indígenas y hacerles justicia social*” (negritas nuestras). Art. 2. “*Las costumbres, tradiciones, creencias, espiritualidad, religiosidad, cosmovisión, expresiones folclóricas, manifestaciones artísticas, conocimientos tradicionales y cualquier otra forma de expresión tradicional de los pueblos indígenas, forman parte de su patrimonio cultural; por lo tanto, no pueden ser objeto de ninguna forma de exclusividad por terceros no autorizados a través del sistema de propiedad intelectual, tales como derecho de autor, modelos industriales, marcas, indicaciones geográficas y otros, salvo que la solicitud sea formulada por los pueblos indígenas. Sin embargo, se respetarán y no se afectarán los derechos reconocidos anteriormente con base en la legislación sobre la materia*”.

consiguiente, son susceptibles de protección, en cuanto que los CTs no se pueden registrar y, por lo tanto, no son susceptibles de protección. Este análisis es confirmado en el art. 7, que versa sobre la creación del DIGERPI - Departamento de Derechos Colectivos y Expresiones Folclóricas, al disponer que “a través del cual se concederá, entre otros, el **registro de los derechos colectivos de los pueblos indígenas**” (negritas nuestras).

En cuanto al sentido restrictivo podemos hacer la siguiente observación. La Ley en en el art. 1 hace referencia a las invenciones, modelos, dibujos y diseños, innovaciones contenidas en las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, petroglifos. En el art. 2 señala que el patrimonio cultural de las comunidades indígenas es formado por “*las costumbres, tradiciones, creencias, espiritualidad, religiosidad, cosmovisión, expresiones folclóricas, manifestaciones artísticas, conocimientos tradicionales y cualquier otra forma de expresión tradicional...*”; y prohíbe el otorgamiento de derechos exclusivos previsto en el sistema de PI como, derechos de autor, patentes, etc., a terceros ajenos a las comunidades indígenas que no cuenten con la debida autorización. Pese a esto, la ley es restrictiva en relación a la protección cuando dispone, como ya decimos, que sólo quedan protegidos los derechos colectivos que puedan ser registrados, además de otorgar protección solamente a las invenciones y expresiones “*susceptibles de un uso comercial*” (art. 1).

Asimismo, el art. 15 establece que los derechos de usos y comercialización del arte, artesanías y otras manifestaciones culturales deben regirse por el reglamento de uso de cada pueblo indígena.

Por ello, la Ley ha recibido algunas críticas. Sobre todo por su campo de incidencia pues, como ya señalamos, a pesar de conceptualizar ampliamente los CTs, en el Capítulo II⁴⁷⁷ que señala los objetos susceptibles de protección, no

⁴⁷⁷ De acuerdo con el art. 3, “se reconocen como vestidos tradicionales de los pueblos indígenas, aquellos utilizados por los pueblos kuna, ngöbe y buglé, emberá y wounaán, naso y bri-bri, tales como: 1. Dule mor. Consiste en el uso combinado de la vestimenta con que las mujeres y los hombres kunas identifican la cultura, historia y representación de su pueblo. Está compuesto por el morsan, saburedi, olassu y wini. 2. Jio. Consiste en el uso combinado de la vestimenta con que las mujeres y los hombres emberás y wounaán identifican la cultura, historia y representación de su pueblo. Las mujeres usan la wua (paruma), boró barí, dyidi dyidi, kondyita, neta, parata kerá, manía, sortija, kipará (jagua), kanchí (achiote) y kera patura. Los hombres utilizan las mismas piezas, con excepción de la paruma; y, además, la orejera, pechera, amburá y andiá. 3. Nahua. Consiste en el vestido con que las mujeres ngöbes y buglés identifican la cultura, historia y representación de su pueblo. Este vestido es de una sola pieza, amplio y cubre hasta las pantorrillas; es confeccionado con telas lisas de colores llamativos, adornado con aplicaciones

hace referencia a los CTs asociados a la diversidad biológica, a las costumbres, a las creencias, a la espiritualidad, a religiosidad, por ejemplo⁴⁷⁸. Además, no está demás recordar que el ámbito de la protección de esta norma sólo contempla los derechos colectivos de las comunidades indígenas que puedan ser registrados y que sean susceptibles de uso comercial.

2. La experiencia de Venezuela

2.1. Los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución de 1999

En Venezuela, el carácter multiétnico y pluricultural, además de las formas de organización, hábitat y de los derechos originarios sobre las tierras que los pueblos indígenas ocupan ancestral y tradicionalmente son reconocidos en la Constitución de 1999⁴⁷⁹. Ya en el Preámbulo de la Constitución se reconoce a la sociedad venezolana como una sociedad multicultural y con pluralidad étnica. El art. 100 reafirma esta intención y establece el principio de igualdad entre las culturas además de garantizar la protección a las mismas.

geométricas de tela de colores contrastantes e incluye un collar amplio confeccionado con chaquiras. Art. 4. Se reconocen los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre sus instrumentos musicales, música, danzas o forma de ejecución, expresiones orales y escritas contenidos en sus tradiciones, que conforman su expresión histórica, cosmológica y cultural. La solicitud de registro de estos derechos colectivos se hará por los respectivos congresos generales o autoridades tradicionales indígenas, ante la Dirección General del Registro de la Propiedad Industrial del Ministerio de Comercio e Industrias, en adelante DIGERPI, o ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor del Ministerio de Educación, según corresponda, para su aprobación y registro. Art. 5. Se reconocen los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre sus instrumentos de trabajo y arte tradicionales, así como la técnica para su confección, expresado en las materias primas nacionales, a través de los elementos de la naturaleza, su procesamiento, elaboración, combinación de tintes naturales, tales como las tallas en tagua y madera semipreciosa (cocobolo y nazareno), cestas tradicionales, nuchus, chaquiras, chácaras y cualquier otra manifestación cultural de carácter tradicional de estos pueblos”.

⁴⁷⁸ Algunas de esas críticas pueden ser vistas en ANTUNES, P. B. *Diversidade biológica...*, op.cit., p. 143 y ss.

⁴⁷⁹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial del jueves 30 de diciembre de 1999, n°. 36.860. Disponible en <<http://www.eumed.net/oe-vevs/normas/Constitucion%20de%20la%20Republica%20Bolivariana%20de%20Venezuela.htm>>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

Un dispositivo importante es el art. 119 que, además de reconocer la organización social, política y económica de las comunidades indígenas, consagra la propiedad colectiva sobre sus tierras. A continuación, la propiedad intelectual colectiva de las comunidades indígenas sobre sus conocimientos, tecnologías e innovaciones está asegurada en el art. 124; así como el derecho de éstas a ser consultadas sobre actividades de aprovechamiento de los recursos naturales ubicados en sus tierras.

2.2. Ley de diversidad biológica de 2000

Más allá del reconocimiento constitucional a los conocimientos de las comunidades indígenas, Venezuela cuenta también con la Ley de la Diversidad Biológica⁴⁸⁰ que define comunidades indígenas y locales como aquellas que presentan una identidad propia y claramente perceptible, que se traduce en manifestaciones culturales distintas a las del resto de los habitantes de la nación (art. 40).⁴⁸¹

En cuanto a la protección y reconocimiento de los CTs, la Ley establece en su art. 86, que *“la Oficina Nacional de la Diversidad Biológica, atenderá lo concerniente a los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas y locales, relacionados con la diversidad biológica, con el objeto de proteger los derechos de estas comunidades sobre sus conocimientos en esta materia”*.

Esta oficina está adscrita al Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales y tiene entre sus atribuciones (art. 21, 4) *“...coordinar y supervisar el cumplimiento de las disposiciones establecidas en la Decisión 391 del Acuerdo de Cartagena sobre Acceso a los Recursos Genéticos”*. En la práctica, la Oficina deberá velar para que en los contratos de acceso a estos recursos que celebre la

⁴⁸⁰ Ley de diversidad biológica de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Año CXXVII, Caracas, el 24 de mayo de 2000, n°. 5468. Disponible en <http://www.grain.org/brl_files/VEN%20Ley%20de%20Biodiversidad%202000.pdf>. Consultada el 04 de abril de 2011.

⁴⁸¹ Art. 40. *“A los fines de esta Ley, se entiende por comunidades locales y etnias indígenas, las que presentan una identidad propia y claramente perceptible, que se traduce en manifestaciones culturales distintas al resto de los habitantes de la nación”*.

Republica se respeten los derechos de las comunidades tradicionales cuando existan CTs asociados a los mismos.

El art. 82 de la Ley asegura que *“no se reconocerán derechos de propiedad intelectual sobre muestras colectadas, o partes de ellas, cuando las mismas hayan sido adquiridas en forma ilegal, o que empleen el conocimiento colectivo de pueblos y comunidades indígenas o locales”*. Pero en materia de PI, la oficina nacional competente para velar por el no otorgamiento de DPI cuando envuelva conocimiento colectivo es el Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual (SAPI) del Ministerio de la Producción y Comercio⁴⁸².

Entre los objetivos del SAPI está el de *“garantizar y proteger la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas y locales y la biodiversidad asociada a los mismos, así como los derechos de propiedad intelectual colectivos y libres”*.

Para concluir, es importante subrayar que, pese a la referencia a las comunidades locales en uno de los objetivos del SAPI, en la práctica Venezuela sólo normaliza los CTs de las comunidades indígenas.

2.3. Ley orgánica de pueblos y comunidades indígenas de 2005

Los derechos colectivos de las comunidades indígenas también son asegurados en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas⁴⁸³, que establece en su inciso 12 del art. 3 que la propiedad colectiva indígena es *“el derecho de cada pueblo y comunidad indígena de usar, gozar, disfrutar y administrar un bien material o inmaterial, cuya titularidad pertenece de forma absoluta e indivisible a todos y cada uno de sus miembros, a los fines de preservar y desarrollar la integridad física y cultural de las presentes y futuras generaciones”*. Entre los objetivos de la Ley está el de *“garantizar el ejercicio de*

⁴⁸² El SAPI fue creado según Decreto Presidencial n°. 1768, el 25 de marzo de 1997, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela n°. 36.192, de 24 de abril de 1997; entró en funcionamiento en el 01 del mayo del 1998 según Resolución Ministerial n°. 054, de 07 de abril de 1998, publicada en la Gaceta Oficial n°. 36.433, de 15 de abril de 1998.

⁴⁸³ Ley orgánica de pueblos y comunidades indígenas de Venezuela que entró en vigencia y fue publicada en la Gaceta Oficial n°. 38.344, el 27 de diciembre de 2005. Disponible en <<http://www.enlaceindigenas.gob.ve/doc/LEYORGANICADEPUEBLOS Y COMUNIDADES INDIGENAS.pdf>>. Consultada el 04 de abril de 2011.

los derechos colectivos e individuales de los pueblos, comunidades indígenas y de sus miembros” (art. 4, inciso 5).

La Ley asegura también que las comunidades indígenas poseen personalidad jurídica, con representación de acuerdo con el derecho consuetudinario de la comunidad⁴⁸⁴, con autonomía para autogestionarse tanto en relación a sus tierras como a sus conocimientos⁴⁸⁵.

En definitiva, la Ley representa un avance normativo y una importante conquista para las comunidades indígenas. Tener garantizados los derechos intelectuales colectivos sobre sus tierras, conocimientos, innovaciones y prácticas, además de autonomía para decidir sobre ellos es todo lo que las comunidades indígenas desean y por lo cual vienen luchando.

⁴⁸⁴ Art. 7. *“Se reconoce la personalidad jurídica de los pueblos y comunidades indígenas a los fines del ejercicio de los derechos colectivos previstos en la Constitución (...) Su representación será determinada por los pueblos y comunidades indígenas, según sus tradiciones, usos y costumbres, atendiendo a su organización propia, sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución...”*.

⁴⁸⁵ Según el art. 5 *“los pueblos y comunidades indígenas tienen el derecho a decidir y asumir de modo autónomo el control de sus propias instituciones y formas de vida, sus prácticas económicas, su identidad, cultura, derecho, usos y costumbres, educación, salud, cosmovisión, protección de sus conocimientos tradicionales, uso, protección y defensa de su hábitat y tierras y, en general, de la gestión cotidiana de su vida comunitaria dentro de sus tierras para mantener y fortalecer su identidad cultural”*. Para profundizar el debate acerca de esta Ley ver AGUILAR, V. *et. al.* “Estado del derecho consuetudinario en Venezuela. Elementos para una primera aproximación”. Disponible en http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/consultations/customary_law/venezuela.pdf. Consultada el 04 de abril de 2011.

CAPÍTULO III

LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES A TRAVÉS DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL: INADECUACIÓN DEL SISTEMA DE PATENTES

I. INTRODUCCIÓN

Por las razones que hemos venido desarrollando en el curso de este trabajo, los CTs tienen gran importancia, ya sea en el aspecto ambiental, social o económico-financiero. Por esas razones, la protección efectiva de esos conocimientos es materia de debate entre juristas, autores, ambientalistas, representantes de las comunidades locales e indígenas, de las empresas que utilizan esos conocimientos, ONG's, organismos internacionales relacionados con el comercio, así como la propia OMPI, entre otros.

A partir de la constatación de la importancia de los CTs y, principalmente, por el hecho de que grandes ganancias son obtenidas por multinacionales que utilizan los conocimientos en estudio, sin el debido consentimiento previo y fundamentado de las comunidades interesadas y sin la necesaria participación en los beneficios, la cuestión de la forma en que se deben proteger los conocimientos producidos por las comunidades tradicionales es de fundamental importancia.

Además, el art. 8.j del CDB, más allá de muchos otros cuerpos legales internacionales y regionales, como ya hemos destacado en el capítulo segundo,

ha establecido un mandato de forma clara sobre la exigencia y necesidad de protección de esos conocimientos.

Una vez reconocida la necesidad de una efectiva protección, el segundo paso es saber cuál es el sistema más apropiado para esto. En esta dirección, el sistema de PI (entendido en sentido amplio), más específicamente el sistema de patentes, en importantes foros internacionales, tiende a ser presentado como el más apropiado, como hemos demostrado en el capítulo segundo.

Asimismo, muchas otras voces han defendido la protección de los CTs a través del sistema de PI. MASSAGUER, por ejemplo, no sólo dijo que el sistema de PI es apropiado, sino además, que el referido sistema es necesario para dar cumplimiento a las exigencias normativas vigentes de protección jurídica de los CTs⁴⁸⁶.

Así como MASSAGUER, GUPTA, editor de la reconocida publicación ambientalista Honey Bee, defiende, en particular, la protección de los CTs vía sistema de patentes. El autor señala que no ve ninguna diferencia entre la manera en que se produce el conocimiento de la ciencia “occidental” y el sistema de conocimiento tradicional, ya que para él existe una sola ciencia⁴⁸⁷.

El primer argumento para la defensa de la protección de los CTs por medio del sistema de PI es su naturaleza inmaterial, la misma naturaleza de todas las creaciones humanas objeto de los DPI. El segundo se encuentra en relación con el hecho de que, según él, el sistema de PI no es un mecanismo de desapropiación, sino un mecanismo de control de la utilización y, en este sentido, *“sirve perfectamente no sólo para preservar los conocimientos tradicionales frente a su indebida apropiación por terceros, sino también para ordenar y regular su utilización...”*⁴⁸⁸.

No obstante, pese a alguna defensa de la protección de los CTs vía sistema de PI, es necesario subrayar que muchas otras voces se han cuestionado

⁴⁸⁶ “...el sistema de propiedad intelectual se revela especialmente apropiado, y aún más necesario, para dar cumplimiento a las exigencias normativas vigentes de protección jurídica de los conocimientos tradicionales”. MASSAGUER, J. “Algunos aspectos de la protección jurídica de los conocimientos tradicionales...”, *op.cit.*, p. 211.

⁴⁸⁷ GUPTA, A. K. “Creativity: the role of Intellectual Property protection”. 2000, pp. 09-10. Harvard WP. Disponible en <http://www.cid.harvard.edu/cidbiotech/events/anil_gupta_paper.htm>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

⁴⁸⁸ MASSAGUER, J. “Algunos aspectos de la protección jurídica de los conocimientos tradicionales...”, *op.cit.*, p. 211.

la protección de los CTs a través de este sistema, especialmente la protección vía sistema de patentes, posición esta que defendemos.

Uno de los principales argumentos contrarios a la protección de los CTs vía sistema de patentes es la imposibilidad de coherencia las características y funciones de este sistema con las características y funciones esenciales de los CTs. En otras palabras, existe incompatibilidad entre los conceptos del sistema de patentes y las prácticas y las culturas de las comunidades tradicionales⁴⁸⁹ que pueden ver su modo de vivir arruinado por la lógica de la economía de mercado en la cual estarían inmersas⁴⁹⁰.

Por ello, en este capítulo intentaremos demostrar por qué los CTs no pueden ser protegidos adecuadamente por el sistema de patentes. Para esto vamos a analizar el sistema de patentes relacionándolo con las características y especificidades de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales. Con todo, advertimos que nuestro objetivo no es agotar el debate acerca del sistema de patentes, sino analizar y detenernos en los puntos que lo hacen inadecuado para proteger los CTs.

⁴⁸⁹ LEWINSKI señala que la cosmovisión de las comunidades tradicionales, en especial las comunidades indígenas, es fundamentalmente diferente del pensamiento occidental, y, sobre todo, de conceptos tales como los derechos de propiedad intelectual. LEWINSKI, S. v. "An analysis of WIPO's latest proposal and the Model Law 2002 of de pacific community...", *op.cit.*, p. 111.

⁴⁹⁰ "Las patentes no son necesarias para generar un clima de invención y creatividad. Son más importantes como herramientas de control de mercado. De hecho, la existencia de patentes debilita la creatividad social de la comunidad científica reprimiendo el intercambio libre entre los científicos. (...) Al introducir el siglo en la ciencia, los DPI y la consecuente mercantilización y privatización del conocimiento irán por fin a la comunidad científica y, por lo tanto, a su potencial de creatividad. Los DPI extrapolan la creatividad al mismo tiempo que acaban con su propia fuente". SHIVA, V. *Biopirataria...*, *op.cit.*, 2001, pp. 35 y 37.

II. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LAS PATENTES DE INVENCIÓN. SU INAPLICABILIDAD A LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

1. Algunas consideraciones acerca de las patentes

Antes de todo vamos a señalar que en este capítulo en los puntos que analizamos el Derecho de patentes vamos a basarnos especialmente en la doctrina española, en la Ley de Patentes de España, de 20 de marzo de 1986, en adelante LP, en el Convenio sobre la concesión de Patentes Europea (CPE)⁴⁹¹ y en el Acuerdo sobre los ADPIC. No obstante, en algunos momentos apuntaremos también algunos conceptos de las legislaciones brasileña y argentina y del Convenio de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial, en adelante CUP⁴⁹².

⁴⁹¹ El Convenio fue firmado en Munich, el 5 de octubre de 1973, con el objetivo de permitir la obtención de patentes para una misma invención en distintos países europeos por medio de una sola solicitud de patente. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “La protección jurídica de la tecnología”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.; JIMÉNEZ, S. *Las Patentes en la empresa*. Madrid, Fundación del Instituto Nacional de Industria, 1982, p. 69. Para un estudio sobre el Convenio de la Patente Europea ver MACÍAS MARTÍN, J. “Nociones sobre el Convenio de la Patente Europea”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Coord.). *Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial en la Unión Europea*. Navarra, Aranzadi, 2007, p. 203 y ss.; MORGADES MANONELLES, J. A. “La aplicación en España del Convenio de la Patente Europea. Sus repercusiones sobre las solicitudes y concesiones de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad españoles”, en *Estudios sobre Derecho Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia en homenaje a Hermenegildo Baylos Corroza. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 1992, pp. 479-494; DELICADO MONTERO-RÍOS, J. “La regulación de la Propiedad Industrial en el Mercado Único Europeo”, en *Estudios sobre Derecho Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia en homenaje a Hermenegildo Baylos Corroza. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 1992, pp. 239-264, p. 249 y ss.

⁴⁹² El CUP fue firmado en París el 20 de marzo de 1883, rige en España en el texto de Estocolmo de 15 de julio de 1967, y es el Convenio Internacional más importante para el conjunto de la Propiedad Industrial. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “La protección jurídica de la tecnología...”, *op.cit.*, p. 68. Para análisis del Convenio ver BODENHAUSEN, G. H. C. *Guía para la aplicación del Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial*. Revisado en Estocolmo en 1967. Ginebra, Oficinas Internacionales Reunidas Para la Protección de la Propiedad Intelectual (BIRPI), 1969; DELICADO MONTERO-RÍOS, J. “La regulación de la Propiedad Industrial...”, *op.cit.*, p. 243 y ss.

1.1. Concepto y características de las patentes de invención

La protección de las invenciones, sean intelectuales o técnicas, en los últimos siglos nace de la necesidad de estimular a quien pensó y creó algo, una vez que la actividad inventiva repercute en el bien-estar económico y social del entorno en el que la invención se hace pública⁴⁹³. En la actualidad, el sistema de patentes es la institución del ordenamiento jurídico destinada a fomentar el progreso tecnológico, a través de la concesión de una tutela jurídica muy especial sobre las invenciones⁴⁹⁴.

En el antiguo régimen se llamaba patentes a los privilegios reales. Patentes era el nombre del documento en el que se informaba a todos los súbditos de su concesión y designaba su privilegio⁴⁹⁵.

El término "Patente" tiene su origen en el participio presente del verbo latino "*patere*" (ser descubierto o manifiesto), que significa, por sí sólo, "*título o despacho real para el goce de un empleo o privilegio*". En el sentido etimológico, la palabra "patente" deriva de la expresión latina "*literae patentae*" o *letras patentes*, que eran decretos reales que garantizaban derechos exclusivos a determinados individuos en los negocios, o sea, documento en que se da a

⁴⁹³ Para GÓMEZ SEGADE, las creaciones de la mente humana son objetos de una tutela jurídica especial en la medida que se hacen perceptibles y utilizables en las relaciones sociales y por su importancia económica. GÓMEZ SEGADE, J. A. *El Secreto Industrial...*, *op.cit.*, pp. 73-74. En el mismo sentido MASSAGUER, J. "Aproximación sistemática general al Derecho de la Competencia y de los bienes inmateriales", *Revista General de Derecho*, 1990, pp. 245-263, pp. 257-258. BARCELLO destaca aún que "*bajo el punto de vista de la Filosofía Jurídica, no hay ninguna duda sobre la legitimidad del derecho del inventor, pues es principio indiscutible que el Estado debe reconocer y proteger el derecho del hombre a los frutos de su trabajo y a su actividad intelectual, de modo que la protección jurídica del derecho de inventor viene a ser una exigencia del derecho natural*". BARCELLO, M. L. L. *O Sistema Internacional de Patentes*. São Paulo, Iob Thomson, 2004, p. 37.

⁴⁹⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "Algunas nociones preliminares para el estudio del Derecho de Patentes", *Revista de Derecho Mercantil*, 1967, pp. 79-141, p. 88; IDEM. *Los requisitos positivos de patentabilidad en el Derecho alemán. Con una referencia final al Derecho español*. Madrid, Imprenta Sáez, 1969, pp. 22-23; MASSAGUER, J. *Los efectos de la Patente en el comercio internacional*. Barcelona, Editorial Bosch, 1989, p. 31; FERNÁNDEZ DE CÓDOBA, S. *Derecho de Patentes e investigación científica*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 49.

⁴⁹⁵ GÓMEZ SEGADE, J. A. "Patente", en GÓMEZ SEGADE, J. A. *Tecnología y Derecho...*, *op.cit.*, pp. 269-279, p. 269. Para profundizar la lectura sobre el desarrollo de los significados del término patente consultar DINIZ, D. M. *Propriedade Industrial e segredo em comercio*. Belo Horizonte, Del Rey, 2003, pp. 6-15.

conocer la concesión de un derecho determinado; es decir, “*se hace patente*” determinado derecho⁴⁹⁶.

Desde el punto de la vertiente semántica del vocablo “patente” (del verbo latino *patere*) puesto en relación con el vocablo “invención”, el término “patente” evoca la idea de que el inventor describe, o pone de manifiesto o revela su invención⁴⁹⁷.

Hoy por hoy, el término “patente” puede tener tres significados. En una primera acepción el término se identifica con el documento o título de propiedad industrial que expide el organismo público competente acreditativo de la concesión de la patente. Segundo, el vocablo patente se emplea en otros casos como término expresivo del conjunto de facultades, poderes o derechos que la patente concede a su titular. Y, por último, como una variante de esta segunda acepción, el término patente se utiliza con un significado global y unitario para aludir a la “posición jurídica” que corresponde al titular de la patente, comprensiva de derechos, poderes o facultades y de obligaciones o deberes que integran esa posición⁴⁹⁸.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO advierte que es necesario distinguir la patente del certificado de concesión de la patente. Destaca el citado autor que la patente es “*la posición jurídica que se atribuye a una persona en virtud de un acto administrativo y cuyo contenido esencial consiste en el derecho a explotar con carácter exclusivo, durante cierto tiempo, una invención industrial determinada*”⁴⁹⁹. En cuanto al certificado de concesión de patente es “*sólo un documento que sirve para probar el acto de concesión*”⁵⁰⁰.

⁴⁹⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “Algunas nociones preliminares...”, *op.cit.*, pp. 88-89.

⁴⁹⁷ BOTANA AGRA, M. “Invención y Patente”, en FERNÁNDEZ-NOVOA, C.; OTERO LASTRES, J. M.; BOTANA AGRÁ, M. *Manual de la Propiedad Industrial*. Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 93-106.

⁴⁹⁸ BOTANA AGRA, M. “Invención y Patente...”, *op.cit.*, p. 99; SÁNCHEZ CALERO, F.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Vol. I, 32ª ed., Navarra, Thomson Reuters, 2009, p. 214.

⁴⁹⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “Algunas nociones preliminares...”, *op.cit.*, p. 96. En el mismo sentido GÓMEZ SEGADÉ, J. A. “La Propiedad Industrial en España...”, *op.cit.*, p. 93; IDEM, “Patente...”, *op.cit.*, p. 269.

⁵⁰⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “Algunas nociones preliminares...”, *op.cit.*, p. 98.

Por ello, se observa que el contenido esencial de la patente es el derecho de patente⁵⁰¹, que abarca tanto la facultad de utilizar la invención en los términos señalados por la ley, como la de defender sus derechos con acciones propias. Esta protección permite al inventor ser el único que puede vender o explotar el invento dentro del plazo de protección legal. De esta forma, su beneficio es mayor, y rentabiliza los recursos invertidos en la investigación⁵⁰². Al mismo tiempo, para la mayoría de los autores, las patentes permiten una difusión efectiva y rápida de las nuevas ideas en tecnología.

Por ende, una de las finalidades del sistema de patentes es la de inducir al inventor a revelar sus conocimientos para el avance de la sociedad a cambio de la exclusividad durante un periodo limitado de tiempo. En vista de ello, a pesar de algunas ideas en contra⁵⁰³, existe un *ius prohibendi erga omnes* que convierte el derecho de patente, como los demás derechos de propiedad intelectual, en auténticos monopolios legales de explotación exclusiva durante cierto tiempo⁵⁰⁴.

⁵⁰¹ Hay que advertir que existe diferencia entre el significado de los términos “derecho de patente” y “derechos a la patente”. El segundo significa el derecho subjetivo que corresponde al autor de una invención o a sus causahabientes para solicitar la concesión de una patente; en cuanto al primero significa el derecho que se le reconoce al titular de la patente una vez que ésta se ha sido concedida. BOTANA AGRA, M.; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F.; GARCÍA VIDAL, A. *Lecciones de Derecho Mercantil I*. Santiago de Compostela, Gráfica de Asturias, 2005, p. 152.

⁵⁰² FERNÁNDEZ-NOVOA señala que, para los defensores del sistema de patentes, la posición privilegiada del titular de la patente de un derecho de exclusiva o monopolio temporalmente limitado es lo “*que justamente induce a inventores y empresas a efectuar las elevadas e inciertas inversiones de recursos humanos y tecnológicos que todo programa de investigación y desarrollo implica*”. FERNÁNDEZ-NOVOA, C. “El fundamento del Sistema de Patentes”, *Actas de Derecho Industrial y de Autor*, tomo VII, Instituto de Derecho Industrial, Universidad de Santiago Editorial Montecorvo, 1982, pp. 13-30, pp. 16-17.

⁵⁰³ Para JORDA, la idea de que las patentes constituyen monopolios es un error. Para él, la “*patente es un bien, como una casa, un coche o los títulos de las acciones, y nunca un privilegio especial o un monopolio concedido*”. JORDA, K. F. “Derechos de Propiedad Intelectual. Reflexiones sobre su naturaleza e importancia”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, homenaje al Profesor Carlos Fernández-Novoa, tomo XX, 1999, pp. 181-195, p. 187.

⁵⁰⁴ “**La patente es un monopolio otorgado por el Estado que confiere a su titular el derecho de explotar en exclusiva una invención durante 20 años a contar de la fecha de la solicitud.**” LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M. “Las disposiciones en materia de Patentes del Acuerdo sobre los ADPIC”. *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Organización Mundial del Comercio*. Instituto de Derecho y Ética Industrial, Madrid, Centro de estudios para el fomento de la investigación, tomo I, 1997, pp. 239-313, p. 241 (negritas nuestras). Aún favorables a la idea de patente como monopolio BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Apuntes de Derecho Mercantil*. 10ª ed., Navarra, Editorial Aranzadi, 2009, 413; IDEM, “La protección jurídica de la tecnología...”, *op.cit.*, p. 39; GÓMEZ SEGADÉ, J. A. “La Propiedad Industrial en España...”, *op.cit.*, p. 89; FERNÁNDEZ-NOVOA, C.; GOMEZ SEGADÉ, J. A. *La modernización del Derecho español de Patentes*. Madrid, Montecorvo, 1984, p. 104; BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de Derecho industrial...*, *op.cit.*, p. 1099; SÁNCHEZ CALERO, F.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de Derecho Mercantil...*, *op.cit.*, p. 221; GARCÍA VIDAL, A. “A regulación da propiedade sobre os bens inmateriales: tendencias

En contrapartida a la concesión de este monopolio, o derecho de exclusiva, al inventor o a sus causahabientes en recompensa por su esfuerzo investigador, el contenido de la invención ha de ser hecho público, y su explotación pasa a ser libre cuando finaliza el plazo por el que se concede el derecho de exclusiva⁵⁰⁵. Por eso se dice que la patente enriquece el patrimonio tecnológico de la sociedad.

Por lo tanto, el fin objetivo e inmediato que justifica la solicitud y concesión de una patente es el de disponer de un “*ius prohibendi*”. Esto es, un derecho que excluye a terceros para evitar que éstos exploten el objeto de la patente durante su periodo de vigencia⁵⁰⁶.

Este derecho exclusivo de explotación o derecho de patente se traduce, desde un punto de vista negativo⁵⁰⁷, en la facultad del titular de la patente de impedir a todo aquel que no cuente con su consentimiento, la realización de aquellos actos que configuran el contenido del derecho exclusivo⁵⁰⁸, que serán analizados posteriormente.

Por lo anterior, la obtención de una patente supone el reconocimiento de la titularidad de un derecho de “propiedad” inmaterial catalogado dentro del sistema

actuais”, en RODIL MARZÁBAL, O.; SÁNCHEZ CARREIRA, M. C. (Coords.). *A mercantilización e a regulación do coñecimento*. Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2009, p. 130; MARTÍN ARESTI, P. *La licencia contractual de patente*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 1997, p. 29; KAMERI-MBOTE, P.; OTIENO-ODEK, J. “Genetic use restriction technologies and sustainable development in Eastern and Southern África”, in MELÉNDEZ-ORTIZ, R.; ROFFE, P. (Edit.). *Intellectual Property and sustainable development. Development agendas in a changing world*. Northampton, 2009, p. 211.

⁵⁰⁵ “La razón esencial que lleva a los ordenamientos jurídicos a conceder al inventor el monopolio temporal de que hablamos es fomentar que las invenciones se comuniquen a la sociedad y no permanezcan secretas u ocultas, reservándolas el inventor para sí”. BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de Derecho Industrial...*, op.cit., p. 1099. Para un estudio más detallado del tema ver MORGADES MANONELLES, J. A. “Monopolio a cambio de divulgación”, en *Estudios sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia*. Colección de trabajos en homenaje a Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano. Barcelona, Grupo Español de la AIPPI, 2005.

⁵⁰⁶ “El *ius prohibendi* o derecho de exclusión, se constituye en el elemento esencial y definitorio del derecho de patentes. El *ius prohibendi* (...) da derecho a obtener una compensación económica que le resarza de los perjuicios que la explotación del tercero le hubiese irrogado, así como obtener una decisión que ordene el cese de la conducta”. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C. *Las Patentes en el Comercio Internacional*. Madrid, Dykinson, 1997, p. 42.

⁵⁰⁷ “La patente constituye, de este modo, un derecho negativo o de exclusión a terceros de la explotación industrial de la invención objeto de la patente puesto que, en puridad, la patente no otorga un derecho positivo al uso del objeto de la patente”. LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M. “Extensión y ámbito de protección de la Patente. La Patente como derecho negativo”, en FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M. (Dir.). *Derecho sobre Propiedad Industrial. Estudios de Derecho Judicial*, nº. 35, 2001, pp. 81-156, p. 84.

⁵⁰⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “Algunas nociones preliminares...”, op.cit., p. 95 y ss.

de PI, en sentido amplio. Pero es importante señalar que el objeto de la protección es *“la idea en sí misma por lo que tiene de solución técnica, esto es, el contenido intelectual puro, frente a equivalentes verbales o técnicos al materializarse en elementos sensibles”*⁵⁰⁹.

Sintéticamente, podemos afirmar que una patente es un conjunto de derechos exclusivos garantizados por un gobierno o autoridad al inventor de un nuevo producto (material o inmaterial), constituyendo un monopolio legal, susceptible de ser explotado industrialmente para el bien del solicitante de dicha invención durante un período limitado de tiempo, presentando las siguientes características:

- a) Es comprobada por medio de un documento de carácter jurídico, otorgado por un organismo oficial, a través del cual se reconoce la existencia de una invención y se le confiere a su titular determinados derechos.
- b) Como todo derecho monopólico o de exclusiva, tiene la característica de impedir que personas no autorizadas por el titular de la patente puedan fabricar, utilizar o introducir en el mercado la invención.
- c) Tiene carácter temporal, a contar desde la fecha de presentación de la solicitud en el órgano competente. A partir de ese momento el titular debe pagar tasas anuales para mantenerla en vigor.
- d) Una vez otorgada la patente, ésta se hace de conocimiento público a través de los medios de publicidad de que disponen las Oficinas de Patentes.
- e) Las invenciones, que constituyen la base sobre la cual se expide la patente, pueden referirse a un producto, a un procedimiento o a un instrumento nuevo así como también a una mejora de los mismos.

En resumen, las patentes son propiedades de carácter temporal, concedidas por los Estados por acto administrativo a los inventores (o a cualquier otra persona, natural o jurídica, que posea los derechos intelectuales) sobre sus nuevos inventos. Dentro del plazo de vigencia de la patente, el titular tiene el derecho de excluir a terceros, sin su previa autorización, la realización de algunos

⁵⁰⁹ En este sentido, vid. BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de Derecho Industrial...*, op.cit., p. 696. Igualmente, OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C. *Las Patentes en el comercio...*, op.cit., p. 35.

actos relativos al bien protegido, tales como fabricación, comercialización, importación, uso y venta.⁵¹⁰

1.2. Fundamentos de las patentes de invención

Varias teorías, que no se excluyen pero se complementan, pueden ser utilizadas a favor de la protección de las invenciones mediante el derecho de patentes⁵¹¹. La primera defiende la protección de las invenciones por medio de patentes basada en el derecho de propiedad⁵¹². Toda creación intelectual pertenece por naturaleza a su inventor y, por tanto, la explotación de la misma debe tener su autorización.

La segunda es la teoría de la recompensa. Es decir, es justo retribuir adecuadamente a aquel que, con su dedicación, trabajo y esfuerzo para la obtención de nuevas invenciones, ha enriquecido el estado de la técnica⁵¹³. Por consiguiente, el inventor tiene, por justicia, el derecho de utilizar el invento económicamente por un determinado plazo. Además, el proceso de investigación tecnológica o creación en la sociedad moderna necesita investigaciones sistemáticas que implican equipos especializados y altos costes, lo que es un riesgo para el inventor (sea persona física o jurídica) puesto que se siente amenazado por la posibilidad del fracaso económico⁵¹⁴.

⁵¹⁰ Definición de la Oficina brasilera de Patentes (Instituto Nacional de Propiedad Industrial - INPI), disponible en <<http://www.inpi.gov.br>>. Consultada el 06 de abril de 2011.

⁵¹¹ Sobre algunas teorías que fundamentan el sistema de patentes ver MORGADES MANONELLES, J. A. "Monopolio a cambio de divulgación...", *op.cit.*, pp. 743-744.

⁵¹² RANGEL-ORTIZ, H. "Derechos concedidos por la Patente. Agotamiento del Derecho de Patente", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Coord.). *Nociones sobre Patentes de invención para investigadores universitarios*. Madrid, Ediciones UNESCO, 1994, p. 92. En este sentido KAMERI-MBOTE, P.; OTIENO-ODEK, J. "Genetic use restriction technologies and sustainable development...", *op.cit.*, p. 211.

⁵¹³ BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de Derecho Industrial...*, *op.cit.*, p. 1101. En el mismo sentido VERBEURE, B. "Patent Pooling for gene-based diagnostic testing. Conceptual framework", in OVERWALLE, G. V. (Ed.). *Gene Patents and collaborative licensing models. Patent Pools, clearinghouses, open source models and liability regimes*. Cambridge, University press Cambridge, 2009, p. 25; KAMERI-MBOTE, P.; OTIENO-ODEK, J. "Genetic use restriction technologies and sustainable development...", *op.cit.*, p. 211.

⁵¹⁴ FERNÁNDEZ-NOVOA, C. "El fundamento del Sistema de Patentes...", *op.cit.*, p. 26 y ss.; BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de Derecho Industrial...*, *op.cit.*, p. 1102.

Más allá de estas teorías, uno de los factores principales que fundamenta la protección jurídica de las invenciones por medio del sistema de patentes es el interés general por el progreso tecnológico⁵¹⁵. Por ello, el principal fundamento del sistema de patentes está en el hecho de tratarse del único sistema capaz de incentivar la investigación tecnológica que resulta al mismo tiempo conciliable con el sistema de economía de mercado, *“puesto que el sistema de patentes es en definitiva un sistema de incentivos orientado hacia los consumidores, y son éstos quienes a través de sus actuaciones premian al inventor al comprar el producto patentado”*⁵¹⁶.

Por ello, el sistema de patentes beneficia a la sociedad y enriquece el saber técnico, pues, toda invención patentada, una vez transcurrido el plazo determinado, puede servir de base para planear y confeccionar otros inventos⁵¹⁷. En esta visión, el sistema de patentes constituye uno de los derechos económicos

⁵¹⁵ Como señala GÓMEZ SEGADÉ, *“el derecho de patentes, con su peculiar estructura jurídica, mantiene su valor como factor insustituible, aunque no único, para conseguir el desarrollo económico, la transformación de la naturaleza y, en definitiva, un mayor bienestar de los ciudadanos. Las cíclicas ofensivas contra el sistema de patentes desde los más diversos ángulos, no han conseguido demostrar la validez y eficacia de eventuales sistemas alternativos. Numerosos economistas y juristas coinciden en señalar que el sistema de patentes es el único capaz, en términos generales, de incentivar eficazmente la innovación tecnológica, que resulta imprescindible para el desarrollo de un país”*. GÓMEZ SEGADÉ, J. A. “Panorámica de la nueva Ley de Patentes española”, en GÓMEZ SEGADÉ, J. A. *Tecnología y Derecho...*, *op.cit.*, p. 315; IDEM, *La Ley de Patentes y Modelos de Utilidad*. Madrid, Editorial Civitas, 1988, p. 62; IDEM, “Patentabilidad”, en FERNÁNDEZ-NOVOA, C.; GÓMEZ SEGADÉ, J. A. *La modernización del Derecho español de Patentes*. Madrid, Montecorvo, 1984, p. 69; BOTANA AGRA también señala que *“el sistema de patentes conforma y modula a su medida un concepto de invención acomodado a los objetivos que le sirven de sustento y justificación, a saber: la promoción de la innovación tecnológica, la elevación de la competitividad industrial y el fomento del desarrollo económico mediante el progreso técnico”*. BOTANA AGRA, M. “Invención y Patente...”, *op.cit.*, pp. 93-106, p. 93. Vid., también, en el mismo sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Apuntes de Derecho Mercantil...*, *op.cit.*, p. 413; IDEM, “Algunas nociones preliminares...”, *op.cit.*, p. 116; IDEM, “El Derecho de Patentes”, en FONT GALÁN, J. I.; NAVARRO CHINCHILLA, J. J.; VÁZQUEZ GARCÍA, R. J. (Coords.). *Derecho de la Propiedad Industrial, Cuadernos de Derecho y Comercio*. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, 1994, p. 63; FERNÁNDEZ-NOVOA, C. “El fundamento del Sistema de Patentes...”, *op.cit.*, p. 13 y ss.; GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, C. “La introducción del procedimiento de concesión con examen previo en España”, en *Forum universidad-empresa. Generación y protección de nuevas tecnologías: Patentes e intermediación*. Madrid, Fundación Universidad-Empresa, 1999, p. 19 y ss.; COUTO GONÇALVES, L. M. *Manual de Direito Industrial. Patentes, Desenhos ou Modelos, Marcas, Competência Desleal*. 2ª ed. Revista e aumentada, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 54-55.

⁵¹⁶ FERNÁNDEZ-NOVOA, C. “El fundamento del Sistema de Patentes...”, *op.cit.*, p. 25.

⁵¹⁷ BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de Derecho Industrial...*, *op.cit.*, p. 1100.

más fuertes y efectivos en las relaciones de libre competencia tanto en el ámbito nacional como internacional⁵¹⁸.

La base del régimen jurídico de la protección de las patentes se encuentra así en la conveniencia de establecer un mecanismo que equilibre los intereses públicos y privados, o los intereses del inventor y de la colectividad⁵¹⁹.

El interés público se encuentra en el objetivo de fomentar la investigación, fuente de desarrollo y avance económico de un país⁵²⁰. La Constitución brasileña en su art. 5, inciso XXIX⁵²¹, por ejemplo, establece que la protección de la propiedad industrial (por consiguiente el sistema de patentes) tiene como objetivo

⁵¹⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.). *Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial en la Unión Europea*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2007, p. 16. “En definitiva, por tanto, el derecho de patentes sirve para promover el progreso tecnológico e industrial dentro de un marco de libre competencia”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Apuntes de Derecho Mercantil...*, op.cit., p. 415. Sobre el conflicto entre la protección de la propiedad industrial e Intelectual con los objetivos y principios básicos comunitarios ver MASSAGUER, J. “El derecho comunitario en materia de Propiedad Industrial y de Propiedad Intelectual”, en MASSAGUER, J. *Los Derechos de Propiedad Industrial e Intelectual ante el Derecho Comunitario: libre circulación de mercancías y defensa de la competencia*. Instituto de Derecho y Ética Industrial. Madrid, CEFI, 1995, p. 24 y ss.

⁵¹⁹ La concesión de una patente “crea una nueva relación jurídica sobre la invención cuya estructura subjetiva está integrada, por un lado, por el solicitante que ha obtenido la concesión de la patente, y por otro, la sociedad”. MASSAGUER, J. *Los efectos de la Patente...*, op.cit., p. 32. En el mismo sentido BOTANA AGRA, M.; HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, F.; GARCÍA VIDAL, A. *Lecciones de Derecho Mercantil I...*, op.cit., p. 148; COSTA SANSALONI, J. *Innovación y Propiedad Industrial*. Valencia, Editorial UPV, 2006, p. 53.

⁵²⁰ El Profesor FERNÁNDEZ-NOVOA ilustra esta idea mediante una exposición de un caso resuelto por el Tribunal Norteamericano que tiene como objeto de análisis el interés público en el sistema de patentes. En el caso, la empresa Eli Lilly demanda la empresa Premo Pharmaceutical Laboratorios por vender en el mercado americano un fármaco con precios más bajos que los de los competidores. La empresa Eli Lilly justifica que invertía millones de dólares en investigación químico-farmacéutico, al paso que la demandada destinaba un valor muy reducido a la investigación, por lo cual estaba en condiciones de vender sus productos a precios más bajos que los competidores implicados en amplios programas de investigación. La empresa demandada justificaba que por vender el producto a un precio sensiblemente inferior al de la demandante, Eli Lilly, servía y fomentaba el interés público. No obstante, el juez del Tribunal de Apelación del Tercer Circuito rechazó esta alegación de la empresa demandada argumentando que es cierto que la empresa Premo y otras que no se dedican de manera apreciable a la investigación, pueden rebajar los precios ofertados por las empresas que destinan elevadas sumas a la investigación. Pero no es cierto que esta competencia en los precios y a corto plazo no concuerda con el interés público. Antes al contrario, para el interés general resulta más favorable a largo plazo otorgar un monopolio temporalmente limitado al inventor de nuevos productos que invierte en desarrollo tecnológico que el permitir la competencia de precios con respecto a tales productos. FERNÁNDEZ-NOVOA, C. “El fundamento del Sistema de Patentes...”, op.cit., p. 14 y ss. Para un ulterior análisis del caso citado por el autor, vid. <<http://openjurist.org/630/f2d/120/eli-lilly-and-company-v-premo-pharmaceutical-laboratories-inc-n>>. Consultada el 19 de mayo de 2011.

⁵²¹ “La ley asegurará a los autores de inventos industriales el privilegio temporal para su utilización, así como la protección de las creaciones industriales, de la propiedad de marcas, de los nombres de empresas y de otros signos distintivos, teniendo en cuenta el interés social y el desarrollo económico del País”.

final el interés social y el desarrollo tecnológico y económico del país, demostrando un claro interés público en el mantenimiento de un sistema equilibrado de protección de las creaciones intelectuales⁵²².

El interés privado, por otro lado, se satisface mediante la compensación económica por los gastos y esfuerzos realizados que obtendrá el titular del derecho al que se concede la patente. Por ello, el interés privado está justamente en la obtención de un monopolio sobre la tecnología desarrollada, lo cual genera un instrumento de diferenciación en el mercado competitivo, obteniendo el inventor o su causahabiente la oportunidad de cubrir sus costes de investigación y desarrollo y generar ganancia con la propiedad inmaterial⁵²³.

El sistema de patentes persigue proteger el derecho de exclusiva del titular de una invención o a sus legítimos causahabientes a la explotación del invento durante un espacio de tiempo, confiriéndole, en términos generales, el derecho de impedir a terceras personas que no cuenten con su consentimiento, la fabricación, el ofrecimiento, la introducción en el comercio o la utilización del producto o del procedimiento objeto de la patente⁵²⁴.

No obstante, aunque la importancia de las patentes para el desarrollo tecnológico de las industrias y, por lo tanto, de la economía de un país sea perceptible, algunos autores cuestionan si el mismo ha hecho posible el beneficio de las invenciones por la sociedad, además de destacar los inconvenientes derivados de los costes económicos-sociales del referido sistema.

⁵²² “El mantenimiento del sistema de patentes está justamente en la formación del estado de la técnica (tornar pública la invención), de modo que el acervo tecnológico de un país sea enriquecido, evitándose que se invierta en investigación y desarrollo de determinada tecnología que ya existe”. BARCELLO, M. L. L. *O Sistema Internacional de Patentes...*, *op.cit.*, p. 38.

⁵²³ FERNÁNDEZ-NOVOA, C. “El fundamento del Sistema de Patentes...”, *op.cit.*, pp. 17-18; BOTANA AGRA, M.; HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, F.; GARCÍA VIDAL, A. *Lecciones de Derecho Mercantil I...*, *op.cit.*, p. 148. “Por este motivo, la desprotección por parte de un Estado de la innovación y la copia subsiguiente (lícita al no establecerse un monopolio legal) suponen, desde una perspectiva macroeconómica, una pérdida importante para los Estados productores de tecnología”. LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M. “Las disposiciones en materia de patentes...”, *op.cit.*, p. 241.

⁵²⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M. “Marco legal del Derecho de Patentes”, *Estudio de Derecho Judicial*, Madrid, CEFI - Consejo General del Poder Judicial, nº. 49, 2003, pp. 23-45, p. 26; GUIX CASTELLVÍ, V. “Patentes de invención”, en *Propiedad Industrial: teoría y práctica*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 2001, pp. 03-80, p. 06; PÉREZ DE LA CRUZ, A. “La Propiedad Industrial e Intelectual (II). Invenciones y creaciones técnicas. Creaciones intelectuales”, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. *Curso de Derecho Mercantil*. 2ª ed., tomo I, Madrid, Thomson, 2006, p. 430.

Científicos que han estudiado la actividad innovadora y su incidencia en el sistema de patentes, han señalado que es muy difícil que este sistema resulte fundamental para el avance tecnológico⁵²⁵. Para otros, la patente resulta en beneficio social únicamente con respecto a dos categorías de invención: aquellas cuyo valor económico es modesto en relación con los costes de la investigación y al desarrollo tecnológico y aquellas invenciones que representan una intrépida, inusual y arriesgada salida de la tecnología ya conocida⁵²⁶.

Al analizar la literatura económica y jurídica algunas voces críticas al sistema de patentes destacan cuatro inconvenientes derivados de los costes económicos-sociales de este sistema⁵²⁷. El primero se refiere al monopolio. Es inherente al monopolio limitar el *output* y elevar el precio del producto o procedimiento patentado. Segundo, los altos costes para la solicitud y el mantenimiento del sistema. Tercero, la contradicción que presenta este sistema: al mismo tiempo que la meta del sistema es desarrollar el progreso tecnológico, el monopolio impide este desarrollo.

El último inconveniente está relacionado con la concentración económica de las patentes importantes, proceso conocido como *Patent Pools* o consorcio de patentes⁵²⁸ que han surgido especialmente en el área de las patentes de medicamentos.

⁵²⁵ FERNÁNDEZ-NOVOA demuestra algunas críticas que se hacen al sistema de patentes. Unas de ellas se refiere al “*hecho de que el Sistema de Patentes impida alcanzar el progreso tecnológico que es precisamente la propia meta del Sistema. Porque – se dice – el monopolio inherente a la patente puede realizar paralizar ulteriores investigaciones tecnológicas: al no sentirse espoleado por la competencia, el titular de la patente a veces no perfeccionará la invención; y ante el riesgo de usurpar la patente, los terceros se abstendrán de perfeccionar el producto o procedimiento patentado*”. FERNÁNDEZ-NOVOA, C. “El fundamento del Sistema de Patentes...”, *op.cit.*, p. 17. CORREA apunta que los efectos anticompetitivos que surgen del otorgamiento de DPI, en particular de las patentes, han sido objeto de creciente preocupación. El autor añade que, en especial sobre el otorgamiento de patentes en el área de fármacos, en América Latina, estudios muestran que la concesión de derechos exclusivos generaran aumento de precio y poco impacto en la mejora de la salud pública. CORREA, C. M. *Derechos de Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, pp. 32 y 207 y ss.

⁵²⁶ SCHERER, F. M. “Los objetivos de la concesión de Patentes”, *ICE: Revista de Economía*, nº. 569, 1981, pp. 99-115, p. 99 y ss.

⁵²⁷ FERNÁNDEZ-NOVOA, C. “El fundamento del Sistema de Patentes...”, *op.cit.*, pp. 17-18.

⁵²⁸ Sobre el proceso de creación de las patentes pools ver VERBEURE, B. “Patent pooling...”, *op.cit.*, p. 03; CORREA, C. E. “Case 2. The SARS case. IP fragmentation and Patent Pools”, in OVERWALLE, G. v. (Ed.). *Gene patents and collaborative licensing models. Patent Pools, clearinghouses, open source models and liability regimes*. Cambridge, University Press Cambridge, 2009, p. 45. Un análisis crítico de las patentes pools en el área de la biotecnología puede ser encontrado en GOLDSTEIN, J. A. “Critical analysis of Patent Pools”, in OVERWALLE,

Este fenómeno se da cuando el monopolio es perpetuado mediante la agregación de patentes ulteriores que la empresa obtiene a través de investigación o mediante adquisición de patentes que pertenecen a terceros. Aunque la creación de las *patent pools* trae algunos beneficios tanto para la sociedad como para los titulares de las patentes⁵²⁹, la creación de un consorcio de patentes también tiene algunos riesgos⁵³⁰; uno de los principales peligros del consorcio de patentes es justamente la posibilidad de creación de un cartel con efectos contrarios para la competencia⁵³¹.

Debe tenerse presente de todos modos que, con independencia de las críticas que recibe, es evidente que el sistema de patentes trae muchos beneficios generales para la sociedad, por tanto tiene importancia para el fomento tecnológico y, consecuentemente, para el desarrollo económico y social de un país⁵³². Obviamente, esto no significa que el mismo no sea inmune a las críticas,

G. V. (Ed.). *Gene Patents and collaborative licensing models. Patent Pools, clearinghouses, open source models and liability regimes*. Cambridge, University Press Cambridge, 2009. Sobre las *Patent Pools* en el área de medicamentos ver BLAKENEY, M. L. "Biotechnological Patenting and innovation", in *Patents and technological progress in a globalized world*. Springer-Verlag, Berlin, 2009, pp. 229-241, p. 236.

⁵²⁹ El consorcio de patentes es benéfico cuando: 1) integra tecnologías complementarias; 2) reduce costes de la transacción; 3) deja clara la posición del consorcio; 4) evita el pleito costoso de la infracción; y, 5) promueve la difusión de la tecnología. BLAKENEY, M. L. "Biotechnological Patenting...", *op.cit.*, p. 239.

⁵³⁰ Un consorcio de patentes puede ser considerado anticompetitivo cuando: 1) las empresas excluidas no pueden competir eficazmente en el mercado para la incorporación de las tecnologías autorizadas; 2) el consorcio posee gran poder en un mercado específico; y 3) las limitaciones en la participación no son razonables cuando el desarrollo y la explotación se relacionan con las tecnologías. BLAKENEY, M. L. "Biotechnological Patenting...", *op.cit.*, p. 239.

⁵³¹ VERBEURE, B. "Patent pooling...", *op.cit.*, p. 10. Sobre los requisitos necesarios para la formación de las patentes pools ver BLAKENEY, M. L. "Biotechnological patenting...", *op.cit.*, p. 239.

⁵³² "El sistema de patentes es el único sistema capaz de incentivar la investigación tecnológica que es conciliable con el sistema de economía de mercado (...) es un sistema de incentivo orientado hacia los consumidores. (...) el argumento básico a favor del sistema de patentes es que la protección dispensada por la patente permite al innovador retrasar la imitación por parte de los competidores y, en consecuencia, le asegura la percepción de beneficios que comprendan adecuadamente los riesgos y costes de la investigación tecnológica". FERNÁNDEZ-NOVOA, C. "El fundamento del Sistema de Patentes...", *op.cit.*, pp. 24-25. En el mismo sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "Algunas nociones preliminares...", *op.cit.*, pp. 117-118. La importancia del sistema de patentes es apuntada en las informaciones de la Oficina Española de Patentes y Marcas que demuestra la evolución de las solicitudes de propiedad intelectual durante el período de 2003-2008. Entre las modalidades de Propiedad Intelectual como Patentes nacionales, Modelos de Utilidad, Diseños Industriales, Marcas nacionales y Nombres comerciales, "la única modalidad que sigue mostrando una trayectoria ascendente continuada es la de patentes nacionales, que durante 2008 supuso un número de solicitudes de patentes nacionales de 3.783". En 2003 ese número fue de 3.081. ALJARO, J. "La Oficina Española de Patentes y Marcas

que no posea imperfecciones, que no presente muchos inconvenientes y que sea necesario, en algunos casos, adaptarlo a los nuevos desarrollos y conocimientos de la actualidad. Por eso, para algunos es “*conveniente una revisión fundamental que modifique el sistema en sí mismo*”⁵³³.

2. Los fundamentos de creación y desarrollo de los conocimientos tradicionales

Para empezar este punto, reiteramos, una vez más, que los derechos sobre los CTs no pueden ser caracterizados como propiedad intelectual, y sí como una especie de derechos intelectuales colectivos, una vez consideradas las características, naturaleza y fundamentos de las creaciones intelectuales tradicionales, muy distintas de las creaciones intelectuales protegidas por el sistema de PI. En realidad, tanto o más importante que reconocer la inadecuación del sistema de patentes para proteger los CTs es reconocer las especificidades de esos conocimientos⁵³⁴.

De hecho, para una protección eficaz, es preciso reconocer que los CTs se generan y se desarrollan de forma fundamentalmente diferente del conocimiento

(OEPM) en 2008”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 29, 2008-2009, Marcial Pons, 2009, pp. 639-656, p. 643.

⁵³³ BEIER, F-K. “La importancia del Sistema de Patentes para el progreso técnico, económico y social”, *Derechos Intelectuales*, n.º. 1, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1996, p. 20.

⁵³⁴ Para SANTOS es necesario reconocer: “1) que el conocimiento tradicional difiere fundamentalmente del conocimiento técnico-científico moderno, al estar integrado en otra cultura; 2) que nunca fue concebido como propiedad de alguien y, por lo tanto, no puede ser alienado; 3) que por ser colectivo, tanto sincrónica como diacrónicamente, sólo puede ser protegido por medio de un derecho colectivo; 4) que por ser de otra naturaleza, inalienable y colectivo, debe regirse por un régimen jurídico sui generis y no por la propiedad intelectual; 5) que su valor no se reduce a la dimensión económica, conservando su dimensión social, cultural, ambiental, técnica, y cosmológica; 6) que al no tener un valor exclusivamente económico, no puede ser reducido sólo a una cuestión de repartición de los beneficios que produzca; 7) que su protección es imprescindible para la conservación de la biodiversidad y de la sociodiversidad; 8) que en virtud de su carácter específico y de su fragilidad frente al conocimiento técnico-científico moderno sólo puede ser preservado si los pueblos que lo poseen pueden mantenerlo y desarrollarlo, negando incluso el acceso a los recursos a él asociados cuando lo consideraren necesario; 9) que el conocimiento tradicional no puede ser reducido a la condición de materia prima disponible para la valoración del conocimiento y del trabajo biotecnológico”. SANTOS, R. V.; COIMBRA JUNIOR, C. “Sangue, bioética e populações indígenas”, *Parabólica*, Jornal do Instituto Sócio-Ambiental, n.º. 20, São Paulo, 1996, p. 07.

tecnocientífico moderno, por integrar otra cultura. Como es sabido, los DPI (incluido el sistema de patente) sólo se reconocen cuando el conocimiento y la innovación generan ganancias, no cuando cumplen una función social⁵³⁵. Y como ya se ha enfatizado en el capítulo primero, los CTs son creados en función de las necesidades de las comunidades, no con fines lucrativos, y, por tanto, poseen funciones sociales muy específicas. Dicho de otro modo, el valor de los CTs no se reduce a la dimensión económica, conservando, aún, las dimensiones social, cultural, ambiental, técnica e incluso espiritual y cosmológica⁵³⁶.

En especial sobre el sistema de patentes, el propio MASSAGUER ha advertido que *“mientras que el sistema de patentes se orienta y concibe como medio de fomento de la actividad inventiva y de apropiación de sus resultados para su ulterior explotación comercial, los conocimientos tradicionales no han necesitado de especiales incentivos para su desarrollo, ni los fines de apropiación y explotación comercial se corresponden con los rasgos culturales que los diferencian de los saberes científicos y técnicos convencionales”*⁵³⁷.

En efecto, el foco exclusivo en la explotación comercial es uno de los principales argumentos para que las comunidades tradicionales rechacen la protección a través del sistema de patentes. Esas comunidades argumentan que el sistema de patentes es una seria amenaza a las economías locales, a las culturas y a la biodiversidad, pues su aplicación significa, más allá de la pérdida de autonomía de esas comunidades sobre sus conocimientos, una amenaza a la diversidad biológica y cultural, puesto que los recursos naturales y culturales son

⁵³⁵ WANDSCHEER también llama la atención para el hecho de que el sistema de DPI, más específicamente el sistema de patentes tiene una relación directa con dividendos económicos y con la comercialización de los productos. Eso hace *“que los conocimientos de los pueblos indígenas y de las poblaciones tradicionales encuentren restricciones, por presentar aplicación diversa de la lógica de maximización de capital y circulación en el mercado mundial”*. WANDSCHEER, C. B. *Patentes & conhecimento tradicional. Uma abordagem socioambiental da proteção jurídica do conhecimento tradicional*. Curitiba, Juruá, 2004, p. 57. En el mismo sentido, SHIVA, V. *Biopiratería...*, *op.cit.*, p. 28.

⁵³⁶ *“El conocimiento tradicional es aplicado directamente en la vida de estas comunidades a partir de nuevas esferas de significación que no están restringidas al ámbito económico y de acumulación de capital, como en los casos de utilización de cultos y rituales”*. WANDSCHEER, C. B. *Patentes & conhecimento tradicional...*, *op.cit.*, p. 57.

⁵³⁷ MASSAGUER, J. *“Algunos aspectos de la protección jurídica de los conocimientos tradicionales...”*, *op.cit.*, p. 210.

tratados como mercancías⁵³⁸. Es decir, la protección vía sistema de patentes no considera el contexto cultural y las características sociales en que los CTs son producidos y desarrollados.

Eso está muy bien destacado por ZERDA, según el cual el escenario de los debates en torno de la protección de los CTs es constituido por relaciones asimétricas de poder y de interés entre los diversos actores envueltos en procesos interculturales de intercambio de conocimientos y los significados de esos conocimientos para las comunidades poseedores y para los actores que pretenden hacer uso del mismo. Si para estos últimos, el acceso a los CTs significa la posibilidad de generar soluciones para la prevención de la salud, la producción agrícola e industrial, además del desarrollo de la ciencia y la generación de actividades económicas rentables; para los primeros, las comunidades tradicionales, los CTs son parte constitutiva de su identidad, de la razón de ser de los pueblos y la garantía de su supervivencia⁵³⁹.

Otro argumento que hace el sistema de patentes incompatible para proteger los CTs es el carácter de monopolio que es otorgado al titular de una invención⁵⁴⁰. Y, como analizaremos más adelante, el titular de una patente puede no ser necesariamente el creador de la invención. O sea, el sistema de patentes permite que los derechos exclusivos sobre la invención, en carácter de monopolio, sean ejercidos por una persona diferente del creador de la invención.

Esto no plantea muchos inconvenientes cuando se trata de creaciones individuales, incluso en aquellos casos donde más de una persona ha participado en el proceso creativo y hay cómo identificarlos, y se persiguen fines comerciales. Sin embargo, cuando se trata de conocimiento, innovaciones y prácticas producidos colectivamente, sin la posibilidad de identificar a las personas que han participado del proceso de creación, y sin fines económicos, hay que señalar que el sistema de patentes no puede ser considerado adecuado. Sin duda, como será demostrado a continuación, gran parte de los CTs están más allá del alcance del sistema del sistema de patentes.

⁵³⁸ PLENDERLEITH, K. (Ed.). "The covenant on intellectual, cultural, and scientific resources", in *Appendice 5*, New York, Routledge Harwood Anthropology, 2004, pp. 218-221.

⁵³⁹ ZERDA SARMIENTO, Á. *Propiedad Intelectual sobre el conocimiento vernáculo*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2003.

⁵⁴⁰ SANTILLI, J. "Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados...", *op.cit.*, p. 58.

Como ya hemos adelantado, los CTs son producidos y generados por comunidades locales e indígenas, de forma colectiva y oral, de generación en generación, con bases en amplio cambio de circulación de ideas e informaciones, dispuestos para atender sus necesidades diarias⁵⁴¹. No es justo que en determinado momento, alguien se apodere de ellos, los patente, y, a partir de ahí, sea titular absoluto de un conocimiento fruto de un proceso de interacción generacional.

En efecto, es como mínimo inconveniente conferir protección jurídica eficaz a los CTs tomando como base un sistema basado en la lógica de que quien obtiene la patente en primer lugar pasa a detener el monopolio sobre su utilización, impidiendo que otros utilicen esos conocimientos que son colectivos y compartidos por las comunidades tradicionales en el tiempo y el espacio.

Seguidamente analizaremos detenidamente los puntos en que se da la inevitable inadecuación de la protección de los CTs dentro de la estructura jurídica protectora del sistema de patentes. Intentaremos demostrar más detalladamente la inadecuación del sistema internacional de patentes para proteger los CTs de naturaleza técnica (o asociados a la diversidad biológica), una vez que los CTs traducidos en ECTs serán analizados en el capítulo IV.

⁵⁴¹ SANTILLI, J. "Patrimônio imaterial e direitos intelectuais coletivos", en BARROS, B. S.; GARCÉS, C. L. L.; MOREIRA, E. C. P.; PINHEIRO, A. S. F. (Orgs.). *Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais...*, op.cit., pp. 119-138, p. 122.

III. LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE PATENTES Y LA TITULARIDAD DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

1. La titularidad individual del derecho de patentes

1.1. Invenciones creadas por un solo inventor

Los requisitos subjetivos son aquellos que debe reunir el solicitante de la patente, es decir, la persona en cuyo nombre se pide la concesión de los derechos exclusivos sobre el invento⁵⁴². Como la invención es una creación de la mente humana⁵⁴³, sólo tiene derecho a la patente el inventor y sus causahabientes⁵⁴⁴ (art. 10.1 de la LP y art. 60.1 del CPE).

No obstante, los derechos de la patente se producen, no sólo por el hecho de ser inventor, sino por el hecho de haber solicitado y habersele concedido la inscripción del registro de la correspondiente patente. Así pues el titular de una patente puede no ser el inventor de la misma. Por ello, como regla general, puede ser titular de una patente cualquiera persona natural o jurídica, nacional o

⁵⁴² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Los requisitos positivos de patentabilidad...*, *op.cit.*, p. 50.

⁵⁴³ La actividad inventiva es una actividad humana que sólo puede ser llevada a cabo por personas físicas, ya que no se trata de negocio jurídico sino de una actividad intelectual. Sin embargo, la atribución del derecho sobre la invención resultante de tal actividad inventiva, puede realizarse a favor de una persona jurídica; en este caso tal atribución no es originaria, sino que tiene su fundamento en una transmisión del derecho sobre la invención. FERNÁNDEZ-NOVOA, C.; GOMEZ SEGADE, J. A. *La modernización del Derecho español...*, *op.cit.*, p. 105. En el mismo sentido MARTÍN ARESTI, P. *La licencia contractual de Patente...*, *op.cit.*, p. 90.

⁵⁴⁴ La palabra causahabiente “sirve para designar en este caso a una persona que por cualquier medio legítimo haya adquirido del inventor su derecho sobre la invención”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “La protección jurídica de la tecnología...”, *op.cit.*, p. 46. Además del inventor y su causahabiente, el derecho a la patente puede ser ejercitado por otros sujetos por consecuencia de actos transmisivos de este derecho. “Esto explica que, aunque el derecho a la patente se atribuye originariamente a personas físicas, a través de su transmisión pueden ser también titulares de ese derecho las personas jurídicas”. BOTANA AGRA, M. “Derecho a la Patente y procedimiento de concesión de la Patente”, en FERNÁNDEZ-NOVOA, C.; OTERO LASTRES, J. M.; BOTANA AGRA, M. *Manual de la Propiedad Industrial*. Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 139-157, p. 140.

extranjera⁵⁴⁵; este último caso ocurre cuando el país de origen de la persona que solicita la patente tenga convenio firmado con el país donde se está solicitando el registro de patente, en conformidad con el principio de reciprocidad, prioridad unionista y trato nacional prevista en el CUP⁵⁴⁶.

Con relación a la temática en cuestión, hay que considerar dos cuestiones diversas. El primer aspecto está en relación con el derecho moral del inventor a ser designado como tal en la solicitud de patente; y el segundo se refiere al derecho a la titularidad del invento considerado como un bien con valor económico propio⁵⁴⁷.

El derecho moral, que corresponde a todos los inventores, no puede ser transmitido, una vez que el inventor tiene derecho en todo caso a ser considerado como autor de la invención y a ser designado como tal en la solicitud de patente⁵⁴⁸.

Una cuestión distinta e independiente de la designación del inventor se refiere a la titularidad del invento. El hecho de que el inventor tenga que ser designado en la patente, no quiere decir que sea necesariamente él quien va a presentar la solicitud. El inventor puede transmitir su derecho sobre el invento y, en este caso, el adquirente podrá pedir la concesión de la patente.

⁵⁴⁵ GUIX CASTELLVÍ, V. "Patentes de Invención...", *op.cit.*, p. 41.

⁵⁴⁶ De acuerdo con el art. 4 del CUP, el principio de la Prioridad Unionista consiste en que el solicitante de una patente en uno de los países adheridos al Convenio dispone de un año desde el depósito de su primera solicitud para presentar otra solicitud de patente sobre la misma invención en cualquier Estado de la Unión, computándose la novedad de las solicitudes ulteriores por la fecha de depósito de la primera (sobre el principio de la Prioridad Unionista vamos a volver a él cuando del análisis de la divulgación no destructiva de la novedad). "*El derecho de prioridad sólo podrá basarse en una primera solicitud depositada en alguno de los países de la Unión. Esto significa que cuando se ha depositado una solicitud en un país antes de que su adhesión al Convenio se haga efectiva (véase el Artículo 21), no se podrá reivindicar el derecho de prioridad para esa solicitud en virtud del Convenio. Como contrapartida, en un país que acaba de adherirse al Convenio no se puede reivindicar el derecho de prioridad en virtud del Convenio basándose en solicitudes depositadas en otros países antes de que la nueva adhesión tuviese efecto, porque en la época en que se depositaron esas solicitudes, el país que acaba de adherirse todavía no era uno de 'los otros países' de la Unión*". BODENHAUSEN, G. H. C. *Guía para la aplicación del Convenio de París...*, *op.cit.*, p. 40. Como veremos adelante, el principio de la Prioridad Unionista es importante también para fijar la fecha de la solicitud de la patente y, por lo tanto, la fecha del estado de la técnica en el caso de solicitud de patente en otro país (arts. 28 y 29 de la LP).

⁵⁴⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "La protección jurídica de la tecnología...", *op.cit.*, p. 46.

⁵⁴⁸ "*Cualquiera que sea la persona legitimada para pedir la patente, el inventor tiene siempre derecho a ser designado como tal en la solicitud que se presente, y en la patente una vez concedida*". BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "La protección jurídica de la tecnología...", *op.cit.*, p. 46.

Por fin, hay que señalar que, además de la titularidad de las invenciones creadas individualmente, el derecho de patentes reconoce aún la titularidad de las invenciones creadas paralelamente por dos o más inventores, la titularidad de las invenciones creadas en conjunto y la titularidad de las invenciones laborales. Así que a continuación analizaremos como se da la titularidad de la patente en las invenciones paralelas, en los casos de cotitularidad y en las invenciones laborales.

1.2. Invenciones creadas por varios inventores

1.2.1. Invenciones paralelas

La titularidad de la patente no tiene muchos problemas cuando el creador es una única persona. Hay que señalar, sin embargo, que el derecho del inventor no es absoluto, ya que si otro ha realizado independientemente el mismo invento y presentó la solicitud antes, el que la presentó después no tendrá derecho a la obtención de la patente porque la invención ya carecerá del requisito de novedad⁵⁴⁹ – que como veremos adelante es uno de los requisitos necesarios para la concesión de una patente.

Esta situación de hecho ocurre cuando dos inventores o equipos de inventores hacen, de forma independiente, una misma invención, con el mismo resultado, lo que se suele llamar invenciones paralelas, y que ambas merecen la protección vía derecho de patentes⁵⁵⁰. En este supuesto hay un verdadero conflicto de intereses: ¿A quien pertenece la invención? ¿Quien puede patentarla? La solución a este problema debe necesariamente estar expresa legalmente, y naturalmente condiciona a los principios rectores y a la finalidad del derecho de patentes.

⁵⁴⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Apuntes de Derecho Mercantil...*, op.cit., pp. 423-424; GÓMEZ SEGADÉ, J. A. *La Ley de Patentes...*, op.cit., p. 67.

⁵⁵⁰ MARTÍN ARESTI, P. *La licencia contractual de Patente...*, op.cit., p. 94.

Como obviamente la invención no puede ser patentada por los dos inventores, tanto el CPE (art. 60.2) como la LP (art. 10, apartados 1 y 3) consagran un sistema según el cual el derecho a la patente pertenece al inventor que primero solicite la patente, aunque no sea exactamente el primer inventor⁵⁵¹.

1.2.2. Cotitularidad en la invención

Otra situación compleja ocurre cuando el invento es creado por varias personas, o sea, cuando hay cotitularidad en la creación. Diferente de las invenciones paralelas, en este supuesto varias personas trabajan juntas para conseguir la invención, y adquiriendo por ello la condición de coinventores.

Desde el punto de vista doctrinal, se puede definir la cotitularidad de patente como la situación en la que a *“una pluralidad de personas físicas o jurídicas les corresponde una cuota ideal de un derecho de patente...”*⁵⁵². Por ello, para que haya coinventión, son necesarios dos requisitos fundamentales: la concepción conjunta de la invención y la colaboración de los inventores. Es decir, hay cotitularidad cuando varias personas han realizado una invención conjuntamente⁵⁵³.

Hay que señalar que la cotitularidad puede ser de dos tipos, una de carácter originario y otra de carácter derivado⁵⁵⁴. La cotitularidad originaria determina el derecho originario a la patente y ocurre cuando una invención es realizada conjuntamente por dos o más inventores independientes. Así, si un

⁵⁵¹ MACÍAS MARTÍN, J. “Nociones sobre el Convenio de la Patente Europea...”, *op.cit.*, p. 213. FERNÁNDEZ-NOVOA y GOMEZ SEGADÉ señalan que a pesar de ser un sistema que desde el punto de vista teórico puede ser injusto, ya que puede no premiar justamente a quien ha enriquecido realmente el acervo tecnológico, presenta dos ventajas desde el punto de vista práctico: primero, ahorra a las Oficinas de Patentes la tarea compleja y larga de determinar quién es el primer inventor; segundo, al fomentar la rápida presentación de la solicitud, provoca la rápida revelación de la regla técnica, lo que resulta en beneficio para la sociedad. FERNÁNDEZ-NOVOA, C.; GOMEZ SEGADÉ, J. A. *La modernización del Derecho español...*, *op.cit.*, p. 106.

⁵⁵² VÁZQUEZ LÉPINETTE, T. *La cotitularidad de los bienes...*, *op.cit.*, p. 65.

⁵⁵³ GÓMEZ SEGADÉ, J. A. “Panorámica de la nueva Ley de Patentes...”, *op.cit.*, pp. 315-420, p. 348; IDEM, *La Ley de Patentes...*, *op.cit.*, pp. 66-67; MARTÍN ARESTI, P. *La licencia contractual de Patente...*, *op.cit.*, p. 94.

⁵⁵⁴ VÁZQUEZ LÉPINETTE, T. *La cotitularidad de los bienes...*, *op.cit.*, p. 65 y ss.

invento hubiera sido realizado por varias personas conjuntamente, el derecho de patente es común a todas ellas y cada uno de los cotitulares tiene pleno dominio sobre su parte⁵⁵⁵.

La cotitularidad derivada, por su vez, puede tener origen en la sucesión hereditaria del inventor, en la adquisición de una patente conjuntamente por dos o más cesionarios, en la cesión parcial (de cuotas) de una patente o el en caso de que una invención individual se inscriba a nombre de una pluralidad de titulares en virtud de un contrato de colaboración preexistente entre dichos titulares⁵⁵⁶.

Debe tenerse presente de todos modos que la diferencia entre la cotitularidad originaria y la cotitularidad derivada es meramente expositiva, una vez que las normas aplicables a las cotitularidades originarias son las mismas que las aplicadas a las cotitularidades derivadas. Sólo con la observación de que la adquisición de la titularidad derivada no da lugar a los derechos relacionados con los aspectos morales, sino estrictamente con los aspectos patrimoniales. A aquéllos sólo tienen derechos el titular o los titulares originarios.

En todo caso, conviene destacar que en los casos de cotitularidad sobre la patente se atribuyen cuotas a los cotitulares de la misma, que serán iguales si no se ha pactado en contrario, de forma que es posible determinar una participación individualizada (aunque sea de forma ideal) sobre los derechos que otorga la patente a cada uno de ellos.

1.2.3. Invenciones laborales

Hoy por hoy, la mayoría de las invenciones no son realizadas por inventores autónomos, sino como consecuencia de tareas de investigaciones dentro de las empresas. Por eso la mayoría de las patentes solicitadas son

⁵⁵⁵ De acuerdo con el art. 10.2 de la LP nº. 11/1986, “*si la invención hubiere sido realizada por varias personas conjuntamente, el derecho a obtener la patente pertenecerá en común a todas ellas*”. Ley de España nº. de 20 de marzo de 1986, de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad, publicada en el Diario Oficial nº. 73 el 26 de marzo de 1986. BERCOVITZ, A. “Los derechos de Propiedad Industrial...”, *op.cit.*, p. 1964.

⁵⁵⁶ VÁZQUEZ LÉPINETTE, T. *La cotitularidad de los bienes...*, *op.cit.*, p. 92 y ss.

derivadas de invenciones laborales⁵⁵⁷. De este modo, es importante en este punto hacer un pequeño comentario acerca de la titularidad de las invenciones laborales.

La LP, en armonía con el derecho europeo e inspirada en las leyes Británica y Francesa⁵⁵⁸, por ejemplo, establece tres clases de invenciones laborales⁵⁵⁹: 1) invenciones de servicios absolutas (o invenciones de encargo); 2) invenciones de servicios relativas (o simplemente invenciones de servicio); y, 3) invenciones laborales libres.

Las invenciones de servicios absolutas son realizadas por el trabajador durante la vigencia de su contrato con la empresa; o dicho de otra forma, son las que constituyen el resultado de una actividad de investigación para cuya obtención fue contratado el inventor. O sea, son invenciones fruto de una actividad de investigación que está relacionada implícita o explícitamente con el objeto del contrato de trabajo. En este supuesto, el trabajador en principio no tiene ninguna remuneración supletoria y la titularidad es siempre del empresario⁵⁶⁰.

Puede ocurrir, sin embargo, que la invención sea importante para la empresa y excede de manera evidente el contenido implícito o explícito del

⁵⁵⁷ GÓMEZ SEGAGE, J. A. "Panorámica de la nueva Ley de Patentes...", *op.cit.*, p. 350; IDEM A. *La Ley de Patentes...*, *op.cit.*, p. 69; FERNÁNDEZ-NOVOA, C.; GÓMEZ SEGAGE, J. A. *La modernización del Derecho español...*, *op.cit.*, p. 112 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Apuntes de Derecho Mercantil...*, *op.cit.*, p. 424.

⁵⁵⁸ PEDEMONTE FEU, J. *Comentarios a la Ley de Patentes*. Barcelona, Bosch, 1995, p. 66.

⁵⁵⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *La nueva Ley de Patentes. Ideas introductorias y antecedentes*. Madrid, Tecnos, 1986, pp. 53- 56; IDEM, "Anotaciones a la regulación legal española sobre invenciones laborales", *Actas de Derecho Industrial*, Publicaciones de la Escuela Social de Murcia, 1976, pp. 49-91; IDEM, *Apuntes de Derecho Mercantil...*, *op.cit.*, pp. 424-425; IDEM, "La protección jurídica de la tecnología...", *op.cit.*, p. 47; IDEM, "La Ley alemana de invenciones laborales", *Revista de Derecho Mercantil*, n.º. 84, abril-junio, 1962, pp. 345-388; GÓMEZ SEGAGE, J. A. "Panorámica de la nueva Ley de Patentes...", *op.cit.*, p. 351; GARCÍA VIDAL, A, "Las invenciones laborales libres y de servicio. (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, núm. 332/2006 (Sección 2ª.), de 12 de diciembre)", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 27, 2006-2007, pp. 622-643; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F.; GARCÍA VIDAL, A. *Lecciones de Derecho Mercantil I...*, *op.cit.*, p. 153; BLANCO JIMÉNEZ, A. *Protección jurídica de las invenciones universitarias y laborales*. Navarra, Editorial Aranzadi, 1999, pp. 97-109; PÉREZ DE LA CRUZ, A. "La Propiedad Industrial...", *op.cit.*, p. 440.

⁵⁶⁰ Esta situación está regulada en el art. 15.1 de la LP que establece que "las invenciones realizadas por el trabajador durante la vigencia de su contrato o relación de trabajo o de servicios con la empresa, que sean fruto de una actividad de investigación explícita o implícitamente constitutiva del objeto de su contrato, pertenecen al empresario".

contrato o relación de trabajo; en este caso el inventor tiene derecho a una remuneración suplementaria⁵⁶¹.

Por último, las invenciones de servicios relativas son aquellas que no pertenecen siempre al empresario, sino sólo cuando concurren determinadas circunstancias. Estas invenciones ocurren “...cuando el trabajador realiza una invención en relación con su actividad profesional en la empresa y en su obtención han influido predominantemente conocimientos adquiridos dentro de la empresa o la utilización de medios proporcionados por ésta, el empresario tendrá derecho a asumir la titularidad de la invención o a reservarse un derecho de utilización de la misma” (art. 17 de la LP). Como en las invenciones de servicios absolutas, el empresario tiene el derecho a asumir la titularidad de la invención, o a reservarse un derecho de utilización de la misma.

La principal diferencia entre las invenciones de servicios relativas y las invenciones de servicios absolutas es el derecho del trabajador a una compensación económica justa en el caso de las primeras⁵⁶². El art. 17.2 de la LP fija que “cuando el empresario asuma la titularidad de una invención o se reserve un derecho de utilización de la misma, el trabajador tendrá derecho a una compensación económica justa, fijada en atención a la importancia industrial y comercial del invento y teniendo en cuenta el valor de los medios o conocimientos facilitados por la empresa y las aportaciones propias del trabajador”.

Las demás invenciones pertenecen libremente al trabajador: “las invenciones en cuya realización no concurren las circunstancias previstas en el artículo 15.1, pertenecen al trabajador, autor de las mismas”. Es decir, el empleado podrá reclamar aquellos inventos que obtenga al “margen” de lo especificado en el contrato con la empresa, ya que, si sólo ‘exceden’ del contrato, tendrá derecho a una indemnización, pero no a reivindicar el invento como propio⁵⁶³.

⁵⁶¹ De acuerdo con el art. 15.2 de la LP, “el trabajador, autor de la invención, no tendrá derecho a una remuneración suplementaria por la realización, excepto si su aportación personal a la invención y la importancia de la misma para la empresa exceden de manera evidente del contenido explícito o implícito de su contrato o relación de trabajo”.

⁵⁶² Sobre la relación entre invenciones laborales libre y de servicios ver GARCÍA VIDAL, A. “Las invenciones laborales libres y de servicio...”, op.cit. p. 633 y ss.

⁵⁶³ PEDEMONTE FEU, J. *Comentarios a la Ley de Patentes...*, op.cit., p. 68.

Para concluir este punto, aún en relación a las invenciones laborales, hay que señalar que a nivel internacional, el instrumento jurídico que reconoce las invenciones laborales, pero no lo regula expresamente, es el CPE que en el art. 60.1 establece que las invenciones laborales “*se determinarán de acuerdo con la legislación del Estado en cuyo territorio el empleado ejerza su actividad principal*”.

2. La titularidad colectiva de los conocimientos tradicionales

Conforme se ha señalado, los CTs son producidos y desarrollados colectivamente por la interacción de los individuos de una comunidad, entre individuos de diferentes comunidades y por la interacción de los individuos con el medio ambiente natural. Y, por ser un cuerpo de conocimiento desarrollado a través de generaciones de personas que viven en estricto contacto con la naturaleza, no puede ser acomodado en la esfera individual del sistema de patentes⁵⁶⁴.

En contraposición a esa característica esencial de los CTs (producción y desarrollo colectivo), el actual sistema de patentes reconoce y protege solamente los conocimientos producidos individualmente. Incluso cuando el invento sea fruto de diferentes personas trabajando conjuntamente para la creación de una misma invención, da lugar a lo que la doctrina llama cotitularidad, como hemos señalado en el epígrafe anterior, y es posible identificar a sus creadores⁵⁶⁵.

Diferentemente de esa situación, los CTs no sólo son producidos por una colectividad de personas, sino por una colectividad de personas intergeneracional, transmitidos por vía oral⁵⁶⁶. Cabe añadir que muchos CTs pertenecen a más de

⁵⁶⁴ El conocimiento tradicional, por ser un cuerpo de conocimientos construidos a través de generaciones de personas que viven en estrecho contacto con la naturaleza, no puede ser apto para la aplicación de los derechos de propiedad industrial, porque comprende el contacto con la naturaleza y el perfeccionamiento de estos conocimientos a través de sucesivas generaciones. CASTILHO, E. W. V. “Parâmetros para o regime jurídico *sui generis*...”, *op.cit.*, p. 459; WANDSCHEER, C. B. *Patentes & conhecimento tradicional...*, *op.cit.*, p. 59.

⁵⁶⁵ SANTILLI, J. “Patrimônio imaterial...”, *op.cit.*, p. 122.

⁵⁶⁶ “*El sistema de patentes no confiere cualquier protección a los productos y procesos generados por la creatividad e inventividad de las comunidades tradicionales. Este protege los llamados*

una comunidad, lo que dificulta aún más la individualización de su titular o cotitulares⁵⁶⁷.

MASSAGUER, incluso afirmando que la titularidad colectiva no es una objeción técnicamente insalvable para ubicar la tutela de los CTs en el sistema de patentes, reconoce que no existe una individualización en cuanto a la autoría de la creación del producto o proceso surgido en el contexto de las comunidades tradicionales⁵⁶⁸. Inclusive dentro de una misma comunidad, ¿quién será reconocido como titular del conocimiento para solicitar una patente, por ejemplo? Si no hay como identificar el autor o los coautores del conocimiento, el derecho de patente es absolutamente incompatible para proteger los CTs.

Más allá de la imposibilidad de identificar el autor o coautores de los CTs, el establecimiento de una protección fundada en la propiedad individual va en contra de todo el sistema de producción de los conocimientos de las comunidades tradicionales⁵⁶⁹. El sistema de “propiedad” en el seno de las comunidades tradicionales es muy complejo. En las sociedades occidentales el “propietario” puede disponer de su propiedad cuando quiera; en las comunidades tradicionales, no. En la mayoría de las comunidades tradicionales la propiedad es común. Cada

conocimientos ‘nuevos’, individualmente producidos, y no los conocimientos de naturaleza tradicional, producidos informalmente y colectivamente, que no tienen un origen preciso en el tiempo, y son transmitidos, por vía oral, a las nuevas y sucesivas generaciones”. SANTILLI, J. “A Biodiversidade e as comunidades tradicionais”, en BESUNSAN, N. (Org.). *Seria melhor mandar ladrilhar? Biodiversidade como, para que, por quê.* Brasília, Editora UNB, Instituto Socioambiental, 2002, p. 90.

⁵⁶⁷ DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 104.

⁵⁶⁸ “En la mayor parte de los casos no resulta posible atribuir a un individuo ni tan siquiera a un conjunto de individuos la creación de un conocimiento tradicional ni, por tanto, y desde la óptica que se considera, reconocer a uno o a varios individuos la condición de inventores. Y ello, por ser característico de los conocimientos tradicionales un proceso de creación, conservación y transmisión dinámico en el que intervienen no ya una pluralidad de sujetos, sino una pluralidad de generaciones y en el que incide de forma determinante la organización social y las creencias de una comunidad”. MASSAGUER, J. “Algunos aspectos de la protección jurídica de los conocimientos tradicionales...”, *op.cit.*, p. 217.

⁵⁶⁹ “El concepto de propiedad – el derecho del propietario de usar, gozar y disponer de la cosa y de reivindicar del poder de quienes injustamente la posea o detenga – es excesivamente estrecho y limitado para abarcar la complejidad de los procesos que generan la innovación, la creatividad y la inventividad en los contextos culturales en que viven pueblos indígenas, quilombolas y poblaciones tradicionales. En el derecho occidental, la propiedad – tanto sobre bienes materiales cuanto inmateriales – es un derecho esencialmente individual y de contenido fuertemente económico y patrimonial, sobretudo cuando se trata de propiedad colectiva o condominial, cada cotitular del derecho es plenamente identificable”. SANTILLI, J. “Patrimônio imaterial...”, *op.cit.*, p. 124.

persona individualmente, los ancianos, las mujeres, los clanes, los linajes, etc., tienen cada uno derechos de propiedad dentro de una determinada zona de recursos y a determinados recursos dentro de ella. Obviamente el alcance de estos derechos puede variar de una comunidad a otra, pero son inalienables.

Hay que agregar que los integrantes de las comunidades tradicionales, sobre todo las comunidades indígenas, sólo se reconocen como grupos y no como individuos, y, por tanto, no sería posible la repartición de derechos para la explotación de la patente en partes individuales. Esto sin duda es un obstáculo práctico que hace del sistema de patentes una opción poco atractiva para proteger los CTs. Es decir, hay una dificultad de orden técnico para reconocer a los verdaderos “propietarios” o “creadores” de estos conocimientos⁵⁷⁰.

Para los miembros de las comunidades tradicionales, el conocimiento y la determinación del uso de los recursos son colectivos e intergeneracionales. Por ello, cualquiera de los individuos o la propia comunidad, tampoco el gobierno puede vender o transferir la propiedad de los recursos que son propios de cada comunidad, y, sobre ellos, cada generación tiene la obligación, la responsabilidad de salvaguardarlos para la próxima⁵⁷¹.

Además, para la mayoría de las comunidades tradicionales la propiedad es intangible, no es algo que se pueda desligar de las manifestaciones espirituales y estéticas de la comunidad; la naturaleza constituye un *continuun* con el ser, con la cultura, con los ritos y por lo tanto esta visión holista no permite segmentar partes para que sean propiedad de alguien en la comunidad, por lo que un título de propiedad sobre algo que no existe por sí mismo constituiría un sinsentido⁵⁷².

A este respecto SHIVA destaca que la propiedad individual de las creaciones por el DPI defendido por el ADPIC, por ejemplo, es un mecanismo de

⁵⁷⁰ La problemática relativa al reconocimiento de personalidad jurídica de las comunidades tradicionales será abordada con carácter específico en el Capítulo V.

⁵⁷¹ NIJAR, G. S. “In defense of community knowledge...”, *op.cit.*, p. 28.

⁵⁷² “Aunque una persona haya elaborado una creación basada en la tradición en el marco de su propio contexto habitual, la creación no le ‘pertenece’ sino que corresponde al sentido compartido de responsabilidad, identidad y custodia comunitarias. Esto es lo que indica el carácter ‘tradicional’ de una creación”. OMPI. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “Proyecto de Análisis de carencia en materia de protección de conocimientos tradicionales...”, *op.cit.*, p. 06.

privatización de las tierras y de los CTs⁵⁷³. También, la propia OMPI reconoce la dificultad de establecer el titular de una invención, en caso de solicitud de patente, cuando dicha invención se desarrolla en una comunidad tradicional⁵⁷⁴.

En definitiva, no hay como amoldar los derechos intelectuales colectivos, como los derechos sobre los CTs, dentro del sistema de patentes, de titularidad individual o de cotitularidad, bajo pena de privatizar esos conocimientos, con la consecuente retirada de los derechos intelectuales de las comunidades tradicionales, o, aún, de causar la quiebra de una de las bases sobre las cuales se asienta el sistema internacional de patentes: la propiedad privada⁵⁷⁵.

La titularidad individual del sistema de patentes, desde nuestro punto de vista es, pues, uno de los principales motivos de inadecuación de este sistema para la protección de los CTs.

⁵⁷³ La propiedad individual, protegida por el ADPIC “*excluye todos los tipos de conocimiento, ideas e innovaciones que acontecen en las ‘tierras comunitarias intelectuales’ - en los pueblos entre los labradores, en la floresta, entre los pueblos tribales, y hasta mismo en las universidades entre los científicos. El acuerdo sobre el ADPIC es, por lo tanto, un mecanismo para la privatización de las ‘tierras comunitarias intelectuales’ y la descentralización de la sociedad civil. La mente se torna un monopolio de las grandes empresas*”. SHIVA, V. “As negociações internacionais sobre a imposição de Patentes e os Direitos de Propriedade Intelectual de populações tradicionais de agricultores e as incoerências entre as diretrizes da Convenção sobre Diversidade Biológica e as negociações relativas ao tema que estão em andamento no GATT”, en ARAÚJO, A. V.; CAPOBIANO, J. P. (Orgs.). *Biodiversidade e proteção do conhecimento de comunidades tradicionais*. Documento do ISA nº. 2. Resultado dos seminários internos, com convidados realizados nos dias 8 de abril e 25 de julho de 1996. Novembro de 1996, p. 32.

⁵⁷⁴ “*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*”. OMPI. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “Proyecto de análisis de carencia en materia de protección de conocimientos tradicionales...”, *op.cit.*, pp. 09-10.

⁵⁷⁵ El Acuerdo ADPIC declara en su Preámbulo que los miembros “*Reconociendo que los derechos de propiedad intelectual son derechos privados*” convienen lo señalado en el Acuerdo.

IV. LOS REQUISITOS OBJETIVOS DE LA PATENTABILIDAD Y EL NO CUMPLIMIENTO DE LOS MISMOS POR PARTE DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

1. Planteamiento del tema

La creación humana no tiene límites. El hombre crea todos los días⁵⁷⁶. Pero, ¿qué es una invención?, ¿qué tipo de invención puede ser patentada? En términos legales, no tendremos respuesta a la primera pregunta. Ninguna ley define claramente lo que es una invención⁵⁷⁷, sino que se limitan a establecer determinados requisitos objetivos que, reunidos, conforman la invención, y que son absolutamente indispensables para obtener la patente. Lo que existe es una delimitación negativa de lo que puede ser una invención⁵⁷⁸.

Esta falta de definición es comprensible si se tiene en cuenta la velocidad con que discurre el desarrollo tecnológico, que hace prácticamente imposible formular un concepto que, necesariamente, habrá de ser modificado en un corto período de tiempo. No obstante, la doctrina ha formulado un concepto de invención según el cual ella no es otra cosa que “*una regla técnica para solucionar un problema técnico*” a lo que se puede agregar su carácter novedoso⁵⁷⁹.

⁵⁷⁶ COUTO GONÇALVES señala muy bien que la historia de las invenciones no coincide con el derecho de patentes. La historia de la invención confunde-se con la del hombre, en cuanto la protección legal de las invenciones emerge solamente en los fines del Siglo XVIII. COUTO GONÇALVES, L. M. *Manual de Direito Industrial...*, op.cit., p. 51.

⁵⁷⁷ GÓMEZ SEGADE justifica que no conceptuar lo que es una invención es ser coherente con nuestra realidad. Conceptuar lo que sería una invención sería contraproducente una vez que el desarrollo tecnológico cambia todos los días. Probablemente cualquier concepto de invención hoy sería superable en breve tiempo. GÓMEZ SEGADE, J. A. “El nuevo Derecho de Patentes: requisitos de patentabilidad”, en GÓMEZ SEGADE, J. A. *Tecnología y Derecho...*, op.cit., p. 437.

⁵⁷⁸ GÓMEZ SEGADE, J. A. “El nuevo Derecho de Patentes...”, op.cit., p. 437.

⁵⁷⁹ GÓMEZ SEGADE define invención como una “*regla técnica industrial para solucionar un problema técnico utilizando las fuerzas de la naturaleza animada e inanimada*”. GÓMEZ SEGADE, J. A. *Enciclopedia Jurídica Básica*. Vol. III, Madrid, Civitas, 1995, p. 3744. Para BAYLOS CORROZA, “*la invención es la solución de un problema técnico aplicable a la industria, y que proporciona la posibilidad de obtener un cierto resultado útil*”. BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de*

También es importante en este punto no confundir invención con descubrimiento. La invención no se limita, como el descubrimiento, al plano cognitivo, sino que tiene que interferir con la realidad práctica. La invención tiene siempre la finalidad de resolver un problema técnico que satisfaga las necesidades humanas, en cuanto el descubrimiento puede tener un carácter meramente especulativo, sin ninguna aplicación práctica directa⁵⁸⁰.

Cabe añadir que mientras el descubrimiento es un estado de conocimiento teórico de la realidad⁵⁸¹, la invención es una regla para el obrar humano⁵⁸², en la cual debe estar indicada qué operaciones hay que hacer para obtener un resultado determinado⁵⁸³. Es decir, con el descubrimiento la realidad no se transforma, solamente se percibe algo que era desconocido⁵⁸⁴; con la invención la realidad sufre una transformación técnica.

Por ello, la invención puede ser definida como una creación no conocida consistente en una regla para el obrar humano que indica un modo de actuación de determinados medios sobre las fuerzas de la naturaleza y de cuya actuación deriva un resultado directamente aplicable en la industria⁵⁸⁵.

Derecho Industrial..., *op.cit.*, p. 1105. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO también señala que la verdadera esencia de la invención es “*su consideración de regla para un obrar humano*”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A *Los requisitos positivos de patentabilidad...*, *op.cit.*, p. 79; IDEM, *Apuntes de Derecho Mercantil...*, *op.cit.*, p. 420; SÁNCHEZ CALERO, F.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de Derecho Mercantil...*, *op.cit.*, p. 211; MARTÍN ARESTI, P. *Licencia contractual de patente...*, *op.cit.*, pp. 90-91.

⁵⁸⁰ Sobre el carácter utilitario de la invención ver BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de Derecho Industrial...*, *op.cit.*, 1109 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, F.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de Derecho Mercantil...*, *op.cit.*, pp. 211-212.

⁵⁸¹ COUTO GONÇALVES, L. M. *Manual de Direito Industrial...*, *op.cit.*, p. 61.

⁵⁸² “Una invención es una regla en la que se indica la forma en que hay que operar con determinadas materias o fuerzas de la naturaleza para conseguir un resultado concreto y útil, es decir, que sirva para satisfacer alguna necesidad humana”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Apuntes de Derecho Mercantil...*, *op.cit.*, p. 419. En el mismo sentido BOTANA AGRA, M. “Invención y Patente...”, *op.cit.*, p. 95.

⁵⁸³ “Si la invención no es ejecutable, entonces no estamos ante una auténtica invención y faltaría por lo tanto un requisito de patentabilidad”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Apuntes de Derecho Mercantil...*, *op.cit.*, p. 420; IDEM, *Los requisitos positivos de patentabilidad...*, *op.cit.*, p. 79; BOTANA AGRA, M. “Invenciones patentables...”, *op.cit.*, pp. 107-137.

⁵⁸⁴ A pesar de que los descubrimientos tienen gran importancia para el desarrollo en todos los sectores de la sociedad, incluso para la innovación tecnológica, conceder protección a un descubrimiento sería bloquear el progreso técnico. GÓMEZ SEGADE, J. A. “El nuevo Derecho de Patentes...”, *op.cit.*, p. 437.

⁵⁸⁵ BOTANA AGRA, M. “Invenciones patentables...”, *op.cit.*, p. 108.

Por lo anterior, algunos “elementos” no pueden ser patentados por el simple hecho de que no son considerados invenciones una vez que no presentan aplicación industrial⁵⁸⁶. Estos supuestos están previstos, por ejemplo, en el art. 4.2 de la LP que enumera determinadas creaciones intelectuales que no pueden ser patentadas, como: los descubrimientos, las teorías científicas y métodos matemáticos; planes u juegos, formas de presentar informaciones; y, métodos de tratamiento⁵⁸⁷.

Se trata, por tanto, de elementos intelectivos, que queda fuera del ámbito industrial, porque no se traduce en operaciones materiales plasmadas en instrumentos u objetos que autónomamente sean susceptibles de manipulación en el comercio o la industria, sino, en algunos casos, de parámetros de funciones aritméticas mediante procedimientos contables de deducción y de cálculo, ajenos a la protección de la propiedad industrial.

Ahora bien, pese a que el legislador no define claramente lo que es una invención, él ha establecido algunos requisitos que condicionan su protección según la Ley. Así, no es cualquier invención la que puede ser patentada. Para ser patentable la invención debe reunir determinados requisitos indispensables. Estos requisitos son *conditio sine qua non* para que el titular de dicha invención goce de las protecciones otorgadas por ley en forma de patente⁵⁸⁸. Por lo tanto, la Administración debe denegar una solicitud de patente cuando compruebe que el objeto de ésta carece de cualquiera de estos requisitos⁵⁸⁹.

⁵⁸⁶ MASSAGUER, J. *Los efectos de la patente...*, *op.cit.*, p. 179; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “¿Qué es patentable? Nulidad de las Patentes”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Coord.). *Nociones sobre Patentes de Invención para investigadores universitarios*. Madrid, Ediciones UNESCO, 1994, p. 02.

⁵⁸⁷ VELASCO NIETO, C. E. “Los requisitos de patentabilidad I”, en FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M. (Dir.). *Derecho sobre Propiedad Industrial. Estudios de Derecho Judicial*, nº. 35, 2001, pp. 44-80, p. 68 y ss.

⁵⁸⁸ “En suma, requisitos de patentabilidad son todas aquellas características cuya concurrencia en un mismo objeto es indispensable para que éste pueda ser patentado”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Los requisitos positivos de patentabilidad...*, *op.cit.*, p. 54. En el mismo sentido VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, M. *Estudio sobre los requisitos de patentabilidad, el alcance y la violación del Derecho de Patente*. Barcelona, Bosch, 2005, p. 39.

⁵⁸⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “Nuevas Leyes de Patentes en Francia y en la República Federal de Alemania”, *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, nº. 107, enero-marzo, 1968, pp. 309-329, p. 322; IDEM. *Apuntes de Derecho Mercantil...*, *op.cit.*, p. 418.

El ADPIC, adoptando un criterio liberal para delimitar la materia patentable⁵⁹⁰, trae las principales reglas y principios referentes a la concesión de patentes de invenciones de productos o procedimientos⁵⁹¹. Estas reglas están señaladas en la Parte II, Sección 5, arts. 27 a 34⁵⁹². El art. 27, párrafo 1, establece que “...*las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial...*” (negrillas nuestras).

El Acuerdo esclarece aún (nota 5 del art. 27) que las expresiones “actividad inventiva” y “aplicación industrial” deben ser consideradas, por los Estados miembros, como sinónimo de las expresiones “no evidente” y “útiles”, respectivamente. Cabe apuntar que esos requisitos señalados en el ADPIC son los mismos exigidos tanto por el CPE⁵⁹³ como en la mayoría de las leyes nacionales⁵⁹⁴ para que una invención resulte patentada.

⁵⁹⁰ Para BOTANA AGRA, el hecho de extender la protección mediante patentes a todas a las invenciones, de producto o de procedimiento, pertenecientes a todos los sectores de la tecnología, ha sido uno de los logros más significativos del A-ADPIC. BOTANA AGRA, M. “Las normas sustantivas del A-ADIPC...”, *op.cit.*, p. 145.

⁵⁹¹ Sobre las normas y estándares de protección de patentes en el ADPIC ver BOTANA AGRA, M. “Las normas sustantivas del A-ADIPC...”, *op.cit.*, p. 144 y ss.; DHAR, B.; RAO, C. N. “La vinculación de los Derechos de Propiedad Intelectual...”, *op.cit.*, p. 147 y ss.

⁵⁹² Art. 27 “*materia patentable y excepciones a la patentabilidad*”; art. 28 “*Derechos conferidos a la patente*”; art. 29 “*condiciones impuestas a los solicitantes de patentes*”; art. 30 “*excepciones a los derechos conferidos*”; art. 31 “*el régimen de las licencias obligatorias*”; art. 32 “*revocación/caducidad*”; art. 33 “*duración de la protección*” y art. 34 “*la inversión de la carga de la prueba*”.

⁵⁹³ El art. 52.1 establece que “*las patentes europeas se concederán para cualquier invención en todos los ámbitos tecnológicos, a condición de que sea nueva, que suponga una actividad inventiva y que sea susceptible de aplicación industrial*”.

⁵⁹⁴ De acuerdo con el art. 1709 del NAFTA – Tratado de Libre Comercio de América del Norte, “...*las Partes dispondrán el otorgamiento de patentes para cualquier invención, ya se trate de productos o de procesos, en todos los campos de la tecnología, siempre que tales invenciones sean nuevas, resulte de una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial...*”. Texto disponible en <http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/CAP17_1.asp#Artículo%201709>. Consultada el 09 de mayo de 2011. Asimismo, de acuerdo con el art. 4.1 que establece la regla general de la patentabilidad de la LP, “*son patentables las invenciones nuevas que impliquen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial*”. Aún de acuerdo con el art. 8 de la Ley brasileña n.º. 9.279 de 1996, que regula derechos y obligaciones relativos a la propiedad industrial, “*es patentable la invención que cumpla los requisitos de novedad, actividad inventiva y aplicación industrial*”. En este mismo sentido, el art. 4 de la Ley argentina n.º. 24.481, de 1996, que regula las patentes de invención y modelos de utilidad, establece que “*serán patentables las invenciones de productos o de procedimientos, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial*”.

Así, una invención para ser patentable, sea de producto⁵⁹⁵ o de proceso, debe cumplir con los requisitos exigidos legalmente. O sea, representar una novedad, ser fruto de una actividad inventiva y tener aplicación industrial. La invención debe superar lo obvio y no encontrarse al alcance de las habilidades de cualquier experto en la materia que aplique los conocimientos generales existentes en el estado de la técnica⁵⁹⁶.

Al exigir estos requisitos para la patentabilidad el legislador pretende dotar al sistema de seguridad jurídica a fin de que se conozca qué se entiende por cada uno de ellos. En este punto, cabe poner de relieve que estos tres requisitos son “*distintos, acumulativos y ordenados*”⁵⁹⁷. Además, la concurrencia de estos requisitos de patentabilidad no agota lo que sea patentable, porque la propia ley enumera una serie de excepciones a la patentabilidad, viniendo a delimitar de forma negativa las invenciones patentables.

Asimismo, el ADPIC, el art. 27, segunda parte, trae una cláusula llamada de no-discriminación, donde establece que los países que lo han firmado no pueden establecer discriminación en el otorgamiento de patentes en virtud del lugar de la invención, del campo de la tecnología (con observancia, claro, de las materias que son por el propio Acuerdo excluidas de la patentabilidad) o del hecho de que los productos sean importados o producidos en el país⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ “La patente de producto se refiere a una entidad física que puede ser un aparejo, una máquina, sustancia o composición. Pero, no se puede confundir una patente de producto con la naturaleza incorpórea de la invención. El aparejo, la máquina, la sustancia exteriorizan la invención, pero no la agotan. La patente de proceso recae sobre una actividad del mundo físico (proceso propiamente dicho, método, uso). El proceso propiamente dicho respeta a la sucesión de operaciones realizadas que conducen a la obtención de un producto; el método es un conjunto de reglas para hacer algo; el uso es la utilización nueva de un producto o proceso conocidos”. COUTO GONÇALVES, L. M. *Manual de Direito Industrial...*, op.cit., p. 61. En el mismo sentido BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de Derecho Industrial...*, op.cit., p. 1106.

⁵⁹⁶ MITELMAN, C. O. *Cuestione de Derecho Industrial. Información confidencial, medidas provisionales, daños en infracciones marcarías, Modelos de Utilidad, biotecnología y licencias obligatorias*. Buenos Aires, Ad. HOC S.R.L., 1999, p. 151.

⁵⁹⁷ “Distintos, porque la novedad es concepto distinto de la actividad inventiva y de la posibilidad de ser susceptible de aplicación industrial (...) Acumulativos, porque es preciso que concurren los tres a la vez, de modo que una invención puede ser nueva y susceptible de aplicación industrial, pero no ser patentable, por carecer de actividad inventiva, o tener tal actividad, pero no ser susceptible de aplicación industrial. Y, por último, ordenados, porque el primero requisito es la novedad, sin la cual no puede haber actividad inventiva y, sin estas dos, aplicación industrial”. GUIX CASTELLVÍ, V. *Patentes de invención...*, op.cit., p. 11.

⁵⁹⁸ De acuerdo con el art. 27, parte b, “...las patentes se podrán obtener y los derechos de patentes se podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productores sean importados o producidos en el país”.

Seguidamente analizaremos con más profundidad los puntos más importantes de cada requisito de patentabilidad y que son fundamentales para el desarrollo de este trabajo.

2. La novedad exigida por el sistema de patentes y la divulgación de los conocimientos tradicionales

2.1. El significado de novedad

El primer requisito que una invención debe presentar para que pueda ser protegida por el derecho de patentes es la novedad⁵⁹⁹. Se trata de un concepto legal que no puede ser identificado con otras acepciones extraídas del diccionario ni con la noción general de novedad⁶⁰⁰ y que puede ser entendida de muy diversas maneras en función del ámbito en que nos movamos⁶⁰¹.

⁵⁹⁹ “La novedad es el primer fundamento del sistema de patentes y su justificación como primer requisito no responde sólo a una cuestión numeral sino que ciertamente es el elemento nuclear en cualquier desarrollo tecnológico que se pretenda exclusivizar: las invenciones ante todo deberán ser nuevas”. VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, M. *Estudio sobre los requisitos de patentabilidad...*, *op.cit.*, p. 41. La exigencia de que la invención sea nueva es justificada por GÓMEZ SEGADE, que señala: “sería contradictorio con los fines del Derecho de patentes conceder un monopolio, aunque sea temporal, a quien no justifique un beneficio a la colectividad, porque no aporta nada nuevo, nada que enriquezca el acervo tecnológico”. GÓMEZ SEGADE, J. A. “El nuevo Derecho de Patentes...”, *op.cit.*, pp. 442-443. Aún sobre la necesidad del requisito de la novedad ver BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “La novedad en el Derecho de Patentes español”, en *II Jornadas de Estudio sobre Propiedad Industrial*, Grupo español de la AIPPI, Barcelona, 1976, pp. 65-86, p. 65; FERRÁNDIZ GABRIEL, J. R. “Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial, Publicidad y Derecho de la Competencia”, *La Ley*, 2007, p. 677.

⁶⁰⁰ BOTANA AGRA, M. “Invenciones patentables”, en FERNÁNDEZ-NOVOA, C.; OTERO LASTRES, J. M.; BOTANA AGRÁ, M. *Manual de la Propiedad Industrial*. Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 107-137, p. 112; BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de Derecho Industrial...*, *op.cit.*, p. 1155. Aún para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO el concepto novedad tiene una noción sumamente imprecisa. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Los requisitos positivos de patentabilidad...*, *op.cit.*, p. 61. COSTA SANSALONI, añade que “un objeto, un procedimiento o una máquina determinada pueden ser originales, y en tal sentido considerarse novedoso, sin que por ello pueda concluirse necesariamente que reúnen el requisito legal de novedad”. COSTA SANSALONI, J. *Innovación y Propiedad Industrial...*, *op.cit.*, p. 58.

⁶⁰¹ SAIZ GARCÍA, C. “Requisitos de protección de los dibujos y modelos industriales”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXII, 2001, pp. 369-398, p. 388.

De acuerdo con el art. 54.2 del CPE una invención es nueva “*cuando no está comprendida en el estado de la técnica*”⁶⁰². Por ello, el estado de la técnica es la pieza angular para determinar si la invención reúne o no la novedad legalmente exigida para merecer ser protegida mediante el derecho de patente⁶⁰³.

El art. 4.c de la Ley n.º. 24.481, de Argentina, es bastante preciso al decir que “*por estado de la técnica deberá entender el conjunto de conocimientos técnicos que se han hecho públicos antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida, mediante una descripción oral o escrita, por la explotación o por cualquier otro medio de difusión o información, en el país o en el extranjero*”⁶⁰⁴.

Esto significa que el estado de la técnica está constituido por un conjunto de conocimiento que antes de la fecha de presentación de la solicitud (o de prioridad) de patente se ha hecho accesible al público⁶⁰⁵, por una descripción

⁶⁰² Las leyes internas de países como Brasil, España y Argentina vienen definiendo jurídicamente la “novedad” en el mismo sentido del CPE. De acuerdo con el art. 6.1 de la LP “*se considera que una invención es nueva cuando no está comprendida en el estado de la técnica*”. El art. 11 de la Ley brasileña n.º. 9.279, también establece que “*la invención y el modelo de utilidad son considerados nuevos cuando no comprendidos en el estado de la técnica*”. Por fin, el art. 4.b de la Ley argentina n.º. 24.481 de 1996, afirma que “*...será considerada novedosa toda invención que no esté comprendida en el estado de la técnica*”.

⁶⁰³ Para un estudio profundo sobre el tema consultar GÓMEZ SEGADÉ, J. “Patentabilidad...”, *op.cit.*, p. 71 y ss.; BOTANA AGRA, M. “Invenciones patentables...”, *op.cit.*, p. 113 y ss.; SALVADOR JOVANÍ, C. *El ámbito de protección de la Patente*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 240 y ss.; VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, M. *Estudio sobre los requisitos de patentabilidad...*, *op.cit.*, p. 43 y ss.

⁶⁰⁴ El estado de la técnica es conceptualizado en este mismo sentido tanto por la LP como por la Ley de propiedad industrial de Brasil. De acuerdo con el art. 6.2 de la LP, “*el estado de la técnica está constituido por todo lo que antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente se ha hecho accesible al público en España o en el extranjero por una descripción escrita u oral, por una utilización o por cualquier otro medio*”. El art. 11.1 de la Ley brasileña n.º 9.279, por su parte, también establece que “*el estado de la técnica está constituido por todo aquello que lo vuelve accesible al público antes de la fecha de depósito de la solicitud de patente, por descripción escrita u oral, por uso o cualquier otro medio, en Brasil o en el exterior*”.

⁶⁰⁵ Así es señalado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, quien ofrece el siguiente ejemplo: un manuscrito contenido en una biblioteca y que no ha sido conocido en los ambientes científicos ni tampoco consultado en la biblioteca. Sin embargo, el simple hecho de que esté en la biblioteca a disposición del público permite establecer la ficción de que era conocido. De modo que todo lo que era accesible al público antes de la fecha de prioridad se considera que es realmente conocido y que por eso forma parte del estado de la técnica, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Coord.). *Naciones sobre Patentes de invención para investigadores universitarios*. Paris, UNESCO, 1994. En el mismo sentido GÓMEZ SEGADÉ, J. “Patentabilidad...”, *op.cit.*, p. 71; BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de Derecho Industrial...*, *op.cit.*, p. 1160; VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, M. *Estudio sobre los requisitos de patentabilidad...*, *op.cit.*, p. 46. OTERO LASTRES precisa aún que la palabra “público” no debe entenderse como sinónimo de “generalidad”, sino en el sentido de que la regla técnica sale del ámbito privado del inventor y entra en un ámbito en el que queda a

escrita u oral, en cualquier idioma, o por cualquier otro medio, por una utilización, o por la comercialización del producto en cualquier lugar del mundo⁶⁰⁶.

En este punto, cabe poner de relieve, que “el público” no debe ser considerado en sentido de colectividad, sino que bastará con que tal accesibilidad la haya tenido un círculo restringido de expertos o personas interesados; o, como advierte BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, no es necesario probar que el público ha conocido efectivamente los elementos integrados en el estado de la técnica, basta con que exista la posibilidad de que el público llegue a conocerla⁶⁰⁷.

Asimismo, es importante a este respecto señalar que con relación a los efectos de novedad no resulta relevante quién ha realizado la divulgación, aunque sea por una acción incorrecta, pues incluso si la divulgación ocurre antes de la solicitud del registro y la ha efectuado el propio inventor, la invención perderá la novedad⁶⁰⁸.

disposición de personas, que puedan tomar conocimiento directo de la regla técnica o que la puedan hacer llegar a otros. No obstante, para que la regla técnica sea accesible al público en necesario que la misma sea completa y que esté puesta a punto. OTERO LASTRES, J. M. “Los requisitos de patentabilidad en la Decisión 486”, *CORPIC, Corporación de Estudios sobre los Derechos de Propiedad Intelectual*, Medellín, Editorial Diké, 2001. pp. 93 y ss.

⁶⁰⁶ GÓMEZ SEGADE, J. “Patentabilidad...”, *op.cit.*, p. 72; CURELL SUÑOL, M.LÍ; CURELL ÁGUILA, M.LÍ. “La tecnología y el Derecho, el técnico y el jurista: su conjunción en la protección de las invenciones”, en *Estudios sobre Derecho Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia en homenaje a Hermenegildo Baylos Corroza. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 1992, pp. 179-193, p. 183; VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, M. *Estudio sobre los requisitos de patentabilidad...*, *op.cit.*, pp. 48-49. Para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, el conocimiento del invento puede ser accesible al público, por ejemplo, por una descripción en un libro, en un artículo de revista, en un catálogo, en una solicitud de patente ya publicada, en una circular, o en una conferencia. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “La protección jurídica de la tecnología”..., *op.cit.*, p. 41.

⁶⁰⁷ Advirtiendo que el público también en esto supuesto no se refiere al público general, sino que se refiere al círculo de expertos en la materia. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “Novedad y actividad inventiva como requisitos de patentabilidad”, en *Tecnología, Industria y Patentes en la España comunitaria*, Jornadas sobre la nueva Ley española de Patentes, Barcelona, 14 y 15 mayo de 1986, Grupo español de la AIPPI, 1987, pp. 129-141, pp. 137-138. En el mismo sentido GÓMEZ SEGADE, J. “Patentabilidad...”, *op.cit.*, p. 71.

⁶⁰⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M. “Marco legal del Derecho de Patentes, reformas proyectadas”, *Estudio de Derecho Judicial*, nº. 99, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 17-60, p. 29. Obviamente si la accesibilidad al público haya sido hecha por otra persona diferente del inventor este puede ejercitar las acciones debidas contra quien ha actuado incorrectamente. Sobre los daños y perjuicios por infracción de patentes ver MONTAÑA MORA, M. “Los daños y perjuicios por infracción de Patentes”, en FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M. (Dir.). *Propiedad Industrial III, Estudio de Derecho Judicial*, nº. 145, Consejo General del Poder Judicial, 2007. No obstante, hay que llevar en consideración la excepción establecida en el art. 7.a de la LP que señala: “no se tomará en consideración para determinar el estado de la técnica una divulgación de la invención que, acaecida dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud en el Registro de la Propiedad Industrial haya sido consecuencia directa o indirecta: a) De un abuso evidente frente al solicitante o su causante. b) Del hecho de que el solicitante o su causante hubieren exhibido la

Hay que observar también que la invención debe ser nueva no sólo en el país en que se está solicitando la patentabilidad, sino también en el extranjero. De manera que nos encontramos con que la invención debe tener novedad absoluta o mundial⁶⁰⁹.

Cabe apuntar además que como aparecen nuevas publicaciones o creaciones todos los días y se solicitan nuevas patentes todos los días, el estado de la técnica, por lo tanto, también cambia todos los días. Y por tener un contenido cambiante, es imprescindible determinar en qué momento queda fijado ese estado de la técnica⁶¹⁰.

Por los conceptos de estado de la técnica, anteriormente mencionados, podrá observarse que el punto cronológico fundamental es la fecha de presentación de la solicitud de la patente⁶¹¹. Es decir, el estado de la técnica es fijado en la fecha de presentación de la solicitud de patente⁶¹².

invención en disposiciones oficiales u oficialmente reconocidas. En este caso será preciso que el solicitante al presentar la solicitud, declare que la invención ha sido realmente exhibida y que, en apoyo de su declaración aporte el correspondiente certificado dentro del plazo y en las condiciones que se determinen reglamentariamente. c) De los ensayos efectuados por el solicitante o por sus causantes, siempre que no impliquen una explotación o un ofrecimiento comercial del invento”.

⁶⁰⁹ Novedad absoluta es “*la que tiene en cuenta todas las anterioridades sin ninguna exclusión, es decir tangibles e intangibles y con carácter universal*”. MORGANES MANONELLES, J. A. “La integración en el estado de la técnica de la solicitud de Patente Europea con designación de España a efectos de la novedad exigida a las Patentes y Modelos de Utilidad”, en *Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial en homenaje a Julio Delicado Montero-Ríos*. Barcelona, Grupo Español de la AIPPI, 1996. En el mismo sentido BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “La protección jurídica de la tecnología...”, *op.cit.*, p. 40; GÓMEZ SEGADÉ, J. A. *La Ley de Patentes...*, *op.cit.*, p. 62; SÁNCHEZ CALERO, F.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de Derecho Mercantil...*, *op.cit.*, p. 215; BOTANA AGRA, M.; HERNÁNDEZ RODRIGUES, F.; GARCÍA VIDAL, A. *Lecciones de Derecho Mercantil I...*, *op.cit.*, p. 150; PÉREZ DE LA CRUZ, A. “La Propiedad Industrial...”, *op.cit.*, p. 433; BOTANA AGRA, M. “Invenciones patentables...”, *op.cit.*, p. 113; MACÍAS MARTÍN, J. “Nociones sobre el Convenio de la Patente Europea...”, *op.cit.*, p. 211. Vid. STS de 22 de marzo de 1990 (Editorial Bosch), comentada por FERRÁNDIZ GABRIEL, J. R. “*Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial...*”, *op.cit.*, p. 678.

⁶¹⁰ “*El estado de la técnica tiene, pues, un contenido cambiante y es por ello imprescindible determinar en qué momento queda fijado ese estado de la técnica a efectos de realizar el juicio sobre la novedad y actividad inventiva de una solicitud de patente en concreto*”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “Novedad y actividad inventiva...”, *op.cit.*, p. 138. En este mismo sentido PÉREZ DE LA CRUZ, A. “La Propiedad Industrial...”, *op.cit.*, p. 433.

⁶¹¹ Vid. STS de 22 de marzo de 1990 (Editorial Bosch), comentada por FERRÁNDIZ GABRIEL, J. R. “*Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial...*”, *op.cit.*, pp. 678 y 685, respectivamente.

⁶¹² Según el art. 22.1 de la LP “*la fecha de presentación de la solicitud será la del momento en que el solicitante entregue a las Oficinas españolas autorizadas para la recepción de solicitudes de patente los siguientes documentos redactados en la forma exigida en el artículo 21*”. Pero si durante el proceso de concesión se modifica total o parcialmente el objeto de la solicitud de patentes “*se considerará como fecha de presentación la de introducción de la modificación*”.

Por ello, la apreciación de la novedad como requisito de patentabilidad exige, por parte de la autoridad competente, una compleja y vasta tarea de consulta y búsqueda de información sobre el objeto de solicitud de patente, a la vez que es preciso compararlo con todos los conocimientos sobre el sector técnico al que pertenezca y también con sectores próximos, anterior a la fecha de prioridad o de solicitud de la posible patente⁶¹³.

Otra observación está en relación con el ámbito territorial de prioridad. En principio, la prioridad actúa en el ámbito territorial del Estado en el que se pide la protección; en el sentido de que la solicitud formulada ante la Oficina de Patentes de ese Estado no surte efecto prioritario con respecto a los Estados restantes. Sin embargo, este principio general reconoce una importante excepción, que es llamada "Prioridad Unionista"⁶¹⁴.

La Prioridad Unionista consiste en el derecho que posee el inventor que haya solicitado una patente en cualquiera de los países de la Unión de Paris, a pedirla, en el plazo de los doce meses siguientes, en otro u otros países también pertenecientes a la Unión con efectos desde la misma fecha de la primera solicitud, de tal forma que no se considera perjudicada la novedad de la invención

respecto a la parte afectada por ésta" (art. 22.2). BOTANA AGRA, M. "Invenciones patentables...", *op.cit.*, p. 118.

⁶¹³ Sobre el sistema de examen previo de concesión de patentes consultar LAS HERAS LORENZO, T. "El sistema de examen previo de concesión de patentes", en *Estudios sobre Derecho Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia en homenaje a Hermenegildo Baylos Corroza. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 1992, pp. 397-405, p. 399 y ss.; GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, C. "La introducción del procedimiento de concesión...", *op.cit.*, pp. 22-24. "Para juzgar la novedad, no pueden reunirse diversos elementos del estado de la técnica y realizar un juicio de conjunto, integrando las anterioridades a modo de un mosaico, como dice la doctrina tradicional alemana, sino que hace falta ir comparando la invención con cada anterioridad por separado, y estableciendo lo que cualquier experto en la materia entendería a través del conocimiento de esa anterioridad". BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "Novedad y actividad inventiva...", *op.cit.*, p. 139. MORGADES MANONELLES señala aún que en el análisis del estado de la técnica hay que observar no solamente la cantidad de información disponible, sino también si las informaciones disponibles son cualitativamente fiables. MORGADES MANONELLES, J. A. "La integración en el estado de la técnica...", *op.cit.*, p. 359. En el mismo sentido, vid. BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de Derecho Industrial...*, *op.cit.*, p. 1156.

⁶¹⁴ El Principio de la prioridad unionista está previsto en la LP española en los arts. 28 y 29. Así, hay dos bloques que integran el estado de la técnica. Un bloque general que integra todo lo que se ha hecho accesible al público antes de la fecha de prioridad (art. 6.2), y otro que integra las solicitudes anteriores (art. 6.3). BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "Novedad y actividad inventiva...", *op.cit.*, p. 137.

por los actos de publicidad o divulgación que haya tenido lugar durante el tiempo transcurrido entre la prioritaria solicitud y las posteriores⁶¹⁵.

Intentaremos explicar este principio a través de un ejemplo. Digamos que un empresario francés, tiene como fecha de presentación de solicitud de una patente de invención en Francia el 07 de febrero de 2005. Posteriormente, hace su solicitud de patente en España obteniendo como fecha de presentación el 25 de octubre del mismo año. Francia es un país miembro del CUP, lo que significa que, de acuerdo con el derecho de prioridad unionista otorgado por el mismo, este empresario francés podrá patentar su invento en cualquiera de los países miembros del CUP durante los doce meses siguientes al depósito legal de la solicitud de patente hecha en su país, manteniendo como fecha de prioridad la primera, es decir, el 07 de febrero de 2005. Por lo tanto, la comparación con el estado de la técnica debe referirse a esta fecha. Así que la publicación posterior a esta fecha no afectará en España a la novedad de la invención.

Por fin, la exigencia del requisito de la novedad para que una invención sea patentada se sustenta en dos fundamentos: a) si la descripción de un invento es publicada, o el mismo es utilizado o comercializado, dicha creación se convierte en explotación libre. Si cualquiera con posterioridad estuviera facultado para obtener una patente sobre esa invención – y como consecuencia la exclusividad de uso – imperaría la inseguridad jurídica. Industriales y comerciantes estarían sometidos al permanente riesgo de verse privados de las tecnologías empleadas ante el reclamo de terceros que invocarían la propiedad privada de la invención patentada; y, b) el derecho de exclusiva que la patente reconoce al inventor sólo puede ser concedido a alguien que enriquece a la sociedad con un progreso de

⁶¹⁵ Art. 4. A. I. “Quien hubiere depositado regularmente una solicitud de patente de invención, de modelo de utilidad, de dibujo o modelo industrial, de marca de fábrica o de comercio en alguno de los países de la Unión o sus causahabientes gozará, para efectuar el depósito en los otros países de un derecho de prioridad durante los plazos fijados más adelante en el presente”. “El depósito efectuado posteriormente en algunos de los demás países de la Unión, antes de la expiración de dicho plazo, no podrá ser invalidado por los hechos ocurridos en el intervalo, en particular por otro depósito, por la publicación de la invención o de su explotador, por la puesta a la venta de ejemplares del dibujo o del modelo o por el empleo de la marca y estos hechos no podrán dar lugar a ningún derechos de terceros ni a ninguna posesión personal”. BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de Derecho Industrial...*, op.cit., p. 1123. En el mismo sentido BAECELLOS, M. L. L. O *Sistema Internacional de Patentes...*, op.cit., p. 22. Para profundizar el tema ver BODENHAUSEN, G. H. C. *Guía para la aplicación del Convenio de París...*, op.cit., p. 38 y ss.

carácter técnico antes desconocido. De lo contrario, se estaría privando a la colectividad de un bien que pertenece al patrimonio común⁶¹⁶.

2.2. Divulgaciones no destructivas de la novedad

A pesar de la exigencia de que la invención no debe estar comprendida en el estado de la técnica, la ley prevé circunstancias específicas que justifican ciertas divulgaciones o utilizations previas que no hacen que el invento pierda la novedad. Son hechos puntuales realizados con el conocimiento o consentimiento del inventor.

Tanto las leyes que regulan el sistema de patentes en Brasil⁶¹⁷, Argentina⁶¹⁸ y España permiten esta situación. La LP, por ejemplo, como ya referenciado, señala en el art. 7 los supuestos de divulgación que no se tomará en consideración para determinar el estado de la técnica, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida.

De acuerdo con este artículo son tres los supuestos excepcionales contemplados que no se integran el estado de la técnica⁶¹⁹: a) de un abuso evidente frente al solicitante o su causante;⁶²⁰ b) del hecho de que el solicitante o su causante hubieran exhibido la invención en exposiciones oficiales u

⁶¹⁶ MITELMAN, C. O. *Cuestione de Derecho Industrial...*, op.cit., pp. 153-154.

⁶¹⁷ De acuerdo con el art. 12 de la Ley brasileña n.º. 9.279, “no será considerado como estado de la técnica la divulgación de invención o modelo de utilidad, cuando ocurrida durante los 12 (doce) meses que precedieren a la fecha de depósito o de la prioridad de la solicitud de patente, si promovida: I - por el inventor; II - por el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial - INPI, a través de publicación oficial de la solicitud de patente depositada sin el consentimiento del inventor, basado en informaciones de éste obtenidas o en decurso de actos por él realizados; o III - por terceros, con base en informaciones obtenidas directa o indirectamente del inventor o en decurso de actos por éste realizados. Párrafo único - El INPI podrá exigir del inventor declaración relativa a la divulgación, acompañada o no de pruebas, en las condiciones establecidas en reglamento”.

⁶¹⁸ Art. 5 de la Ley argentina n.º. 24.481 de 1996.

⁶¹⁹ BOTANA AGRA, M. “Invenciones patentables...”, op.cit., p. 119.

⁶²⁰ Sobre el análisis de lo significado de abuso evidente consultar GÓMEZ SEGADÉ, J. “Patentabilidad...”, op.cit., p. 82; VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, M. *Estudio sobre los requisitos de patentabilidad...*, op.cit., pp. 50-52.

oficialmente reconocidas⁶²¹; y, c) de los ensayos efectuados por el solicitante o por sus causantes, siempre que no impliquen en la explotación o un ofrecimiento comercial del invento⁶²².

2.3. Divulgaciones destructivas de la novedad

Como ya hemos señalado, las vías por las cuales una invención se vuelve accesible al público son la descripción oral o escrita, por su explotación o por cualquier otro medio de difusión o información, tanto en el país como en el extranjero. Sin embargo, es necesario subrayar que una simple mención del invento no hace que el mismo pierda la novedad. Es necesario para que se pierda la novedad que la publicación describa de forma detallada su ejecución y que, a partir de esta descripción, se pueda obtener el resultado industrial que se la atribuye.

Normalmente, a partir de una simple descripción oral en un discurso público, por ejemplo, si no fuera acompañada de una fotografía, será muy difícil que el receptor tenga condiciones de reproducir la invención. Por ello, hay que llevar en consideración las circunstancias del caso concreto porque para perder el carácter novedoso de la invención, es necesario que la descripción sea efectiva y que permita que otra persona llegue a los mismos resultados del inventor.

Por último, otra forma de perder la novedad es a través de la explotación, en el país o en el extranjero, antes de la concesión de los derechos de patente. La explotación comprende la fabricación, distribución, oferta e introducción del producto o procedimiento en el mercado. Debe tenerse presente de todos modos

⁶²¹ Sobre la exhibición del invento en exposiciones con relación al requisito de la novedad consultar BOTANA AGRA, M. "Exhibición en exposiciones y novedad de la invención. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 11 de marzo de 1988", en *Cuadernos de Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial*, nº. 7, CEFI, Barcelona, 1990, pp. 17-25; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "La protección jurídica de la tecnología...", *op.cit.*, pp. 44-46; VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, M. *Estudio sobre los requisitos de patentabilidad...*, *op.cit.*, pp. 53-54.

⁶²² Sobre los ensayos previos a la solicitud de una patente como destructora o no de la novedad consultar BOTANA AGRA, M. "Ensayos previos a la solicitud de Patente y novedad de la invención. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo Español (Sala Primera) de 13 de diciembre de 1979", en *Cuadernos de Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial*, CEFI, Barcelona, 1987, pp. 27-32; VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, M. *Estudio sobre los requisitos de patentabilidad...*, *op.cit.*, pp. 54-57.

que los ensayos y pruebas con reglas técnicas todavía no formuladas no destruyen la novedad de la creación intelectual⁶²³.

2.4. Novedad en el tiempo y en el espacio

Un objeto es considerado nuevo cuando ha sido inventado por primera vez. No obstante, nada impide que en el momento de materialización de una idea por un inventor – materialización fruto de su inteligencia, investigación y experiencia – otro sujeto con pequeña anterioridad o paralelamente y en otro lugar ya haya concebido esa misma invención. En esos casos quien solicite primero la patentabilidad de su invención tendrá el derecho de exclusiva⁶²⁴.

Es importante también evidenciar que la novedad de un objeto sólo es considerada por una vez. Si la invención deriva de otra invención no constituye necesariamente una *nueva* invención. La protección legal sólo brinda el derecho de exclusividad de explotación a una invención; la reproducción, aún de buena fe, carece del requisito de novedad.

Por último, como ya hemos adelantado, la novedad requerida por la ley no es una “novedad local”, y sí una *novedad de carácter universal*. Esto significa que una invención ya patentada en otro país, incluso aunque el inventor no tuviera conocimiento de la misma, impide la nueva patentabilidad.

2.5. La divulgación de los conocimientos tradicionales

Sobre los criterios exigidos para que una creación sea patentable y la posibilidad de aplicar el sistema de patentes a la protección de los CTs, el propio Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la OMPI, en el documento preparado por la Secretaria con el título “Proyecto de análisis de carencia en materia de protección de conocimientos tradicionales”, reconoce que existe una

⁶²³ MITELMAN, C. O. *Cuestione de Derecho Industrial...*, op.cit., p. 155.

⁶²⁴ La invención paralela está señalada en el art. 10.3 de la LP y ya fue analizada con anterioridad, en el epígrafe que trata de la titularidad.

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 deriva de conocimientos tradicionales o que se crean en el seno de un sistema de conocimientos tradicionales⁶²⁵.

La OMPI añade que no hay una posición única sobre si los CTs puedan haber sido objeto o no de divulgación pública; ambas posibilidades son aceptadas. Además, *“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”*⁶²⁶.

India y Perú se han pronunciado en el Consejo de los ADPIC en el sentido de que la concesión de patentes sobre los CTs que ya son de dominio público o sin el consentimiento de las comunidades indígenas y locales equivaldría a la apropiación indebida de dichos conocimientos. Además, han manifestado que esto sucede en particular cuando los países miembros del ADPIC no siguen las definiciones adecuadas de los criterios de patentabilidad o los procedimientos adecuados⁶²⁷.

Lo cierto, como ya se ha demostrado en este trabajo y es de todos sabido, es que ninguna invención puede ser patentada si no cumple el requisito de la novedad. Y es notorio también que los CTs son conocimientos que no satisfacen este estándar, por consistir en saberes, informaciones, experiencias y prácticas largamente conocidas, usadas y transmitidas de generación en generación. Por esto, la divulgación es uno más de los impedimentos a la hora de proteger los CTs vía sistema de patentes.

No obstante, es importante advertir que algunos miembros del ADPIC definen la novedad de una manera que no reconoce como destructiva de la

⁶²⁵ **OMPI.** Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “Proyectos de análisis de carencia en materia de protección de conocimientos tradicionales...”, *op.cit.*, p. 09.

⁶²⁶ **OMPI.** Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “Proyectos de análisis de carencia en materia de protección de conocimientos tradicionales...”, *op.cit.*, p. 10.

⁶²⁷ **OMC.** Doc. IP/C/W/370/Rev.1..., *op.cit.*

misma la información a disposición del público por conductos consuetudinarios o de tradición oral fuera de sus jurisdicciones nacionales⁶²⁸. Obviamente este comportamiento es benéfico para las grandes empresas de los países desarrollados que se benefician de los conocimientos producidos por comunidades tradicionales de países en desarrollo y los patentan como si fuesen suyos.

MASSAGUER, a su vez, argumenta que la divulgación relativa de los CTs no quita la posibilidad de que ellos puedan ser patentados puesto que lo decisivo en relación a la novedad de una invención no es el momento en el que se ha desarrollado el conocimiento, sino el momento en que se produjo su divulgación⁶²⁹. Su argumento se basa especialmente en la Ley peruana que establece que la divulgación entre las comunidades no afecta el requisito de la novedad⁶³⁰.

A pesar de que algunas leyes efectivamente reconocen que solamente la divulgación masiva de las informaciones relativas a los CTs afectan a la novedad, dos situaciones necesitan ser planteadas. Primero, la novedad exigida por la mayoría de los países no es la novedad relativa y sí la novedad absoluta o universal. Segundo, estas leyes se refieren a un régimen de protección a los CTs muy distinto al régimen de protección basados en los DPI. Hay que llevar en consideración aún las finalidades de la Ley. Especialmente la Ley de Perú, una de sus finalidades es evitar que se apoderen a los CTs con la justificativa de que

⁶²⁸ De acuerdo con la Ley de Patentes de los Estados Unidos, por ejemplo, sólo la información publicada de forma escrita en el propio país, o en cualquier otro país, no puede ser patentada. Es decir, si la información fuera utilizada públicamente, pero no documentada en un país extranjero, la novedad no está perdida y la creación puede ser patentada. CORREA, C. M. *Los conocimientos tradicionales y la Propiedad Intelectual. Cuestiones y opciones acerca de los conocimientos tradicionales*. Ginebra, Oficina Cuáquera ante las Naciones Unidas, 2001, p. 04. **OMPI**. Doc. SCP/12/3 Rev.2. "Informe sobre el sistema internacional de patentes", 3 de febrero de 2009, Anexo 2, p. 06. Disponible en <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/es/scp_15/scp_15_2-annex1.pdf>. Consultada el 21 de abril de 2011. Vid. también, **OMPI**. Doc. SPC/15/2. "Adenda al informe sobre el sistema internacional de patentes: revisión del anexo II del documento SCP/12/3 REV.2". Disponible en <www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/es/scp_15/scp_15_2_add.doc>. Consultada el 21 de abril de 2011.

⁶²⁹ MASSAGUER, J. "Algunos aspectos de la protección jurídica de los conocimientos tradicionales...", *op.cit.*, p. 215.

⁶³⁰ Según el art. 13 de la Ley peruana nº 27.811, "a efectos del presente régimen, se entenderá que un conocimiento colectivo se encuentra en el dominio público cuando haya sido accesible a personas ajenas a los pueblos indígenas, a través de medios de comunicación masiva, tales como publicaciones, o cuando se refiera a propiedades, usos o características de un recurso biológico que sean conocidos masivamente fuera del ámbito de los pueblos y comunidades indígenas...".

ellos se encuentren en el dominio público. Por ello, para que el CT sea considerado como parte del dominio público es necesario que *“haya sido **accesible a personas ajenas a los pueblos indígenas, a través de medios de comunicación masiva, tales como publicaciones, o cuando se refiera a propiedades, usos o características de un recurso biológico que sean conocidos masivamente fuera del ámbito de los pueblos y comunidades indígenas**”* (art. 13) (negritas nuestras). Es decir, no se puede coger los CTs que no haya sido masivamente conocido por el público en general y afirmar que estaba en el dominio público.

Debe tenerse presente de todos modos que con el argumento de que la novedad relativa de la invención es suficiente para que la misma sea patentada se han llevado a cabo concesiones de patentes de conocimientos ampliamente conocidos. Un ejemplo es el caso del gobierno de India que decidió protestar contra las diversas patentes relacionadas con el yoga (una ciencia milenaria que tiene origen en los antiguos “vedas”, los escritos que forman la base de la religión hindú, y que tienen fecha de 1.500 a.C.) emitidas por la Oficina de Marcas y Patentes de los Estados Unidos (USPTO)⁶³¹.

En el caso de que una patente sea concedida erróneamente, Estados Unidos y Suiza se defienden con el argumento de que el error se da cuando un CT es originado en un país concreto y no se conoce bien el estado anterior de la técnica, o bien que esa información no está documentada por escrito ni está accesible a las oficinas de patente en todo el mundo⁶³². Evidentemente, ésta es una realidad. Los CTs en su gran mayoría no son catalogados y pertenecen a poblaciones y comunidades específicas y no son conocidos, lo que dificulta la protección de esos conocimientos a través del sistema de patentes.

Obviamente en defensa de la protección de los CTs a través del sistema de patentes, Estados Unidos, Japón y la Comunidad Europea han informado que si una patente es concedida indebidamente, el sistema prevé recursos de revocación o anulación de la misma. Lo que pasa es que después que una

⁶³¹ “*Gobierno indiano quiere derribar patentes sobre Yoga en los EUA*”. Noticia publicada el 30 de mayo de 2007, en el Periódico *O Globo*. Disponible en <<http://g1.globo.com/noticias/mundo/0,,AA1551658-5602,00.html>>. Consultada el 06 de abril de 2011.

⁶³² **OMC**. Doc. IP/CW/370/Rev.1..., *op.cit.*

patente es concedida el procedimiento de oposición o un nuevo examen no es fácil. Es un proceso complicado y oneroso, especialmente para los países en desarrollo y para las comunidades tradicionales. Las experiencias de apropiación por medio de patentes de productos de uso tradicional como la ayahuasca, la margosa, la quinua, el neem, la maca, el cupuaçu, y la cúrcuma, por ejemplo, demuestran que la anulación de una patente es muy costosa económicamente y requiere mucho tiempo⁶³³. En los casos de la margosa y la cúrcuma las impugnaciones sólo fueron llevadas a cabo gracias a las firmes determinaciones de los gobiernos y de un consorcio de organizaciones no gubernamentales.

Como hemos señalado en el capítulo segundo, algunos países defienden que para evitar la concesión de patentes para materias que no deberían ser patentables, sería necesario el desarrollo de una base de datos sobre los CTs que ayudaría a los inspectores de patentes a descubrir el estado anterior de la técnica. Esto tampoco es un proceso simple: ¿quién asumirá el coste del mantenimiento de las bases de datos?⁶³⁴ Aunque funcionan como información, la base de datos no puede ser exhaustiva ya que pueden no contener los conocimientos preservados oralmente⁶³⁵ por las comunidades locales o los que están en constante evolución debido a innovaciones informales dentro de una determinada comunidad⁶³⁶. Aunque sean un instrumento importante en la preservación de los

⁶³³ Sobre la concesión de estas patentes ver WISER, G. "The ayahuasca patent case: indigenous people's stand against misappropriation", in LAIRD, S. A. (Org.). *Biodiversity and traditional knowledge: equitable partnerships in practice*. London, Earthscan Publication Ltda., WWF, UNESCO, Royal Botanic Gardens Key, 2000, pp. 182-183; BRAHY, N. *The property regime of biodiversity...*, *op.cit.*, p. 331; WANDSCHEER, C. B. *Patentes & conhecimento tradicional...*, *op.cit.*, p. 66 y ss.; ETC GROUP – Grupo de Acción sobre Erosión, Tecnología y Concentración. "Campesinos y pueblos indígenas del Perú denuncian patentes sobre maca: un extracto de una raíz andina, patentado por sus propiedades como 'Viagra natural'". Genotipo, 3 de julio de 2002. Disponible en <http://www.etcgroup.org/upload/publication/193/01/genotipo_maca_julio.pdf>. Consultada el 29 de marzo de 2011.; Grupo de Trabalho Amazônico. "Cupuaçu: Asahi Foods busca neutralizar campanha". Disponible en <<http://www.midiaindependente.org/pt/blue/2003/08/260815.shtml>>. Consultada el 06 de abril de 2011; MELO, E. "Estrangeiros registram patentes sobre produtos da Amazônia", *A Gazeta*, Rio Branco/Acre, 27 de dezembro 2002. Disponible en <<http://www.abfit.org.br/noticias.shtml#009>>. Consultada el 29 de marzo de 2011; DUTFIELD, G. "Repartindo benefícios da biodiversidade: qual o papel do Sistema de Patentes?", en PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Orgs.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte, Del Rey, 2004, (Coleção Direito Ambiental), pp. 57-108, p. 73.

⁶³⁴ Cuestión levantada por Venezuela. **OMC**. Doc. IP/C/W/370/Rev.1..., *op.cit.*

⁶³⁵ BRAHY, N. *The property regime of biodiversity...*, *op.cit.*, p. 331.

⁶³⁶ Preocupación levantada por Brasil, Bolivia, India, Grupo Africano y otros. **OMC**. Doc. IP/C/W/370/Rev.1..., *op.cit.*

CTs, las bases de datos no podrían resolver el problema de los titulares legítimos de los CTs que no reciben los beneficios económicos dimanantes de la utilización de sus conocimientos⁶³⁷.

Lo cierto, a fin de asegurar que los CTs no se incluyan de forma errónea en las reivindicaciones de patente, el concepto de novedad prevista en el Acuerdo sobre los ADPIC debe ser interpretado para incluir publicación, escrita u oral, y utilización previas en cualquier parte del mundo, en caso contrario se están “burlando” las disposiciones del Acuerdo.

Igualmente, las oficinas de concesión de patentes deberían establecer obligaciones, directrices o recomendaciones mucho más rigurosas a los sistemas de búsqueda de información pertinente a los CTs para evaluar la novedad y la actividad inventiva, a fin de impedir que la “sabiduría tradicional” sea patentada como creación de personas (naturales o jurídicas) ajenos a las comunidades tradicionales y que no cuentan con su consentimiento.

Asimismo, también hay que advertir que los CTs en la mayoría de las ocasiones son exactamente esto: conocimientos tradicionales y no una invención. Lo que ha pasado y que ha sido patentado hasta el momento viene de un laboratorio o empresa occidental o del Norte, que cogen el CT, una planta, por ejemplo, e identifican su ADN o identifican en el nivel molecular y patentan en otro marco de referencia tecnológica, que no tradicional, llamándolo novedad⁶³⁸. Es decir, nunca patentarán un CT. El CT sirve de base para que, como consecuencia, se haga una pequeña modificación, la cual puede ser patentada.

Es decir, un extracto o una mezcla de extracto de plantas o animales, del que una comunidad tradicional conoce sus características benéficas, no puede ser patentado por no ser novedad. El hecho de ser el primero en explicar la eficacia de un extracto por medio de algún test, y describir el modo de acción en el lenguaje químico, o incluso simplemente hacer una modesta modificación en la mezcla, parece suficiente, en algunas jurisdicciones, para merecer el premio de una patente⁶³⁹.

⁶³⁷ Preocupación levantada por Brasil, Bolivia, India, Grupo Africano y otros. **OMC**. Doc. IP/C/W/370/Rev.1..., *op.cit.*

⁶³⁸ SHIVA, V. “As negociações internacionais sobre a imposição de Patentes...”, *op.cit.*, p. 12.

⁶³⁹ Además, este autor añade que es muy común que las “*patentes no hagan referencia alguna a los conocimientos tradicionales relevantes o simplemente los mencionen superficialmente como si*”

De forma resumida ocurre lo siguiente: con base en un CT se llega a un producto. Este producto, que aparentemente es novedoso, es patentado y los poseedores de los CTs quedan sin ninguna remuneración por la utilización de sus conocimientos y el debido reparto de los beneficios; punto que también vamos a abordar más adelante. El sistema de patentes, por su parte, protege el conocimiento del ‘inventor’, no el de la comunidad.

Por ello, el sistema de patentes perjudica el modo en que se producen y se utilizan los CTs. No es posible utilizar para proteger los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades locales e indígenas los mismos mecanismos que protegen las creaciones en los países industrializados, bajo pena de destruir el sistema que los produce y matar lo que se quería conservar⁶⁴⁰. Como ya hicimos referencia en el capítulo primero, lo que es “tradicional” en los CTs no es su antigüedad, sino el modo en que es creado y utilizado, pues muchos de esos conocimientos son de hecho nuevos.

3. La actividad inventiva exigida por el sistema de patentes y las creaciones tradicionales

3.1. Noción de actividad inventiva

El requisito de novedad, a pesar de condición necesaria, no es suficiente para la concesión de una patente. Más allá de este requisito es necesario que la invención sea fruto de una actividad inventiva⁶⁴¹.

fuera de poca importancia”. DUTFIELD, G. “Repartiendo beneficios da biodiversidade...”, *op.cit.*, p. 77.

⁶⁴⁰ SANTILLI, J. “Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados...”, *op.cit.*, p. 58; CUNHA, M. C.; ALMEIDA, M. B. (Org.). *Enciclopédia da Floresta. O Alto Juruá: práticas e conhecimentos das populações*. São Paulo, Companhia das Letras, 2002, pp. 11-30.

⁶⁴¹ “En la expresión actividad inventiva la palabra actividad es empleada con un contenido cualitativo y no con un contenido cuantitativo. Lo que cuenta no es la cantidad de esfuerzos del inventor, sino su acierto en explorar nuevos campos de la técnica, abrir caminos y encontrar soluciones”. CURELL SUÑOL, M.Lí. Conceptos jurídicos indeterminados en el ámbito de la Propiedad Industrial (actividad inventiva. Suficiencia de descripción. Equivalencia de medios. Carácter singular. Diligencia requerida)”, en *Estudios sobre Propiedad Industrial e Intelectual y*

La actividad inventiva es pieza clave dentro del derecho de patente⁶⁴², su valoración también es un tanto compleja⁶⁴³, y tiene como objetivo general impedir que se puedan patentar aquellos inventos que carecen de un grado de esfuerzo, mérito creativo, o que puedan deducirse fácilmente del conjunto de conocimientos técnicos existentes en el área de la tecnología en la cual dicho invento pretende incorporarse. O sea, en definitiva, la invención no puede ser obvia, ha de haber realmente un proceso intelectual que merezca recompensa⁶⁴⁴.

El art. 56 del CPE establece que “*se considera que una invención entraña una actividad inventiva si aquella no resulta del estado de la técnica de una manera evidente para un experto en la materia...*”. Esta definición fue incluida en la mayoría de las legislaciones de los Estados miembros de este Convenio. La Ley de Patente de España, por ejemplo, establece este mismo significado para el requisito de actividad inventiva⁶⁴⁵. Asimismo países como Brasil y Argentina prácticamente establecen este mismo significado en sus leyes de patentes⁶⁴⁶.

Considérese, pues, que una invención implica una actividad inventiva cuando no resulta comprendida en el estado de la técnica de una manera evidente⁶⁴⁷ para un experto en la materia. En otros términos, de la legislación

Derecho de la Competencia. Colección de trabajos en homenaje a Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano. Barcelona, Grupo Español de la AIPPI, 2005, p. 324.

⁶⁴² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Los requisitos positivos de patentabilidad...*, *op.cit.*, p. 25.

⁶⁴³ Para FERNÁNDEZ-NOVOA, “*la prueba de que una invención implica una actividad inventiva es sumamente compleja*”. FERNÁNDEZ-NOVOA, C. “Los indicios objetivos de la existencia de actividad inventiva”, en *Cuadernos de Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial*, nº. 8, Barcelona, CEFI, 1991, p. 12.

⁶⁴⁴ GÓMEZ SEGADE, J. A. “El nuevo Derecho de Patentes...”, *op.cit.*, p. 447; IDEM, “Patentabilidad...”, *op.cit.*, p. 85; BOTANA AGRA, M.; HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, F.; GARCÍA VIDAL, A. *Lecciones de Derecho Mercantil I...*, *op.cit.*, p. 150. Para los indicios objetivos de la existencia de actividad inventiva ver CURELL SUÑOL, M.Lí. “Conceptos jurídicos indeterminados en el ámbito de la Propiedad Industrial...”, *op.cit.*, pp. 325-326.

⁶⁴⁵ De acuerdo con el art. 8.1 de la LP, “*se considera que una invención implica una actividad inventiva si aquélla no resulta del estado de la técnica de una manera evidente para un experto en la materia*”.

⁶⁴⁶ De acuerdo con el art. 4 de la Ley de Argentina nº 24.481, habrá “*actividad inventiva cuando el proceso creativo o sus resultados no se deduzcan del estado de la técnica en forma evidente para una persona normalmente versada en la materia técnica correspondiente*”. La Ley Brasileña de Propiedad Industrial, por su parte, establece en su art. 13 que “*la invención es dotada de actividad inventiva siempre que, para un experto en la materia, no derive de manera evidente y obvia del estado de la técnica*”.

⁶⁴⁷ En este contexto en término “evidente” no significa simplemente aquello que salta a la vista de manera directa y clara. Lo “evidente” en materia de actividad inventiva significa aquello que está al

actual se desprenden las siguientes condiciones para la concurrencia de la actividad inventiva: a) no resulta del estado de la técnica; b) de una manera evidente; y, c) para el experto en la materia.

A título comparativo, cabe poner de relieve que al igual que la novedad, la actividad inventiva precisa de ser comparada también con el estado de la técnica⁶⁴⁸, pero, en este supuesto, lo que se persigue, más allá de comparar con lo que ya existe, es comprobar si la magnitud de la novedad resulta suficiente para que merezca ser objeto de protección o impedir también que aquello que aunque no conocido resulte obvio o pueda resultar deducido por cualquier experto medio con conocimientos en el sector concreto de la técnica donde opera la invención⁶⁴⁹.

El estado de la técnica, como ya hemos analizado en este trabajo, está integrado por todo lo que existía antes de la fecha de solicitud de la patente o de la prioridad que se ha hecho accesible al público en el país o en el extranjero por una descripción escrita u oral, por una utilización o por cualquier otro medio⁶⁵⁰.

alcance de cualquier experto medio y que, por tanto, cabe esperar del mismo. GÓMEZ SEGADE, J. "Patentabilidad...", *op.cit.*, p. 86. En el mismo sentido BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "Novedad y actividad...", *op.cit.*, pp. 129-141, p. 140. BOTANA AGRA, M. "Invenciones patentables...", *op.cit.*, p. 127.

⁶⁴⁸ La novedad y la actividad inventiva son requisitos comparativos "porque sólo pueden establecerse realizando una comparación, la comparación entre el objeto de la solicitud de patente y lo que ya era conocido con anterioridad". BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "Novedad y actividad inventiva...", *op.cit.*, p. 13. En el mismo sentido, IDEM; *Apuntes de Derecho Mercantil...*, *op.cit.*, p. 420; MACÍAS MARTÍN, J. "Nociones sobre el Convenio de la Patente Europea...", *op.cit.*, p. 210; COUTO GONÇALVES, L. M. *Manual de Direito Industrial...*, *op.cit.*, 86.

⁶⁴⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO llama la atención sobre el hecho de que la comparación entre la invención y el estado de la técnica a efectos de la actividad inventiva no debe ser hecha, como en la novedad, "comparando individualmente los distintos conocimientos y regla técnicas con la invención que se pretende patentar; sino considerando todos los conocimientos y reglas técnicas que están incluidos dentro del estado de la técnica y teniendo en consideración la capacidad de relacionarlos que tiene un técnico normal en la materia". BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Apuntes de Derecho Mercantil...*, *op.cit.*, pp. 422-423. IDEM; "Novedad y actividad inventiva...", p. 140; GÓMEZ SEGADE, J. "Patentabilidad...", *op.cit.*, p. 87; BOTANA AGRA, M. "Invenciones patentables...", *op.cit.*, p. 125; COSTA SANSALONI, J. *Innovación y Propiedad Industrial...*, *op.cit.*, p. 60.

⁶⁵⁰ DURÁN MOYA, L-A. "La actividad inventiva como requisito de patentabilidad: criterios interpretativos para valorar su existencia en Patentes españolas y europeas", en *Estudios sobre Derecho Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia en homenaje a Hermenegildo Baylos Corroza. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 1992, pp. 265-285, p. 270. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, advierte aún que "no hay que probar que efectivamente fuera más o menos conocida la regla técnica antes de la fecha de prioridad. Basta considerar que antes de esa fecha su conocimiento había sido accesible al público, para que se considere que ese conocimiento era ya parte del estado de la técnica y por tanto susceptible de destruir la novedad y la actividad inventiva requeridas para la patentabilidad de

En cuanto al experto en la técnica, se trata de una figura ficticia que debe pertenecer al ámbito de la técnica a la que se refiere el invento que pretende ser patentado. Se trata de una persona cuyo nivel de conocimientos es superior al del público en general, con una formación y aptitudes que no exceden de lo que puede esperarse de una persona debidamente calificada de conocimientos medios en la materia pertinente, figurando también entre sus habilidades la de concebir el lógico desenvolvimiento de las anterioridades⁶⁵¹.

Así que el experto debe ser una persona con educación media⁶⁵², en la materia sobre la cual trata la invención⁶⁵³, poseedor de unos conocimientos, cualidades y perjuicios medios, estando sus conocimientos limitados al sector pertinente⁶⁵⁴. En otras palabras, el experto tiene un conocimiento general, fruto de una práctica normal en el sector correspondiente a la invención en la fecha en que esta se produce.

También se ha entendido que si en la invención concurren varias técnicas, el experto en la materia también puede ser un equipo de diversos especialistas⁶⁵⁵ de preparación media en el sector de actividad de que se trate, quedando excluidos los genios⁶⁵⁶.

las invenciones". BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Apuntes de Derecho Mercantil...*, *op.cit.*, pp. 421-422.

⁶⁵¹ SALVADOR JOVANÍ, C. *El ámbito de protección de la Patente...*, *op.cit.*, p. 227. En el mismo sentido, MITELMAN, C. O. *Cuestione de Derecho Industrial...*, *op.cit.*, p. 168. Para profundizar sobre las características del experto en la materia ver CURELL SUÑOL, M.LÍ. "Conceptos jurídicos indeterminados en el ámbito de la Propiedad Industrial...", *op.cit.*, pp. 324-325.

⁶⁵² El experto medio en la materia es una figura ficticia creada por el Derecho que intervienen en los procedimientos de patentes y reciben la denominación de "peritos" y poseen las funciones de: determinar la existencia de "actividad inventiva" en la invención que se pretende patentar, determinar la suficiencia de la descripción, y determinar la extensión de la protección conferida por la patente. SALVADOR JOVANÍ, C. *El ámbito de protección de la patente...*, *op.cit.*, pp. 227-228. Sobre un estudio profundizado sobre el concepto de "experto medio" ver CURELL SUÑOL, M.LÍ; CURELL ÁGUILA, M.LÍ. "La tecnología y el Derecho...", *op.cit.*, p. 179 y ss.

⁶⁵³ VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, M. *Estudio sobre los requisitos de patentabilidad...*, *op.cit.*, p. 68.

⁶⁵⁴ DURÁN MOYA, L-A. "La actividad inventiva...", *op.cit.*, p. 272; VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, M. *Estudio sobre los requisitos de patentabilidad...*, *op.cit.*, p. 68; BOTANA AGRA, M. "Invenciones patentables...", *op.cit.*, p. 126.

⁶⁵⁵ CURELL SUÑOL, M.LÍ; CURELL ÁGUILA, M.LÍ. "La tecnología y el derecho...", *op.cit.*, p. 188.

⁶⁵⁶ "Si se atribuyen unos conocimientos y capacidades muy elevados al experto en la materia, será muy fácil cumplir el requisito de suficiencia de la descripción, pero muy difícil recabar el requisito de actividad inventiva; por el contrario, si se atribuyen unos conocimientos mínimos, será fácil cumplir el requisito de actividad inventiva, pero difícil conseguir la suficiencia de la descripción.

Con relación a la materia, es importante no confundir mérito inventivo con novedad, dado que una invención puede ser novedosa, pero su obtención implica una derivación evidente de algo que ya es conocido⁶⁵⁷.

La diferencia entre actividad inventiva y novedad debe ser de carácter cuantitativo y cualitativo. La actividad inventiva se diferencia cualitativamente porque exige un “plus” a la novedad; es decir, exige un salto cualitativo en la elaboración de una regla técnica. La actividad inventiva implica también que el objeto reivindicado debe ser comparado con el conjunto de antecedentes incorporados al estado de la técnica, sean escritos u orales o vengán establecidos por una utilización anterior o por cualquier otro medio⁶⁵⁸. Pero, la exigencia del requisito de actividad inventiva es mayor que el de la simple novedad, una vez que el estado de la técnica no lo constituye un solo antecedente aisladamente considerado, sino todo lo que esté incorporado a él, considerado en su conjunto.

Por fin, la actividad inventiva es predicable respecto a una invención no obvia o evidente. Lo evidente no puede ser considerado en abstracto, sino en relación con aquello que lo sea para un experto en la materia. Lo obvio es lo que no agrega nada al estado de la técnica. Así, es importante tener en cuenta en la actividad inventiva que el nuevo objeto reivindicado no resulte de una manera

Dada la situación opuesta que produce la capacidad propia del experto en la materia en estos dos requisitos, parece que la mejor solución es un punto intermedio, de modo que al experto se le atribuyan unos conocimientos medios en la materia”. SALVADOR JOVANÍ, C. El ámbito de protección de la Patente..., op.cit., p. 235. En el mismo sentido GUIX CASTELLVÍ, V. Patentes de invención..., op.cit., p. 17.

⁶⁵⁷ “Nuevo es lo que no está en el estado de la técnica, y tiene actividad inventiva aquello que no resulta de forma evidente para un experto en la materia de las anterioridades en el estado de la técnica”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *La nueva ley de patentes...*, op.cit., p. 46. VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES señala que “mientras la novedad se presenta como un paso previo a determinar la actividad inventiva, que sólo se valorará una vez superada la primera, en virtud del análisis de aquella última se enjuiciará de forma más restrictiva el mérito de la invención para ser considerada como tal”. VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, M. *Estudio sobre los requisitos de patentabilidad...*, op.cit., p. 65.

⁶⁵⁸ “Cuantitativo, porque la apreciación o no del requisito objetivo de novedad estará sólo en función del resultado del examen comparativo entre el objeto reivindicado en la patente de invención de que se trate, con un determinado antecedente incorporado al estado de la técnica; a diferencia de la actividad inventiva que ha de examinarse con respecto al conjunto de antecedentes que forman el estado de la técnica”. GUIX CASTELLVÍ, V. *Patentes de invención...*, op.cit., p. 16.

“evidente”⁶⁵⁹ del estado de la técnica y que tal evidencia no lo sea “para un experto en la materia”⁶⁶⁰.

3.2. La actividad inventiva en relación con las creaciones intelectuales tradicionales

En este punto cabe subrayar que no todas las creaciones intelectuales de las comunidades tradicionales tienen actividad inventiva en el sentido exigido por el sistema de patentes. Como ya hemos expuesto, la evaluación de la actividad inventiva suele depender de lo que parece obvio a un “experto en la materia”. Si la invención objeto de la solicitud de una patente es basada en un CT o es en cierta medida un híbrido, o sea, inspirada en parte en un CT y en parte en una disciplina científica y tecnológica, cabe preguntarse como el experto en la materia evaluaría el invento en lo que refiérase a la prueba de no evidencia si sólo la comunidad que ha creado y desarrollado el conocimiento es capaz de interpretar o practicar la técnica correspondiente a dicho conocimiento.

Pese a que sean creaciones, por su propia naturaleza, los CTs son sumamente diversos y con frecuencia son parte integrante de la vida, las normas, las costumbres y la cultura de las comunidades que los elaboran y mantienen. Por tanto, en su gran mayoría, son conocimientos, innovaciones y prácticas que no se encuadran en el concepto de actividad inventiva. Además, muchos de los CTs son descubrimientos, es decir, son conocimientos teóricos de la realidad que se han desarrollados a lo largo de los siglos, por medio de prueba y error, que interesa directamente al desarrollo de la comunidad.

Asimismo, cuando una comunidad o individuo que forma parte de esa comunidad crea o desarrolla un conocimiento, una innovación o una práctica

⁶⁵⁹ El término evidente acepta múltiples interpretaciones en función del experto, por eso cuanto se trata de actividad inventiva, “*el término evidente significa lo que no supera el progreso normal de la tecnología, sino que simplemente se deduce clara o lógicamente del estado de la técnica*”. COSTA SANSALONI, J. *Innovación y Propiedad Industrial...*, *op.cit.*, p. 62.

⁶⁶⁰ “*Para determinar la existencia de la ‘actividad inventiva’ resulta necesario conocer la situación del estado de la técnica específicamente en la ‘materia’ de que se trata la invención, para compararla con los conocimientos y capacidad del experto medio, quien se presume al tanto de las técnicas, medios, etc., empleados en lo que constituye su campo profesional*”. MITELMAN, C. O. *Cuestione de Derecho Industrial...*, *op.cit.*, p. 164. En el mismo sentido BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “*Novedad y actividad inventiva...*”, *op.cit.*, pp. 140-141.

tradicional no está preocupado en que sea una invención, que no sea obvia, que no ya haya sido creada o pensada por alguien en otra comunidad u otra localidad, y que merezca, por lo tanto, una recompensa económica. Lo que se persigue, como ya afirmamos, en el desarrollo de los conocimientos, innovaciones y práctica tradicionales es atender a una necesidad inmediata de los individuos miembros de la comunidad, es solucionar problemas prácticos a diario; es decir, el motor de las creaciones tradicionales son las necesidades diarias. Así que la exigencia de que el objeto a ser patentado sea una invención que sobresale a tal punto de transformar técnicamente la realidad y que merezca ser patentado para que su creador tenga un retorno económico, es otra imposibilidad para proteger los CTs vía el sistema de patentes.

4. La aplicación industrial de las invenciones patentadas y el conocimiento tradicional

4.1. Noción del significado de aplicación industrial

Para algunos, la aplicación industrial es el requisito más importante para la concesión de una patente⁶⁶¹. Con él se pretende garantizar la efectividad de uno de los objetivos de la patente que es el estímulo para la investigación y el desarrollo de la industria y de la tecnología⁶⁶².

Diferentes leyes han definido lo que se denomina “aplicación industrial” del invento. Para entender primero lo que se entiende por industria, el CUP en su art. 1.3 declara que *“la propiedad industrial se entiende en su acepción más amplia y se aplica no sólo a la industria y al comercio propiamente dichos, sino también al dominio de las industrias agrícolas y extractivas y a todos los productos*

⁶⁶¹ Por esto no son patentables ni los descubrimientos científicos, ni las invenciones que no tengan carácter industrial. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “¿Qué es patentable?..”, *op.cit.*, p. 02.

⁶⁶² GÓMEZ SEGADÉ, J. “Patentabilidad...”, *op.cit.*, p. 89; VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, M. *Estudio sobre los requisitos de patentabilidad...*, *op.cit.*, p. 88 y ss.

fabricados o naturales, por ejemplo: vinos, granos, hojas de tabaco, frutos, animales, minerales, aguas minerales, cervezas, flores, harinas”.

El art. 57 del CPE, por su parte, establece que se considera que una invención es susceptible de aplicación industrial cuando su objeto puede ser fabricado o utilizado en cualquier clase de industria, incluida la agrícola⁶⁶³.

Con relación a las legislaciones nacionales lo que se puede observar es que la mayoría de las leyes aceptan un concepto amplio de industria⁶⁶⁴, comprensivo de cualquier actividad, incluso la prestación de servicio⁶⁶⁵. Por supuesto que con las modernas y sofisticadas creaciones actuales, prácticamente no hay ninguna invención que no sea de aplicación industrial. Así, toda invención destinada al campo del trabajo productivo que tienda a satisfacer las necesidades del bienestar general, pertenece al género de la industria⁶⁶⁶.

Este requisito no presenta grandes problemas si se tiene en cuenta que las invenciones conllevan soluciones a problemas técnicos que se presentan en la esfera industrial, extendida por la ley, como se ha dicho, a las actividades agrícolas y a la prestación de servicio.

En definitiva, por resultado industrial debe entenderse la posibilidad de explotación técnica del invento. En otras palabras, la invención debe ser realizable en la práctica y utilizable. En la descripción del invento debe demostrar la utilidad específica de su invento e indicarse la forma en que hay que operar la invención

⁶⁶³ MACÍAS MARTÍN, J. “Nociones sobre el Convenio de la Patente Europea...”, *op.cit.*, p. 213.

⁶⁶⁴ A título de ejemplo podemos citar el art. 9 de la LP que, reproduciendo el mismo contenido del CPE, señala que “*se considera que una invención es susceptible de aplicación industrial cuando su objeto puede ser fabricado o utilizado en cualquier clase de industria, incluida la agrícola*”. El artículo 4 e) de la Ley de Argentina Patentes de Invención y Modelos de Utilidad, reproduciendo también prácticamente el mismo, señala que “*habrá aplicación industrial cuando el objeto de la invención conduzca a la obtención de un resultado o de un producto industrial, entendiendo al término industria como comprensivo de la agricultura, la industria forestal, la ganadería, la pesca, la minería, las industrias de transformación propiamente dichas y los servicios*”. En la misma dirección la Ley de Propiedad Industrial de Brasil en su art. 15 señala que “*la invención y el modelo de utilidad son considerados susceptibles de aplicación industrial cuando puedan ser utilizados o producidos en cualquier tipo de industria*”.

⁶⁶⁵ GÓMEZ SEGADE, J. “Patentabilidad...”, *op.cit.*, p. 90.

⁶⁶⁶ GÓMEZ SEGADE, J. *La Ley de Patentes...*, *op.cit.*, p. 65; SÁNCHEZ CALERO, F.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de Derecho Mercantil...*, *op.cit.*, p. 215; PÉREZ DE LA CRUZ, A. “La Propiedad Industrial...”, *op.cit.*, p. 435; COSTA SANSALONI, J. *Innovación y Propiedad Industrial...*, *op.cit.*, p. 63; MACÍAS MARTÍN, J. “Nociones sobre el Convenio de la Patente Europea...”, *op.cit.*, p. 213.

para conseguir un resultado concreto y útil⁶⁶⁷. Y se cumplirá este requisito si un experto de calificación normal en la materia, a la que se refiere la invención, llevando a cabo las operaciones descritas en ella, obtiene el resultado también previsto, o sea un resultado industrial⁶⁶⁸.

4.2. La no aplicación industrial directa de los conocimientos tradicionales

Otro punto de tensión entre los tipos de conocimientos protegidos por el sistema de patentes y los CTs es la previsión de patentar solamente los conocimientos susceptibles de aplicación industrial.

Pese a que el ADPIC adopte el principio de la “patentabilidad absoluta” de “todo tipo de invención”, “producto” o “proceso”, “en todos los campos de la tecnología”, uno de los requisitos exigidos para que una invención sea patentada, como ya hicimos referencia, es su aplicación industrial. Los CTs, aunque puedan ser utilizados para desarrollar productos o procesos que tengan aplicación industrial, en su gran mayoría, no tienen aplicación industrial directa.

Los CTs presentan una lógica diversa de la lógica del interés económico del sistema de patentes. La lógica de la protección del sistema de patentes que mira al mercado y a la producción de bienes de consumo no converge con la lógica aplicada en las comunidades tradicionales en el desarrollo y en el uso de sus conocimientos. En cuanto a la relación del sistema de patentes con la finalidad económica y de comercialización es grande, los CTs son aplicados directamente en la vida de las comunidades a partir de nuevas esferas de significación que no están restringidas al ámbito económico y de acumulación de capital.

No hay, pues, reconocimiento de protección vía el derecho de patente de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales en cuanto a los

⁶⁶⁷ “Una invención industrial es una regla en la que se indica la forma en que hay que operar con determinadas materias o fuerzas de la naturaleza para conseguir un resultado concreto y útil, es decir que sirva para satisfacer alguna necesidad humana. En sentido similar se dice también que la invención industrial ha de indicar los medios para la obtención, elaboración o transformación de materias primas y de productos intermedios o semielaborados”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “La protección jurídica de la tecnología...”, *op.cit.*, p. 39. En el mismo sentido, IDEM, *Apuntes de Derecho Mercantil...*, *op.cit.*, p. 419.

⁶⁶⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “La protección jurídica de la tecnología...”, *op.cit.*, p. 40.

productos o procesos creados con intención de satisfacer una necesidad. Si no fueran aplicables industrialmente, y si esos CTs tuviesen una utilización solamente de valoración social de la comunidad que los ha creado, los derechos referentes a tales conocimientos no serían reconocidos dentro del sistema de patentes desarrollado por el ADIPC⁶⁶⁹.

Un sistema de protección de los CTs debe, en el decir de SHIVA, asentarse en la biodemocracia, que es la convicción de que todo conocimiento y sistema de producción que utiliza organismos biológicos son igualmente válidos⁶⁷⁰. Así, la inadecuación del sistema de patentes para la protección de los CTs se da también en la medida en que aquel no reconoce el valor intrínseco de todos los CTs, valorando solamente aquellos conocimientos capaces de retorno económico financiero.

5. La descripción de la invención en la solicitud de patente y los conocimientos tradicionales

La solicitud de patente no es simplemente un documento, sino un acto a través del cual se inicia un procedimiento de concesión que puede conducir a la obtención de la patente⁶⁷¹. Una vez presentada la solicitud, la Oficina de Propiedad Intelectual procederá el examen con el fin de verificar la concurrencia de dos elementos: los requisitos de patentabilidad que establece la Ley, que analizamos previamente en los epígrafes anteriores; y el examen de las formalidades.

⁶⁶⁹ “Según el art. 27.1, para ser patentable, una innovación debe tener potencialmente una aplicación industrial. Esto inmediatamente excluye todos los sectores que producen e innovan fuera del mundo de organización industrial. La ganancia y la acumulación de capital son los únicos fines de la creatividad; el bien social no es más reconocido. Bajo el control de las corporaciones, ocurre la ‘desindustrialización’ de las producciones en pequeña escala en los sectores informales de la sociedad”. SHIVA, V. “As negociações internacionais sobre a imposição de patentes...”, *op.cit.*, p. 32.

⁶⁷⁰ SHIVA, V. “As negociações internacionais sobre a imposição de patentes...”, *op.cit.*, p. 108.

⁶⁷¹ LIOBREGAT HURTADO, M. L. *Temas de Propiedad Industrial*. Madrid, La Ley, 2007, p. 360.

En cuanto al examen de las formalidades la Ley exige una serie de elementos que debe ser comprobado por el solicitante. Entre estos elementos cabe destacar la necesidad de descripción de la invención. De acuerdo con el art. 83 del CPE, que es prácticamente reproducido por la LP en su art. 25, en la solicitud de la patente europea, el autor debe hacer una clara y completa descripción de la invención de forma que un experto en la materia pueda aplicarla.

Por ello, la descripción asume importante papel en la medida que el solicitante debe, en el momento de la solicitud, concretar el objeto para el cual solicita protección⁶⁷². Esta importancia se concretiza por dos motivos⁶⁷³: primero, porque la solicitud de patente es la vía por la cual los círculos interesados pueden recibir informaciones suficientes y completas acerca de las reglas técnicas que constituyen la invención; segundo, es la descripción la que fija el ámbito de protección del derecho de patente; este último será analizado posteriormente.

La necesidad de una completa y detallada descripción de todo el concepto tecnológico de que se trate la invención es importante sobre todo porque si la descripción sólo abarca ciertos aspectos de ese concepto, será menos eficaz impedir reivindicaciones de patente posteriores relativas a otros aspectos del concepto tecnológico.

Así que, el inventor al solicitar la protección mediante patente de su invención, debe describirla de forma detallada que permita la ejecución de la misma por parte de los terceros expertos en la materia a que se refiere la invención y para que quede claro el alcance de la protección que solicita⁶⁷⁴. Por

⁶⁷² Sobre la importancia de la descripción en el sistema de patentes consultar FERNÁNDEZ-NOVOA, C. "La descripción de la invención patentada", en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea*. Estudios en homenaje a Jose Giron Tena. Madrid, Editorial Civitas, 1991, p. 383 y ss.; SEGURA CÁMARA, P. "Directrices para la determinación del alcance de la protección de las Patentes y los Modelos de Utilidad en España", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXII, 2001-2002, pp. 455 y ss.; SALVADOR JOVANÍ, C. *El ámbito de protección de la patente...*, *op.cit.*, p. 51.

⁶⁷³ FERNÁNDEZ-NOVOA, C.; GOMEZ SEGADE, J. A. *La modernización del Derecho español...*, *op.cit.*, pp. 139-140.

⁶⁷⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Apuntes de Derecho Mercantil...*, *op.cit.*, p. 426. Según SALVADOR JOVANÍ, "la función principal de la descripción consiste en el enriquecimiento de la técnica y en servir de base para que el experto pueda reproducir la invención, y por tanto, en ella se introducen elementos ya conocidos junto con la invención propiamente dicha". SALVADOR JOVANÍ, C. *El ámbito de protección de la patente...*, *op.cit.*, p. 51. Aunque ya hicimos referencia a este punto, hay que señalar que el experto en la materia, al que hace referencia la Ley, debe ser medio, en una perspectiva modesta, con conocimientos normales, cuya posesión cabe presumir razonablemente. FERNÁNDEZ-NOVOA, C. "La descripción de la invención...", *op.cit.*, p. 385.

esto, la descripción ha de ser suficientemente clara para la ejecución de la invención, por parte del experto medio en la materia, sin necesidad de efectuar ajustes o modificaciones razonables con el objeto de adaptar la invención a un fin determinado⁶⁷⁵.

Con relación a los CTs esta exigencia plantea un problema más a la hora de protegerlos por vía del sistema de patentes. La exigencia de que el invento debe estar lo suficientemente detallado y comprensible como para “permitir” que un experto en la materia pueda reproducir la invención sin problemas y evaluar la actividad inventiva o la no evidencia del mismo es particularmente complicado cuando se trata de creaciones tradicionales, ya que no es siempre posible la descripción de las invenciones tradicionales desde el punto de vista científico sin la ayuda de expertos en la materia. Las comunidades tradicionales al crear sus invenciones no saben con certeza en que sector de la técnica se puede utilizar y mucho menos cómo describirla con todos los detalles que exige la Ley.

Además, el carácter cultural de los CTs no permite que puedan ser medidos y descritos en todos en sus ámbitos. Se trata de muchas prácticas cualitativas de alto contenido simbólico que no pueden ser directamente observables (por ejemplo la concepción del cosmos, de los fenómenos naturales, de las plantas, etc.) que solamente pueden ser percibidos e interpretados a través de lo que dicen, piensan o sienten los distintos miembros de las comunidades. Por ello, esta limitación está relacionada principalmente con la mezcla de valores presentes en los CTs y con el diseño de un sistema de patentes basado en los criterios occidentales y en el método científico.

⁶⁷⁵ FERNÁNDEZ-NOVOA, C.; GOMEZ SEGADE, J. A. *La modernización del Derecho español...*, *op.cit.*, p. 143.

V. EXCEPCIONES A LA PATENTABILIDAD Y SU RELACIÓN CON LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

1. Excepciones a la patentabilidad

Como principio fundamental, cabe mencionar que, en general, cualquier invención que reúna los tres requisitos fundamentales de patentabilidad: novedad, actividad inventiva y aplicación industrial, debería poder ser merecedora de obtener los privilegios que una patente concede. No obstante, los convenios y tratados internacionales, así como las leyes nacionales que tratan de normas sobre el sistema de patentes, más que señalar los requisitos necesarios de la patentabilidad de una invención, enumeran, desde un punto de vista negativo y sin carácter exhaustivo, varias excepciones o supuestos de no patentabilidad⁶⁷⁶. Aun cuando reúnan los requisitos de patentabilidad antes señalados esas “invenciones” no pueden ser patentables por chocar con hábitos, formas de actuar o usos de la colectividad o por otras razones. Es decir, algunas invenciones no pueden ser patentables por ser contrarios a las “*buenas costumbres*”⁶⁷⁷, aunque existen también otras razones, por ejemplo de política jurídica, para establecer ciertas excepciones a la patentabilidad⁶⁷⁸.

El art. 27 del ADPIC, en sus apartados 2 y 3, trata justamente de las excepciones a la patentabilidad. El Acuerdo señala una lista de invenciones que pueden ser excluidas de protección mediante patentes por parte de los Estados

⁶⁷⁶ GÓMEZ SEGADE, J. “Patentabilidad...”, *op.cit.*, p. 57.

⁶⁷⁷ “*Esa tradición ética, que condensa valores y convicciones aceptados mayoritariamente por la sociedad, se plasma en usos, hábitos, conductas y comportamientos que el ordenamiento jurídico aglutina en la categoría de ‘buenas costumbres’*”. BOTANA AGRA, M. “Buenas costumbres y Derecho de Patentes”, en *Estudios sobre Derecho Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia en homenaje a Hermenegildo Baylos Corroza. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 1992, p. 79.

⁶⁷⁸ Es el caso, por ejemplo, de la exclusión relativa a las variedades vegetales. No se trata propiamente de una excepción por razones morales, sino político-jurídicas, porque existe otra forma de protección (el derecho del obtentor) que determina su exclusión de la patentabilidad.

miembros, incluso, como dicho arriba, contemplando los requisitos de novedad, actividad inventiva y aplicación industrial.

Por lo dispuesto el en Acuerdo, son susceptibles de ser excluidos de la patentabilidad: 1) las invenciones cuya explotación comercial altere el orden público o deba ser evitada para proteger la vida o la salud de hombres, animales o plantas⁶⁷⁹; 2) los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos, para el tratamiento de personas o animales⁶⁸⁰; 3) las plantas o animales – excepto los organismos y las variedades vegetales – y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas y animales, que no sean procedimientos no biológico o microbiológicos⁶⁸¹

Así, la primera limitación se refiere al orden público, que en general se refiere a las cuestiones éticas sobre la patentabilidad. Como no existe una idea de orden público universalmente aceptada, los Estados miembros disponen de cierta flexibilidad para definir el sentido del término, dependiendo de sus particulares valores sociales y culturales⁶⁸².

De forma general, el concepto de orden público comprende la protección de la salud⁶⁸³ o de la vida de las personas o los animales, la preservación de los

⁶⁷⁹ Art. 27.2 del ADPIC.

⁶⁸⁰ Art. 27.3a del ADPIC.

⁶⁸¹ Art. 27.3b del ADPIC. Así como el ADPIC, el CPE, en su art. 53, también establece que invenciones no pueden ser patentadas. “No se concederán las patentes europeas para: a) las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a las buenas costumbres, sin poderse considerar como tal la explotación de una invención por el mero hecho de que esté prohibida en todos los Estados Contratantes o en varios de ellos por una disposición legal o reglamentaria; b) las variedades vegetales o las razas animales, así como los procedimientos esencialmente biológicos de obtención de vegetales o de animales, no aplicándose esta disposición a los procedimientos microbiológicos ni a los productos obtenidos por dichos procedimientos; c) los métodos de tratamiento quirúrgico o terapéutico del cuerpo humano o animal y los métodos de diagnóstico aplicados al cuerpo humano o animal, no aplicándose esta disposición a los productos, en particular las sustancias o composiciones, para la aplicación de uno de estos métodos”. Redacción de acuerdo con el Acta de Revisión del Convenio hecho en Munich el 29 de noviembre de 2000. Disponible en <<http://lexureditorial.com/boe/0301/01584.htm>>. Consultada el 06 de abril de 2011.

⁶⁸² GÓMEZ SEGADE, J. “Patentabilidad...”, *op.cit.*, p. 59. En este punto, “*la legislación europea de patentes se distancia claramente de la norteamericana, donde no existe una prohibición expresa de concesión de patentes sobre invenciones contrarias a la moral o al orden público*”. GARCÍA VIDAL, A. “Células madres embrionarias y Derecho de Patentes”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 29, 2008-2009, pp. 157-186, p. 159.

⁶⁸³ GÓMEZ SEGADE, J. A. “Panorámica de la nueva Ley de Patentes española...”, *op.cit.*, p. 382.

vegetales y del medio ambiente⁶⁸⁴. Sin embargo, no será posible excluir la patentabilidad de la invención por contrariedad al orden público, si la explotación de la invención está permitida⁶⁸⁵. En otras palabras, la contrariedad al orden público de la invención patentable es equivalente a la imposibilidad de explotación⁶⁸⁶. De acuerdo con este precepto es imposible que se permita la explotación comercial del producto y se prohíba la patente del mismo.

Con relación a las plantas y animales⁶⁸⁷, a pesar de que el ADPIC prohíba su patentabilidad, el mismo Acuerdo otorga protección a “*todas las obtenciones vegetales*”, bajo patente o bajo un título *sui generis*, o mediante una combinación de ambos. Está claro que el Acuerdo hace una distinción entre plantas y obtención vegetal y tiene la intención de proteger las obtenciones vegetales⁶⁸⁸.

⁶⁸⁴ BOTANA AGRA, M. “Buenas costumbres...”, *op.cit.*, p. 90 y ss.

⁶⁸⁵ LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M. “Las disposiciones en materia de Patentes...”, *op.cit.*, pp. 250-251.

⁶⁸⁶ España, por ejemplo, señala en el art. 57 de la LP que “*la explotación del objeto de una patente no podrá llevarse a cabo en forma contraria a la Ley, la moral, el orden público o a la salud pública, y estará supeditada, en todo caso, a las prohibiciones o limitaciones temporales o indefinidas, establecidas o que se establezcan por las disposiciones legales*”.

⁶⁸⁷ Sobre la patentabilidad de plantas y animales, la Oficina Europea de Patentes de Munich (OEP) tiene interpretado siempre de manera muy restrictiva la prohibición de patentar las variedades vegetales o las razas animales. La OEP considera aún que cuando en un procedimiento biológico ha sido decisiva la intervención del hombre para producir el resultado que se obtiene, ese procedimiento no puede ser considerado como esencialmente biológico y, por tanto, no recae bajo la prohibición de patentar. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. *Apuntes de Derecho Mercantil...*, *op.cit.*, p. 420.

⁶⁸⁸ Las invenciones referentes a nuevas variedades de plantas presentan una serie de peculiaridades que han justificado la creación de sistemas de protección diferenciados frente a las patentes de invención, por esto es importante remarcar que no es objeto de este trabajo analizar la protección de las obtenciones vegetales. Sin embargo, para un estudio de la temática apuntaremos algunas obras y artículos que analizan el tema: QUINTANA, I. “El Reglamento CE número 2100/1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales”, *Actas de Derecho Industrial*, tomo XVI, 1994-95, Marcial Pons, 1995, pp. 81-107; BOTANA AGRA, M. “Protección jurídica de las obtenciones (variedades) vegetales”, en FERNÁNDEZ-NOVOA, C.; OTERO LASTRES, J. M.; BOTANA AGRA, M. *Manual de la Propiedad Industrial*. Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 319-341; LOBATO, M. “Sobre la protección de las invenciones vegetales a través del Modelo de Utilidad”, *Revista de Derecho Mercantil*, enero-marzo, n.º. 219, 1996, pp. 119-144; ARROYO APARICIO, A. “Obtenciones Vegetales”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Coord.). *Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial en la Unión Europea*. Navarra, Aranzadi, 2007, p. 279 y ss; SÁNCHEZ GIL, O. “Efectos de la Convención UPOV sobre la patentabilidad de las invenciones vegetales en el Derecho Europeo y, en particular, en los derechos nacionales español y alemán”, *Derecho de los Negocios*, noviembre, 1998; IDEM, “La ley española de protección de obtenciones vegetales, a la luz de la última reforma del Convenio UPOV de 19 de marzo de 1991”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XVII, 1996, pp. 219-259; GARCÍA VIDAL, A. “El derecho europeo de la Propiedad Industrial”, en CÁMARA LAPUENTE, S. *Derecho privado europeo*. Madrid, Editorial Colex, 2003, pp. 1063-1098, pp. 1069-1071; CURTO POLO, M. “La protección de las invenciones biotecnológica (Especial

En este punto, diferente del CPE (art. 53.b) que hace referencia a la exclusión de “variedades” y “razas”⁶⁸⁹, el ADPIC se refiere directamente a “plantas” y “animales”, en cuanto tales, como sus variedades y razas; esto no obstante, resulta que los microorganismos no pueden quedar comprendidos en la exclusión de la patentabilidad. Consideran, pues, patentables todos los microorganismos, modificados o no, desde que presenten los tres requisitos: novedad, actividad inventiva y aplicación industrial.

Por fin, con respecto a la exclusión de los métodos de diagnóstico, terapéutico y quirúrgicos, la prohibición de patentabilidad se debe al hecho de no ser susceptibles de aplicación industrial⁶⁹⁰. Para algunos autores, este ítem no ha traído, hasta al momento, mucha repercusión económica o comercial, una vez que solamente pocos procedimientos médicos fueron patentados en los Estados Unidos, y este es uno de los pocos países que tiene admitido patentes en esta área⁶⁹¹.

referencia a la coexistencia de patentes y títulos específicos en relación a las obtenciones vegetales”, *Revista General de Derecho*, nº. 642, 1998, pp. 2353-2395; AMAT LLOMBART, P. (Coord.). *La Propiedad Industrial sobre Obtenciones Vegetales y Organismos Transgénicos*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2007; ÁNGEL RÁPELA, M. *Derechos de Propiedad Intelectual en variedades superiores*. Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2000; ELENA-ROSELLÓ, J. M. “Situación actual de la normativa legal en Europa y América”, en NUEZ, F.; LLACER, G.; CUARTERO, J. (Eds.). *Los Derechos de Propiedad de las Obtenciones Vegetales*. Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. Instituto Nacional de Investigación y Tecnología Agraria y Alimentaria. Madrid, 1998, pp. 75-100; LANGE, P. “Naturaleza del Derecho de Obtentor (Ley sobre la protección de las variedades vegetales) y su demarcación respecto a las invenciones patentables”, *Simposio*. 18ª Sesión Ordinaria del Consejo UPOV, Ginebra, 17 de octubre de 1984, (UPOV/342(S) publicación), 1985, pp. 29-41; LÓPEZ-ARANDA, J. M. “La interrelación entre los sistemas jurídicos de protección de la materia viva vegetal”, en RIQUELME, F. *La protección jurídica de obtenciones vegetales*. 4ª ed., Comunidad Autónoma de la Región de Murcia Consejería de Agricultura, Agua y Medio Ambiente y Colegio Oficial de Ingenieros Agrónomos de la Región de Murcia, 2001, pp. 67-82.

⁶⁸⁹ MACÍAS MARTÍN, J. “Nociones sobre el Convenio de la Patente Europea...”, *op.cit.*, p. 209 y ss.

⁶⁹⁰ LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M. “Las disposiciones en materia de patentes...”, *op.cit.*, p. 253; COUTO GONÇALVES, L. M. *Manual de Direito Industrial...*, *op.cit.*, p. 74. Sobre la prohibición de patentar los métodos de diagnóstico en España ver FRAMIÑÁN SANTAS, J. “La prohibición de patentar métodos de diagnóstico aplicados al cuerpo humano o animal”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 29, 2008-2009, pp. 115-136.

⁶⁹¹ BASSO, M. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 231. Pese los Estados Unidos admitir patentes en esta área, en marzo de 2010 un juez de aquel país anuló dos patentes de Myriad Genetics, empresa americana, sobre genes humanos relacionados con varios tipos de cáncer hereditario patentados con fines de diagnóstico del cáncer de mama. El Juez sostuvo que no se puede patentar la vida y resta por ver qué posibles consecuencias puede tener esta sentencia, ahora recurrida ante el Tribunal Supremo, en relación con este tipo de patentes de genes humanos con fines de diagnóstico. Para más informaciones ver “Sentencia contra las patentes de genes humanos”. Disponible en

2. Los conocimientos tradicionales en relación con las excepciones a la patentabilidad

Como ya hemos visto en el capítulo segundo, uno de los principales debates en torno a la revisión del art. 27.3.b del ADPIC está justo en relación con los CTs. El art. 27, el párrafo 3 b) obliga a los gobiernos nacionales conceder patentes a microorganismos y procedimientos no biológicos y microbiológicos. Ello conlleva que materiales genéticos y CTs puedan ser utilizados en un proceso inventivo o ser incorporados en una patente sobre “invenciones” que impliquen descubrimientos biológicos y de materiales genéticos en su estado natural.

Por ello, claro está que las excepciones establecidas por el ADPIC no son suficientes para impedir que se patenten invenciones que tienen como base un CT. Como es sabido, las comunidades tradicionales han desarrollado muchos conocimientos acerca del potencial de ciertos recursos biológicos (tanto plantas como animales) a partir de su contacto con la naturaleza. Lo que ocurre entonces es que las medicinas y preparados a base de sustancias naturales tradicionales son modificados por “inventores” que los modifican y los convierten en combinaciones patentables.

El proceso es el siguiente: las sustancias biológicas utilizadas por las comunidades tradicionales son recolectadas y llevadas a laboratorios especializados en los países desarrollados. Generalmente este proceso lo realizan grandes compañías internacionales, donde aíslan e identifican los genes para la posterior solicitud de patentes. Es decir, después de aislar el principio activo de una sustancia ya utilizadas por las comunidades tradicionales, la compañía puede modificarlo o usarlo para obtener un nuevo compuesto sintético y patentar ese “invento” como suyo⁶⁹².

<<http://www.publico.es/ciencias/303863/sentencia-contras-las-patentes-de-genes-humanos>>.
Consultada el 05 de abril de 2011.

⁶⁹² LORD HOFFMAN, de la Casa Británica de Londres, en una apelación de un caso de patente, en 1995, aprovecha el caso de concesión de patente del quinina para explicar como las empresas se apropian de conocimiento tradicional: *“los indios de la Amazonia saben desde hace siglos que la corteza de la cinchona puede ser usada para tratar de malaria y otras fiebres. En 1820, científicos franceses descubrieron que el ingrediente activo, un alcaloide llamado quinina, podría ser extraído y usado más eficazmente en la forma de sulfato de quinina. En 1944, fue descubierta la estructura molecular del alcaloide (...) ¿los indígenas conocen quinina? Mis señores, bajo la descripción de una calidad de corteza que la torna útil en el tratamiento de fiebres, ellos*

En el empeño por cambiar esta realidad, como ya hemos señalado en el capítulo precedente, considerando que merece la pena destacar de nuevo, un grupo de países ricos en biodiversidad, liderados por Brasil e India; integrado por Bolivia, Colombia, Cuba, Ecuador, Perú, República Dominicana y Tailandia; apoyados por el Grupo Africano y por otros países en desarrollo, presentaron una propuesta a la OMC, previendo la modificación del art. 27.3.b del ADPIC para vincular la concesión de patentes, relativas a productos o procesos derivados del uso de materiales biológicos y CTs, a los siguientes requisitos: 1) la divulgación de la fuente y el país de origen del recurso biológico y de los CTs utilizados en la invención; 2) pruebas del consentimiento fundamentado previo mediante la aprobación de las autoridades en el marco de los regímenes nacionales

obviamente conocen. A mi modo de ver, no importa que prefieran clasificarlo en términos anímicos en vez de químicos. Ellos saben que la corteza tiene una calidad que la hace buena para fiebres y esa es una descripción de la quinina. Por otro lado, en un contexto diferente, los indios de la Amazonia no saben sobre la quinina. Si les mostrasen píldoras de sulfato de quinina, ellos no las asociarían a la corteza de la cinchona. Ellos no conocen la quinina bajo la descripción de una sustancia en forma de píldoras. Y ciertamente no sabrían sobre el alcaloide artificialmente sintetizado". "Merrell Dow Pharmaceuticals Inc. and Another V. H.N. Norton & Co. Ltd. And Others". Disponible en: <http://rpc.oxfordjournals.org/content/113/3/76.abstract>. Acceso el 06 de abril de 2011. Otro ejemplo de entre muchos que pude ser usado para ilustrar esta situación es la patente de "Acheflan". El laboratorio Aché, importante empresa del sector bioquímico de Brasil produjo recientemente un medicamento antiinflamatorio llamado "Acheflan", con extracto de erva-baleeira, planta tradicionalmente utilizada por una comunidad tradicional, los caiçaras del litoral del Estado de São Paulo, Brasil, que hicimos referencia en el capítulo I como ejemplo de comunidad local, para tratar contusiones y procesos inflamatorios. Ocurre que uno de los directores del Laboratorio Ache, residente también en el litoral de São Paulo, que acostumbraba jugar fútbol con miembros de la comunidad caiçara de aquella región, y que usaba las "botellas con yerbas (medicina tradicional) ofrecida por los miembros de la comunidad caiçaras" para se recuperar de las lesiones sufridas en recurrencia de tales partidos. Como los efectos fueron rápidos y positivos, el director tuvo la idea de transformar el conocimiento de los caiçaras en fitomedicamento. Investigaciones ocurrieran de 1998 a 2004, para aislar los principios activos de la erva baleeira y, con aprobación de la ANVISA, fue hecho el depósito de solicitud de patente ante la Oficina de Propiedad Intelectual de Brasil, que fue concedida. El Consejo de Gestión del Patrimonio Genético (CGEN) entendió que había necesidad de reexaminar la concesión de la patente en razón del acceso y de la utilización de CT. El Laboratorio Ache, entonces recurrió al Poder Judicial para garantizar el lanzamiento del producto sin pasar por la evaluación del CGEN y fue bien sucedido. El producto fue lanzado en el mercado en 2005 y se transformó en líder de ventas en el mercado de fármacos. El caso está en el Poder Judicial aguardando juzgamiento. Información disponible en <<http://www.tecnologiasa.com.br/2010/07/23/conhecimento-tradicional-e-sistema-da-protecao-da-propriedade-intelectual/>>. Consultada el 25 de abril de 2011. Según estimativa del sector de fármacos el Acheflan tiene potencial de mercado para ventas en el valor de R\$ 1 billón. NATÉRCIA, F. "Parcerias e inovação impulsionam setor farmacêutico", en *Inovação Un Kemp*, vol. 1, nº. 3, Campinas, nov.-dic. 2005. Disponible en <http://inovacao.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-23942005000300022&lng=es&nrm=iso>. Consultada el 25 de abril de 2011.

pertinentes; y, 3) pruebas del reparto justo y equitativo de los beneficios conforme al régimen nacional del país de origen.

De todos los modos, lo que acontece con la transformación del CT en información de valor potencial base para otras patentes es un intento de sacar de las comunidades tradicionales aquello que es su esencia, su identidad cultural. En el momento en que un CT es patentado se extingue la “tradicionalidad” de ese conocimiento. Así que no se debe proteger los CTs solamente por su valor económico, sino por su valor intrínseco, ya que se trata de algo que hace parte de la identidad cultural de las comunidades tradicionales.

VI. DERECHOS CONFERIDOS POR LA PATENTE Y LA DESTRUCCIÓN DEL MODO DE PRODUCCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

1. Contenido del derecho de patentes

1.1. Derechos del titular de la patente

Una vez concedida la patente⁶⁹³, esta otorga a su titular un derecho exclusivo sobre el invento que se manifiesta en una doble facultad: explotar la invención⁶⁹⁴ (explotación directa) e impedir que terceros fabriquen, ofrezcan, introduzcan en el comercio, utilicen o importen el producto objeto de la patente y

⁶⁹³ Sobre el proceso de solicitud y concesión de patente ver BOTANA AGRA, M. “Derecho a la patente...”, *op.cit.*, p. 144 y ss.

⁶⁹⁴ Sobre el debate acerca de la obligación de explotar o no la invención patentada ver BOTANA AGRA, M. “La obligación de explotar la invención patentada”, en FERNÁNDEZ-NOVOA, C.; OTERO LASTRES, J. M.; BOTANA AGRA, M. J. *Hacia un nuevo sistema de patentes*. Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago, editorial Montecorvo, 1982, p. 179 y ss.; GÓMEZ SEGADE, J. A. “Rechazo a la caducidad de la Patente por falta de explotación sin licencia obligatoria previa. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3) de 30 de enero de 1990”, *Cuadernos de Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial*, nº. 8, Barcelona, CEFI, 1991..

también que realicen cualquiera de estos actos respecto al producto obtenido por el procedimiento objeto de patente sin su autorización (explotación indirecta)⁶⁹⁵.

Esos derechos de exclusividad que el titular de una patente puede disponer o como llaman algunos autores, *ius prohibendi* de los derechos exclusivos⁶⁹⁶, están señalados en el art. 28.1 del ADPIC. Este artículo diferencia dos situaciones: “patente de producto” y “patente de proceso”⁶⁹⁷. Cuando el objeto de la patente sea un producto, el titular tiene el derecho a “*impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen actos de fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación para estos fines del producto objeto de la patente*” (art. 28.1a). Cuando el objeto de la patente sea un procedimiento, el titular tiene el derecho de “*impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen el acto de utilización del*

⁶⁹⁵ Sobre el contenido del derecho de patente ver BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Apuntes de Derecho Mercantil...*, op.cit., p. 401 y ss.; BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de Derecho Industrial...*, op.cit., pp. 1175-1176; BOTANA AGRA, M. “Efectos de la patente”, en FERNÁNDEZ-NOVOA, C.; OTERO LASTRES, J. M.; BOTANA AGRÁ, M. *Manual de la Propiedad Industrial*. Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 159-175, p. 161 y ss.; LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M. “Extensión y ámbito de protección de la patente...”, op.cit., p. 87 y ss. La infracción del Derecho de Patente y la defensa procesal de esos derechos advenidos del sistema de patentes no es objeto de estudio de este trabajo. Así que para mejor entender la defensa judicial del Derecho de Patente consultar BOTANA AGRA, M. “Defensa y mantenimiento de la patente”, en FERNÁNDEZ-NOVOA, C.; OTERO LASTRES, J. M.; BOTANA AGRÁ, M. *Manual de la Propiedad Industrial...*, op.cit., pp. 177-187; CARBAJO CASCÓN, F. “Sentencia de 5 de abril de 2000: Propiedad Industrial. Nulidad de patentes: efectos económicos previstos en el artículo 63 de la Ley de Patentes: no se producen automáticamente, sino que se ha de probar su realidad”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº. 54, octubre-diciembre 2000, pp. 1123-1140; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A. “La Propiedad Industrial ante la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Estudios sobre Propiedad Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial en homenaje a Marcel-Lí Curell Suñol. Barcelona, Grupo Español de la AIPPI, 2000; DEL VALLE SÁNCHEZ, J. “La prescripción de acciones en la Ley de Marcas, en la Ley de Patentes y en la Ley de Competencia Desleal”, en *Estudios sobre Propiedad Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial en homenaje a Marcel-Lí Curell Suñol. Barcelona, Grupo Español de la AIPPI, 2000; PÉREZ DE LA CRUZ, A. “La Propiedad Industrial...”, op.cit., pp. 445-446; VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, M. *Estudio sobre los requisitos de patentabilidad...*, op.cit., p. 165 y ss.

⁶⁹⁶ BOTANA AGRA, M. “Las normas sustantivas del A-ADIPC...”, op.cit., p. 147; BOTANA AGRA, M.; HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, F.; GARCÍA VIDAL, A. *Lecciones de Derecho Mercantil I...*, op.cit., p. 155; FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M. “Marco legal del Derecho de Patentes...”, op.cit., p. 37; MONTAÑA MORA, M. “Los daños y perjuicios por infracción de patentes...”, op.cit., p. 129. “*La determinación legal de los efectos de la patente se produce en dos fases: en la primera, la ley recoge una declaración general ‘la patente confiere a su titular el derecho a prohibir’, al que denominamos de ius prohibendi o facultad de exclusión; en la segunda, la ley enumera las prerrogativas que integran el denominado ‘derecho a prohibir’*”. MASSAGUER, J. *Los efectos de la patentes...*, op.cit., p. 42.

⁶⁹⁷ Según BAYLOS CORROZA, los derechos de patentes sobre productos habrán de recaer en un cuerpo cierto, que puede ser descriptibles, como una maquina por ejemplo, o formulable, como los productos químicos. En cambio en las patentes de procedimientos, el objeto de la invención es un comportamiento enunciable mediante la indicación de la serie de operaciones que habrá de tener lugar para que el resultado se obtenga. BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de Derecho industrial...*, op.cit., p. 707 y ss.

procedimiento y los actos: de uso, oferta para la venta, venta o importación para estos fines de, por lo menos, el producto obtenido directamente por medio de dicho procedimiento” (art. 28.1.b).

Este es el contenido mínimo que todos los miembros habrán de reconocer y aceptar en sus legislaciones con relación a los derechos conferidos por la patente. Como el Acuerdo es un acuerdo de mínimos, cada Estado miembro puede reforzar ese contenido en su legislación. Obviamente, ese refuerzo sólo será posible en la medida en que no infrinja disposiciones del propio Acuerdo (art. 1.1).

Las facultades que integran el derecho de patente en España están especificadas en el art. 50 de la LP. De acuerdo con este artículo, al titular de la patente está asegurado el derecho de explotación directa de la invención por la cual se entiende la fabricación, la utilización, el ofrecimiento del producto, la introducción en el mercado, la importación y la posesión del producto objeto de la patente, distinguiendo según se trate de patente de producto o de procedimiento.

En el caso de la patente de producto, el titular de la misma puede realizar e impedir que terceros realicen los siguientes actos: la fabricación, el ofrecimiento, la introducción en el comercio o la utilización de un producto objeto de la patente, la importación o la posesión del mismo para cualquiera de los fines mencionados. Por lo que concierne a la patente de procedimiento, el mismo artículo distingue entre las facultades del titular sobre el procedimiento en sí (art. 50.b) y sobre el producto directamente obtenido por el procedimiento (art. 50.c).

Más allá de los actos de **explotación directa** de la invención, el art. 51 señala los actos que integran el derecho de patente denominado actos de **explotación indirecta** de la invención⁶⁹⁸. Por ello, habrá explotación indirecta

⁶⁹⁸ Art. 51.1. “La patente confiere igualmente a su titular el derecho a impedir que sin su consentimiento cualquier tercero entregue u ofrezca entregar medios para la puesta en práctica de la invención patentada relativos a un elemento esencial de la misma a personas no habilitadas para explotarla, cuando el tercero sabe o las circunstancias hacen evidente que tales medios son aptos para la puesta en práctica de la invención y están destinados a ella. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior no es aplicable cuando los medios a que el mismo se refiere sean productos que se encuentren corrientemente en el comercio, a no ser que el tercero incite a la persona a la que realiza la entrega a cometer actos prohibidos en el artículo anterior. 3. No tienen la consideración de personas habilitadas para explotar la invención patentada, en el sentido del apartado 1, quienes realicen los actos previstos en las letras a) a c) del artículo siguiente”.

cuando concurrir circunstancias de orden objetivo y subjetivo⁶⁹⁹. Esto significa que el titular de una patente puede impedir a terceros que exploten, comercialicen o importen el objeto de la patente⁷⁰⁰.

De acuerdo con este artículo el titular de la patente tiene derecho a impedir la entrega u ofrecimiento de medios que sirvan para la puesta en práctica de la invención patentada. Es preciso que quien haga el ofrecimiento o la entrega sepa que dichos medios son aptos para la puesta en práctica de la invención⁷⁰¹. No obstante, no es necesario este conocimiento se las circunstancias hacen evidente dicha aptitud.

Además, es importante advertir que dentro de ese contexto, el ofrecimiento de entrega tiene el mismo significado atribuido a la expresión ofrecimiento en los actos de explotación directa; y la entrega debe ser equiparada a la introducción en el comercio.

En definitiva, el titular de la patente tiene derecho de impedir que terceros, sin su consentimiento, fabriquen, ofrezcan, introduzcan en el comercio, utilicen o importen el producto objeto de la patente y también que realicen cualquiera de estos actos respecto del producto obtenido por el procedimiento objeto de patente⁷⁰². Estos derechos exclusivos permiten – casi literalmente – sacar de la competencia a aquellos productores, comerciantes o competidores que utilizan innovaciones o creaciones no autorizadas por parte del titular del derecho, dando una clara posición de ventaja económica.

⁶⁹⁹ “El titular de una patente española podrá prohibir a los terceros que no gocen de su autorización tanto el ofrecimiento de entrega como la propia entrega de determinados productos, descritos como medios relativos a un elemento esencial de la invención, que no están directamente cubiertos por la patente, pero cuya circulación crea una situación tal que permite suponer que serán utilizados para llevar a cabo un acto de explotación directa, normalmente una fabricación o una utilización del procedimiento protegido”. MASSAGUER, J. *Los efectos de la Patente...*, op.cit., p. 61.

⁷⁰⁰ HORN, L. A. “Case 1. The MPEG la licensing model. What problems does it solve in biopharma an genetics?”, in OVERWALLE, G. v. (Ed.). *Gene patents and collaborative licensing models. Patent pools, clearinghouses, open source models and liability regimes*. Cambridge, University press Cambridge, 2009, p. 33; SÁNCHEZ CALERO, F.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de Derecho Mercantil...*, op.cit., p. 221.

⁷⁰¹ GÓMEZ SEGADE, J. A. “La Propiedad Industrial en España...”, op.cit., p. 95.

⁷⁰² MONTAÑA MORA llama la atención para el hecho de que “el contenido esencial del Derecho de patente no es el derecho a reclamar una compensación económica de quienes hayan hecho uso de la invención sin el consentimiento de su titular, sino el derecho a impedir que dicho uso llegue a realizarse”. MONTAÑA MORA, M. “Los daños y perjuicios por infracción de patentes...”, op.cit., p. 131.

1.2. Alcance de la protección del derecho de patentes. Doctrina de los equivalentes

Pese a los derechos de exclusiva que el derecho de patente concede al titular de la invención, el problema reside en saber el alcance del objeto que es protegido por una patente.

El tema del alcance de la protección de una patente es establecido por el CPE en su art. 69⁷⁰³. De acuerdo con este artículo, la extensión de la protección de una patente está determinada por las reivindicaciones. “Las reivindicaciones” de que trata el art. 69.1 tienen gran importancia una vez que ellas se refieren a la regla o las reglas concretas para las cuales se está solicitando protección indicadas por el creador en el momento de la solicitud⁷⁰⁴. Por lo tanto, junto con la descripción del invento, a la que ya hicimos referencia, las reivindicaciones son elementos principales en la determinación del ámbito de protección porque por ellas el solicitante delimita lo que considera que constituye la invención sobre la que se le debe atribuir el derecho exclusivo⁷⁰⁵.

⁷⁰³ Art. 69. Alcance de la protección. “1. El alcance de la protección que otorga la patente europea o la solicitud de patente europea, estará determinado por las reivindicaciones. No obstante, la descripción y los dibujos servirán para interpretar las reivindicaciones. 2. Para el período que va hasta la concesión de patente europea, el alcance de la protección conferida por la solicitud de patente europea estará determinado por las reivindicaciones contenidas en la solicitud tal como haya sido publicada. Sin embargo, la patente europea tal como haya quedado concedida o modificada en el curso del procedimiento de oposición, de limitación o de nulidad, determinará esta protección, con efectos retroactivos en tanto que no haya sido ampliada”. Redacción de acuerdo con el Acta de Revisión del Convenio sobre Concesión de la Patentes Europea (CPE). Tal modificación se produjo en la Conferencia Diplomática organizada por la OEP, realizada en Munich, el 29 de noviembre de 2000. Disponible en <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2003/01584&xtxtlen=1000>. Consultada el 05 de abril de 2011. Para análisis del artículo ver TORRENTS, L.; VIDAL-QUADRAS, M. “La doctrina de los equivalentes...”, *op.cit.*, p. 950 y ss.

⁷⁰⁴ GARCÍA GARCÍA, E. “Jurisprudencia más relevante en materia de Propiedad Industrial. La jurisprudencia menor de la Sección Especializada en lo Mercantil de la Audiencia Provincial de Madrid en Patente, Modelos de Utilidad y Diseño Industrial”. *Propiedad Industrial III. Estudios de Derecho Judicial*, n.º. 145, 2007 p. 191 y ss.; SALVADOR JOVANÍ, C. *El ámbito de protección de la patente...*, *op.cit.*, p. 89 y ss.; VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, M. *Estudio sobre los requisitos de patentabilidad...*, *op.cit.*, p. 94 y ss.; DÍAZ VELASCO, M. *Estudios sobre Propiedad Industrial*. Selección de estudios editada en homenaje al autor en ocasión de su 80 aniversario. Barcelona, Grupo Español de la AIPPI, 1987, p. 145 y ss.

⁷⁰⁵ La verdadera función de las reivindicaciones “reside en la concreción de la invención para la que se solicita la protección, lo cual, además de facilitar la labor de las Oficinas de Patentes, permite conocer a los terceros lo que les está prohibido hacer”. SALVADOR JOVANÍ, C. *El ámbito de protección de la patente...*, *op.cit.*, p. 44. FERNÁNDEZ-NOVOA señala que en la solicitud de patente hay dos piezas que sobresalen nitidamente a las demás: las reivindicaciones y la descripción. FERNÁNDEZ-NOVOA, C. “La descripción de la invención patentada...”, *op.cit.*, p.

Podemos decir que las reivindicaciones poseen dos funciones: definir el objeto para el cual se solicita la protección y determinar la extensión de la protección conferida por la patente o por la solicitud de patentes⁷⁰⁶. La función de definición del objeto, utilizado para determinar si la invención reúne o no los requisitos de patentabilidad, es determinante en el procedimiento de concesión de patentes ante las Oficinas de Patentes⁷⁰⁷. Tras la concesión de la patente la reivindicación cumple su función principal: delimitar la extensión del ámbito de protección del titular frente a imitaciones por terceros.

A pesar de que las reivindicaciones sean el elemento que va a determinar el ámbito de protección, algunos autores defienden que la protección de la patente debe ir más allá del alcance conseguido con la interpretación de las reivindicaciones⁷⁰⁸. La ampliación del ámbito de protección es necesaria una vez

383. En el mismo sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Apuntes de Derecho Mercantil...*, *op.cit.*, p. 426; SEGURA CÁMARA, P. "Interpretación de reivindicaciones e infracción de patentes, con especial referencia al Derecho español", en *Estudios sobre Propiedad Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial en homenaje a Marcel-Lí Curell Suñol. Barcelona, Grupo Español de la AIPPI, 2000, pp. 451-454; RANGEL-ORTIZ, H. "Derechos concedidos por la patente...", *op.cit.*, p. 85; VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, M. *Estudio sobre los requisitos de patentabilidad...*, *op.cit.*, p. 110 y ss.; SALVADOR JOVANÍ, C. *El ámbito de protección de la patente...*, *op.cit.*, p. 114.

⁷⁰⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "La protección jurídica de la tecnología...", *op.cit.*, p. 53. en el mismo sentido BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de Derecho Industrial...*, *op.cit.*, p. 1181; RANGEL-ORTIZ, H. "Derechos concedidos por la patente...", *op.cit.*, p. 84; TORRENTS, L.; VIDAL-QUADRAS, M. "La doctrina de los equivalentes y su aplicación en España", en *Estudios sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia*. Colección de trabajos en homenaje a Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano. Barcelona, Grupo Español de la AIPPI, 2005, p. 950; SEGURA CÁMARA, P. "Directrices para la determinación del alcance de la protección de las Patentes...", *op.cit.*, p. 474; GARCÍA GARCÍA, E. "Jurisprudencia más relevante en materia de Propiedad Industrial...", *op.cit.*, p. 191 y ss.; SALVADOR JOVANÍ, C. *El ámbito de protección de la patente...*, *op.cit.*, p. 114 y ss. SEGURA CÁMARA destaca también que las reivindicaciones resultan muy útiles también para evitar la infracción de una patente. SEGURA CÁMARA, P. "Interpretación de reivindicaciones...", *op.cit.*, p. 455. Sobre como prevenir el riesgo de infracción de patentes consultar HUARTE SALVATIERRA, V. "La actividad de las empresas y la prevención del riesgo de infracción de patentes", en *Estudios sobre Propiedad Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial en homenaje a Marcel-Lí Curell suñol. Barcelona, Grupo Español de la AIPPI, 2000.

⁷⁰⁷ Sobre el proceso de obtención de patentes (requisitos formales) ver BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Los requisitos positivos de patentabilidad...*, *op.cit.*; IDEM, "La protección jurídica de la tecnología...", *op.cit.*, p. 48; BOTANA AGRA, M. "Derecho a la patente...", *op.cit.*, pp. 139-157.

⁷⁰⁸ "Deben incluirse en el ámbito de protección conferido por la patente algunas variantes del objeto protegido con la patente creando un 'halo de protección' alrededor del mismo, ya que sólo así se consigue la suficiente protección para el solicitante o titular de la patente (...) y tiene sentido la concesión de un derecho de exclusiva". SALVADOR JOVANÍ, C. *El ámbito de protección de la patente...*, *op.cit.*, p. 255.

que un tercero podría utilizar la invención mediante la realización de ligeras modificaciones en relación con el objeto patentado. Esta extensión de la protección se suelen llamar “doctrina de los equivalentes”.

La doctrina de los equivalentes que nació en Alemania, en el inicio del Siglo XX, consiste en extender el ámbito de protección de la patente a todas aquellas hipótesis en que un elemento de la invención es sustituido por otro elemento, que tiene diferente estructura pero que cumple la misma función en el conjunto de la invención⁷⁰⁹.

La doctrina de los equivalentes cumple dos funciones esenciales en el derecho de patentes⁷¹⁰. Primero, ayuda a determinar si una invención es patentable⁷¹¹; segundo, cumple la función de ayudar a determinar el ámbito de protección de la patente y, por lo tanto, precisa si ha existido o no violación de la misma⁷¹².

Así que, algunos autores abogan por la idea de que en todas las legislaciones se debe reconocer más o menos expresamente que dentro de lo patentado deben estar comprendidos todos los cambios y todas las variantes

⁷⁰⁹ GÓMEZ SEGADE, J. A. “Actividad inventiva y doctrina de los equivalentes”, en *Derecho Industrial*, vol. IV, Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Lisboa, Almedina, 2005, p. 42. Sobre la doctrina de los equivalentes en los Estado Unidos consultar CÓLERA RODRÍGUEZ, J. M. “La doctrina de los equivalentes en los Estados Unidos”, *Cuadernos de Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial*, n.º. 17, Madrid, IDEI, 1998, pp. 59-102; IDEM, “La doctrina de los equivalentes a la luz del caso *Hilton Davis Chemical Co. c. Warner-Jenkinson Company, Inc.* (Comentario a la Sentencia Federal de los Estados Unidos, de 8 de agosto de 1995)”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XVII, 1996, pp. 353-383.

⁷¹⁰ GÓMEZ SEGADE, J. A. “La violación de la patente por un uso equivalente”, *Cuadernos de Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial*, n.º. 2, Barcelona, 1988, p. 14 y ss.

⁷¹¹ Para GÓMEZ SEGADE, en este punto la doctrina de los equivalentes juega un papel fundamental pues, si la regla técnica para la que se solicita protección tiene un equivalente claro carecerá de novedad y si existen otros equivalentes que, por ejemplo, permitan resolver el mismo problema con otros medios ya conocidos, normalmente la invención carecerá de actividad inventiva. GÓMEZ SEGADE, J. A. “Actividad inventiva y doctrina de los equivalentes...”, *op.cit.*, pp. 42-43.

⁷¹² Para GÓMEZ SEGADE esta es la función fundamental de la teoría de los equivalentes. GÓMEZ SEGADE, J. A. “Actividad inventiva y doctrina de los equivalentes...”, *op.cit.*, p. 43. De acuerdo con SEGURA CÁMARA, las infracciones por equivalentes son muy frecuentes en las invenciones mecánicas. SEGURA CÁMARA, P. “Interpretación de reivindicaciones...”, *op.cit.*, p. 459. Aún sobre la infracción de patente ver SOCORÓ, J. M.; GRAU MORA, J. “Consideraciones sobre la infracción de patentes”, en *Estudios sobre Derecho Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia en homenaje a Hermenegildo Baylos Corroza. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 1992, pp. 523-538.

accidentales y todas las posibilidades de sustituir la forma, tamaño, proporciones del objeto por cualquier otro equivalente⁷¹³.

En este punto es importante destacar lo que significa decir que una invención es equivalente⁷¹⁴. La doctrina española⁷¹⁵ ha señalado que una invención es equivalente en tres supuestos⁷¹⁶. Primero, para que una invención sea considerada equivalente tiene que haber igualdad de funciones entre las dos. Es decir, han de existir dos elementos que intercambiándose produzcan el mismo efecto⁷¹⁷. Segundo, es necesario que con la utilización del medio intercambiable se consiga la solución del mismo problema. Si el elemento intercambiable resuelve un problema distinto aunque cumpla la misma función técnica, no podrá admitirse la equivalencia. Y, tercero, para que pueda existir equivalencia es necesario que la misma pueda ser detectada por parte del experto medio en la materia sin necesidad de realizar ninguna actividad inventiva.

La consideración del acogimiento de la doctrina de los equivalentes tuvo apoyo considerable en la Conferencia Diplomática de Revisión del CPE en noviembre de 2000 que acogió el art. 2 del Protocolo Interpretativo del art. 69⁷¹⁸.

⁷¹³ DÍAZ VELASCO, M. "La nota reivindicatoria en las patentes de invención", en *Estudio sobre Propiedad Industrial*. Barcelona, edición realizada por el Grupo Español de la AIPPI, 1987, p. 152. La doctrina de los equivalentes fue desarrollada para ayudar los jueces en la compleja labor de delimitación del alcance de la protección de la patente, para poder determinar de ese modo si existe o no violación de la patente, en aquellos casos en los que existen ciertas divergencias entre el objeto de la patente y el posible objeto infractor. SALVADOR JOVANÍ, C. *El ámbito de protección de la patente...*, op.cit., pp. 260-261.

⁷¹⁴ La doctrina alemana, la que más ampliamente se ha ocupado del tema, define los equivalente como "aquellos medios que, de acuerdo con los conocimientos normales de un perito en la materia, son capaces de realizar la misma función para la consecución de un mismo resultado o para la producción de un mismo efecto, sin que su recíproca sustitución suponga ninguna modificación esencial a la solicitud dada". BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Los requisitos positivos de patentabilidad...*, op.cit., p. 325. sobre el erigen y expansión de la doctrina de los equivalentes ver SALVADOR JOVANÍ, C. *El ámbito de protección de la patente...*, op.cit., p. 262 y ss.

⁷¹⁵ GÓMEZ SEGADÉ, J. A. "Actividad inventiva y doctrina de los equivalentes...", op.cit., p. 52 y ss.; SALVADOR JOVANÍ, C. *El ámbito de protección de la patente...*, op.cit., p. 282 y ss.; VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, M. *Estudio sobre los requisitos de patentabilidad...*, op.cit., p. 235 y ss.; COUTO GONÇALVES, L. M. *Manual de Direito Industrial...*, op.cit., p. 119.

⁷¹⁶ CÓLERA RODRÍGUEZ, J. M. "La doctrina de los equivalentes a la luz del caso *Hilton Davis Chemical Co. c. Warner-Jenkinson Company...*", op. cit., p. 359; SALVADOR JOVANÍ, C. *El ámbito de protección de la patente...*, op.cit., p. 282 y ss.

⁷¹⁷ SALVADOR JOVANÍ, C. *El ámbito de protección de la patente...*, op.cit., p. 261.

⁷¹⁸ El art. 2 del protocolo señala lo siguiente: "para determinar la extensión de la protección otorgada por la patente europea, deberá tenerse debidamente en cuenta todo elemento

Así que el CPE hace una incorporación, aunque implícita, de la doctrina de los equivalentes en su art. 69.1⁷¹⁹. Basados en ese principio, prácticamente todos los países de la UE conocen la doctrina de los equivalentes fruto del intento de unificar el derecho de patentes en Europa.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 2 del protocolo (que forma parte del CPE como art. 164) de interpretación del art. 69 del CPE, la extensión de la protección otorgada por la patente europea no puede ser determinada en el sentido estricto y literal de las reivindicaciones. Tampoco debe ser interpretado *“en el sentido de que las reivindicaciones sirven únicamente como línea directriz y que la protección se extiende también a lo que, según opinión de un experto en la materia que haya examinado la descripción y los dibujos, el titular de la patente haya tenido la intención de proteger”*.

El art. 69 del CPE debe ser interpretado en el sentido que define esos extremos, o sea, una posición que asegura a la vez una protección equitativa del solicitante y un grado razonable de certeza a los terceros⁷²⁰. De cualquier forma, las reivindicaciones de la patente se configuran como el núcleo fundamental alrededor del cual se concreta la protección que en su caso deberá otorgar al titular del derecho.

La mayoría de las modernas leyes de patentes europeas, siguiendo el ejemplo del CPE, han incorporado un precepto semejante al art. 69.1. La LP, por ejemplo, señala que la extensión del derecho de patente está determinada por el contenido de las reivindicaciones (art. 60.1)⁷²¹. O sea, que pese a que la doctrina

equivalente a un elemento indicado en las reivindicaciones”. Sobre el Protocolo Interpretativo del art. 69 del CPE consultar SEGURA CÁMARA, P. “Directrices para la determinación del alcance de la protección de las patentes...”, *op.cit.*, p. 475 y ss.

⁷¹⁹ COUTO GONÇALVES señala que, a pesar de la referencia tímida que el Protocolo de Revisión del CPE hace a la doctrina de los equivalentes, no deja de presentar un elemento innovador y considerable, en la medida que es la primera vez que se pretende consagrar el reconocimiento legal de los equivalentes como criterio de delimitación del contenido negativo del derecho de patente. COUTO GONÇALVES, L. M. *Manual de Direito Industrial...*, *op.cit.*, p. 118.

⁷²⁰ VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, M. *Estudio sobre los requisitos de patentabilidad...*, *op.cit.*, pp. 99-100.

⁷²¹ Art. 60. 1. *“La extensión de la protección conferida por la patente o por la solicitud de patente se determina por el contenido de las reivindicaciones. La descripción y los dibujos sirven, sin embargo, para la interpretación de las reivindicaciones”*. Según GÓMEZ SEGADÉ, la doctrina de los equivalentes está presente en la legislación española por voluntad explicativa del legislador, no sólo porque reproduce el art. 69.1 del CPE, sino porque en la memoria explicativa que acompañaba al Proyecto de Ley se asume la doctrina del Protocolo interpretativo del art. 69 del CPE que textualmente afirmaba: *“a la hora de determinar la extensión del objeto protegido, las*

de los equivalentes no esté establecida expresamente, es posible llegar a un resultado por vía de interpretación legal.

Ahora bien, otra cuestión al respecto de la consideración de la doctrina de los equivalentes es determinar el momento en que debe ser apreciada la existencia de la equivalencia. Esto es importante porque la consideración de un elemento como equivalente o no equivalente podrá variar según se tome en cuenta la fecha de prioridad, la fecha de solicitud, la fecha de concesión, o el momento en que se produce una probable violación de la patente⁷²².

A pesar de que el Protocolo de Interpretación del CPE no hace ninguna referencia sobre la fecha de apreciación de los equivalentes, autores como GÓMEZ SEGADE y SALVADOR JOVANI, por ejemplo, abogan por la tesis de que la fecha más adecuada para apreciar si existe equivalente es la fecha de presentación de la solicitud, o la fecha de prioridad si se reivindica la misma⁷²³.

2. Limitaciones al derecho de patentes

Es evidente también, que ante el excesivo efecto del alcance de la protección de la patente, puesto que, de cierta forma, condiciona el tráfico normal de mercancías, los ordenamientos jurídicos han buscado soluciones para limitar el *ius prohibendi* conferido por la patente en el desarrollo del comercio internacional. Por tanto, los derechos del inventor no son absolutos toda vez que están sujetos a ciertas limitaciones.

Bajo las disposiciones del ADPIC, los países miembros han puesto varios límites al derecho del inventor y a las invenciones patentables. CURTO POLO, al

reivindicaciones no pueden ser tomadas literalmente, sino que obligatoriamente deben ser interpretadas dentro del contexto que aportan la descripción y los dibujos". GÓMEZ SEGADE, J. A. "Actividad inventiva y doctrina de los equivalentes...", *op.cit.*, p. 48.

⁷²² GÓMEZ SEGADE, J. A. "Actividad inventiva y doctrina de los equivalentes...", *op.cit.*, p. 53; SALVADOR JOVANI, C. *El ámbito de protección de la patente...*, *op.cit.*, p. 293.

⁷²³ SALVADOR JOVANI, C. *El ámbito de protección de la patente...*, *op.cit.*, pp. 297-299. GÓMEZ SEGADE señala aún que "optar por la fecha de la presunta infracción de la patente sería contradictorio con los objetivos y el fundamento del derecho de patentes". GÓMEZ SEGADE, J. A. "Actividad inventiva y doctrina de los equivalentes...", *op.cit.*, p. 54. En el mismo sentido COUTO GONÇALVES, L. M. *Manual de Direito Industrial...*, *op.cit.*, p. 119.

analizar las limitaciones sobre los derechos del obtentor sobre las obtenciones vegetales, que según ella, tiene el mismo fundamento de las limitaciones del sistema de patentes, señala que con estas limitaciones “*se logra un equilibrio entre los intereses del inventor (consistente en conseguir una adecuada retribución por su esfuerzo inventivo) y los de la generalidad (que se ven favorecidos por los avances logrados en el desarrollo tecnológico)*”⁷²⁴.

La LP española, por ejemplo, establece en su art. 52 algunos límites a los derechos conferidos por medio de la patente, donde está señalado que el titular de la patente tiene que permitir los actos sin una directa finalidad industrial o comercial⁷²⁵. Más allá de esto, a continuación, vamos a analizar hechos puntuales que limitan el derecho de exclusiva del creador sobre su invención.

2.1. Agotamiento del derecho de patentes

Otro punto importante en materia de limitaciones al derecho de patente en la actualidad es el agotamiento⁷²⁶. De acuerdo con este principio, los derechos

⁷²⁴ CURTO POLO, M. “Las protecciones de las invenciones biotecnológicas...”, *op.cit.*, p. 2372. En el mismo sentido RANGEL-ORTIZ señala que el objetivo de las limitaciones es encontrar un equilibrio entre los derechos del titular de la patente y los derechos de terceros respecto a la explotación del invento patentado, en ciertas circunstancias en las que ha parecido poco razonable permitir el ejercicio de la exclusiva que confieren las patentes. RANGEL-ORTIZ, H. “Derechos concedidos por la patente...”, *op.cit.*, p. 99.

⁷²⁵ Art. 52. 1. “Los derechos contenidos por la patente no se extienden: a) A los actos realizados en un ámbito privado y con fines no comerciales. b) A los actos realizados con fines experimentales que se refieran al objeto de la invención patentada. c) A la preparación de medicamentos realizada en las farmacias extemporáneamente y por unidad en ejecución de una receta médica ni a los actos relativos a los medicamentos así preparados. d) Al empleo del objeto de la invención patentada a bordo de buques de países de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial, en el cuerpo del buque, en las máquinas, en los aparejos, en los aparatos y en los restantes accesorios, cuando esos buques penetren temporal o accidentalmente en las aguas españolas, siempre que el objeto de la invención sea utilizado exclusivamente para las necesidades del buque. e) Al empleo del objeto de la invención patentada en la construcción o el funcionamiento de medios de locomoción, aérea o terrestre, que pertenezcan a países miembros de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial o de los accesorios de los mismos, cuando esos medios de locomoción penetren temporal o accidentalmente en el territorio español. f) A los actos previstos por el artículo 27 del Convenio de 7 de diciembre de 1944, relativo a la aviación civil internacional, cuando tales actos se refieran a aeronaves de un Estado al cual sean aplicables las disposiciones del mencionado artículo”. Sobre esos actos ver BOTANA AGRA, M. “Efectos de la patente...”, *op.cit.*, p. 168 y ss.

⁷²⁶ MASSAGUER, J. *Mercado común y Patente nacional (agotamiento comunitario y protección territorial absoluta)*. Barcelona, Bosch, 1989, p. 202; SCHRICKER, G. “Reflexiones sobre el agotamiento en el derecho de los bienes inmateriales”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Homenaje al Profesor Carlos Fernández-Nóvoa, tomo XX, 1999, pp. 347-358, p. 347.

conferidos por la patente no abarcan los actos relativos a los productos protegidos por esa patente tras la comercialización de ese producto por el titular de la patente o con su consentimiento. Es decir, cuando el titular de la patente introduce en el comercio el producto que incorpora la invención patentada, no puede impedir posteriormente que ese producto circule libremente en el mercado. Una vez que la invención se ha introducido en el mercado, por el titular de la patente o por un tercero con su autorización, se produce, como consecuencia, el “agotamiento del derecho de patente”⁷²⁷.

Entre las teorías que han servido para fundamentar el agotamiento de patentes está la propia tesis que apoya el fundamento del derecho de patentes, o sea, la tesis de la recompensa⁷²⁸. Si el objetivo de la patente es recompensar y estimular al inventor, una vez que el producto patentado ha sido puesto en circulación con el consentimiento del titular, él ya ha recibido la recompensa que la patente debe proporcionarle, y, por tanto, el derecho de patente se considera agotado⁷²⁹.

Sin embargo, la expresión “agotamiento del derechos de patente” no puede ser interpretada como desaparición del derecho de patentes, sino solamente de un aspecto del contenido de ese derecho que está relacionado con el poder del titular de prohibir o restringir la circulación del producto patentado original puesto en el mercado, por sí o por terceros con su consentimiento⁷³⁰. Esto significa que

⁷²⁷ MASSAGUER, J. *Los efectos de la patente...*, *op.cit.*, p. 199; SCHRICKER, G. “Reflexiones sobre el agotamiento en el derecho...”, *op.cit.*, p. 349; BOTANA AGRA, M. “Efectos de la Patente...”, *op.cit.*, pp. 159-175, pp. 170-171; PÉREZ DE LA CRUZ, A. “La Propiedad Industrial...”, *op.cit.*, p. 444; FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M. “Exposición de la naturaleza de los Derechos de Propiedad Industrial”, en FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M. (Dir.). *Derecho sobre Propiedad Industrial. Estudios de Derecho Judicial*, nº. 35, 2001, pp. 11-42, p. 33 y ss.

⁷²⁸ En la tesis de la recompensa se considera que “*la concesión de una patente como una remuneración equitativa al inventor por el trabajo intelectual realizado en beneficio de la comunidad*”. RANGEL-ORTIZ, H. “Derechos concedidos por la patente...”, *op.cit.*, p. 92.

⁷²⁹ MASSAGUER, J. *Los efectos de la patente...*, *op.cit.*, p. 202; SCHRICKER, G. “Reflexiones sobre el agotamiento en el derecho...”, *op.cit.*, p. 349; GÓMEZ SEGADE, J. A. “Panorámica de la nueva Ley de Patentes...”, *op.cit.*, p. 381; BOTANA AGRA, M.; HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, F.; GARCÍA VIDAL, A. *Lecciones de Derecho Mercantil I...*, *op.cit.*, p. 157.

⁷³⁰ Para profundizar sobre el asunto ver GÓMEZ SEGADE, J. A. “Licencia obligatoria y agotamiento del Derecho de Patente en el marco comunitario”, en GÓMEZ SEGADE, J. A. *Tecnología y Derecho...*, *op.cit.*, p. 517, que hace un análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre agotamiento. Vid., también, MASSAGUER, J. *Los efectos de la patente...*, *op.cit.*, p. 201 y ss.; IDEM. “De nuevo sobre el agotamiento comunitario del Derecho de Patente nacional (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de diciembre de 1996, asuntos acumulados C-267/95 y C-268/95,

una vez introducida la invención patentada en el comercio nacional, por el titular de la patente o sus causahabientes, no puede impedir ya su libre circulación o uso. Se trata de un efecto automático, absolutamente independiente de la voluntad del titular de la patente⁷³¹.

Aunque no se haya regulado por el ADPIC⁷³², el principio del agotamiento es importante y, por lo tanto, está introducido prácticamente en todas las legislaciones nacionales más modernas⁷³³.

Sobre el agotamiento de patente en España es importante señalar que con la entrada de España en la Comunidad Europea, y teniendo en cuenta la legislación comunitaria sobre libre circulación de mercancías, ello debe ser

“Merck & Co. Inc. *et alii*, c. Primecrown Ltd. *et alii* y Beecham Group plc c. Europharm of Worthing Ltd.”), *Actas del Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XVII, 1996, pp. 313-327; RANGEL-ORTIZ, H. “Derechos concedidos por la patente...”, *op.cit.*, pp. 92-93; GONÇALVES, L. M. C. “O espaço europeu da Propriedade Industrial”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXVI, 2005-2006, pp. 85-100, p. 91.

⁷³¹ “Una vez comercializado el producto protegido, sea por el propio titular de la patente o por un tercero con su consentimiento, el titular ha materializado el beneficio procurado por el sistema de patentes mediante la atribución de la facultad de exclusión, por lo que no puede pretender un segundo beneficio a partir de un mismo producto. (...) De este modo, el titular de la patente sólo podrá impedir la comercialización y utilización de aquellos productos protegidos, fabricados o introducidos en comercio sin su consentimiento. El agotamiento de produce ipso iure, por lo que o puede ser restringido o eludido por la voluntad del titular”. MASSAGUER, J. “En torno al art. 53 LP: el agotamiento del Derecho de Patente”, *Actas de Derecho Industrial*, 1987-88. Madrid, 1988, pp. 129-164, p. 132.

⁷³² La falta de regulación del agotamiento en el censo del ADPIC se dio principalmente por dos motivos. Primero por falta de consenso entre los países desarrollados y los países en desarrollo. Enguanto los primeros, en término generales, eran favorables que se regulasen el agotamiento a nivel internacional; los segundos parecían optar por un agotamiento nacional o regional. Segundo, por la falta de acuerdo sobre este punto entre los especialistas. Mientras los juristas abordan el tema partiendo del principio de la territorialidad de los derechos de propiedad intelectual; los expertos en comercio internacional los tratan partiendo de la idea de que cualquier regla que bloquee la importación de productos constituye una barrera no arancelaria, que es incompatible con la OMC. GÓMES SEGADÉ, J. A. “El Acuerdo ADPIC...”, *op.cit.*, p. 56. Sobre la no regulación del agotamiento de patente por parte del ADPIC ver PACÓN, A. M. “ADPIC y los países en vías de desarrollo. Posición durante y después de la Ronda Uruguay”, en *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Organización Mundial del Comercio. Instituto de Derecho y Ética Industrial*, tomo II, 1997, pp. 137-170, p. 146; LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M. “Las disposiciones en materia de patentes...”, *op.cit.*, p. 287; RANGEL-ORTIZ, H. “Las patentes y la farmacia en acuerdos comerciales recientemente adoptados por Estados Unidos con naciones del sur. La experiencia de América Latina”, *Actas del Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 27, 2006-2007, pp. 331-352, p. 343 y ss.

⁷³³ La LP, por ejemplo, regula el agotamiento de patente en el art. 52.2 que establece que “los derechos conferidos por la patente no se extienden a los actos relativos a un producto protegido por ella después de que ese producto haya sido puesto en el comercio en el territorio de un Estado miembro de la Comunidad Europea por el titular de la patente o con su consentimiento”.

interpretado de forma amplia⁷³⁴. Es decir, aunque la introducción se efectúe en algún país del Espacio Económico Europeo, el agotamiento también ocurre en España; o dicho de otro modo, el titular de una patente no puede impedir la circulación de los productos introducidos con su consentimiento en cualquier otro Estado del Espacio Económico Europeo⁷³⁵.

En estos supuestos, son dos los requisitos del agotamiento del derecho de patente: el consentimiento a la comercialización (por sí, por licenciataria, por sociedad fiduciaria, etc.) y la introducción en el mercado comunitario⁷³⁶. En cambio, en el ámbito de la Unión Europea no se reconoce el agotamiento internacional.

2.2. Derecho de preuso

Otro punto importante cuando hablamos de las limitaciones del derecho de patente se refiere al derecho de preuso de la invención. Como ya señalado, en el supuesto en que dos personas crean la misma invención, de forma independiente, se concede la patente y con ella el derecho exclusivo a explotar la invención patentada al inventor que presente primero la solicitud de patente en la Oficina de Patentes correspondiente. Es decir, se concede la patente a uno de los dos inventores en perjuicio del otro simplemente por haber solicitado la patente primero.

⁷³⁴ MASSAGUER hace referencia a las varias sentencias acerca del agotamiento del derecho comunitario de patente. MASSAGUER, J. *Mercado común y Patente nacional...*, *op.cit.*, p. 165 y ss. Sobre algunas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre agotamiento y fundamentos de la doctrina del agotamiento comunitario vid. IDEM, "El derecho comunitario en materia de Propiedad Industrial...", *op.cit.*, pp. 38-43. IDEM, *Los efectos de la patente...*, *op.cit.*, p. 165 y ss. Aún sobre el agotamiento en nivel comunitario ver GALÁN CORONA, E. "La libre circulación de mercancías en la CEE y en el acuerdo suscrito por España en materia de patentes", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *et al. Derecho de Patentes: España y la Comunidad Económica Europea*. Barcelona, Ariel, 1985, p. 43.

⁷³⁵ MASSAGUER, J. *Mercado común y Patente nacional...*, *op.cit.*, p. 238 y ss.; IDEM, "En torno al art. 53 LP...", *op.cit.*, p. 154; IDEM, *Los efectos de la patente...*, *op.cit.*, p. 356 y ss.; PÉREZ DE LA CRUZ, A. "La Propiedad Industrial...", *op.cit.*, p. 444; RANGEL-ORTIZ, H. "Derechos concedidos por la patente...", *op.cit.*, pp. 94-95.

⁷³⁶ LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M. "Extensión y ámbito de protección de la patente...", *op.cit.*, p. 131.

Hay que considerar en este supuesto que, si se trata de una invención obtenida de modo independiente, resulta evidente que ninguno de los inventores era conocedor de la existencia de la otra invención. Como solución para conciliar ambos intereses el sistema de patentes ha otorgado carta de naturaleza al instituto conocido como “derecho de preuso”; a través de este instituto se permite al usuario, bajo condiciones más o menos rígidas, la continuación de la explotación de la invención después de que esta ha pasado a constituir el objeto de una patente concedida a otra persona⁷³⁷. Así, el titular de la patente no puede impedir ésta explotación iniciada con anterioridad al registro, así como la que se inicie con posterioridad, si los preparativos para efectuar tal explotación han sido serios y prioritarios (art. 54.1 de la LP⁷³⁸).

Claro está que el derecho de preuso trata de proteger al inventor que venía explotando la regla técnica patentada antes de la fecha de prioridad. No obstante, para que ocurra esta excepción deben concurrir cinco requisitos⁷³⁹: a) la posesión del objeto de la invención patentada con anterioridad a la fecha de prioridad; b) la buena fe en la posesión del preusuario⁷⁴⁰; c) la utilización de la invención o los preparativos serios y efectivos para realizarla; d) la actividad del preusuario ha de coincidir total o parcialmente con el contenido de la protección conferida al titular de la patente; y, e) posible relevancia de las actuaciones realizadas fuera de España (agotamiento del derecho de preuso).

⁷³⁷ BOTANA AGRA, M. “Efectos de la patente...”, *op.cit.*, p. 172.

⁷³⁸ Art. 1. “El titular de una patente no tiene derecho a impedir que quienes de buena fe y con anterioridad a la fecha de prioridad de la patente hubiesen venido explotando en el país lo que resulte constituir el objeto de la misma, o hubiesen hecho preparativos serios y efectivos para explotar dicho objeto, prosigan o inicien su explotación en la misma forma en que la venían realizando hasta entonces o para la que habían hecho los preparativos y en la medida adecuada para atender a las necesidades razonables de su empresa. Este derecho de explotación sólo es transmisible juntamente con las empresas”.

⁷³⁹ LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M. “Extensión y ámbito de protección de la patente...”, *op.cit.*, p. 121 y ss.; BOTANA AGRA, M. “El status jurídico del usuario anterior de la invención patentada...”, *op.cit.*, p. 80.

⁷⁴⁰ “Debe entenderse de buena fe el usuario anterior que tenga la creencia o convicción de que al explotar la invención o al realizar los preparativos para explotarla está ejercitando lícitamente un derecho propio sin lesionar intereses legítimos”. BERCOVITZ ÁLVAREZ, R. “El derecho de preuso...”, *op.cit.*, p. 164. En el mismo sentido GÓMEZ SEGADE, J. A. “Panorámica de la nueva Ley de Patentes...”, *op.cit.*, p. 381; BOTANA AGRA, M.; HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, F.; GARCÍA VIDAL, A. *Lecciones de Derecho Mercantil I...*, *op.cit.*, p. 157.

Por ello, lo que se pretende con el derecho de preuso de la invención es compensar de alguna forma al segundo inventor en los supuestos de “doble invención” realizada de modo independiente⁷⁴¹.

Es importante señalar aún que otra finalidad del derecho de preuso consiste en garantizar equitativamente la subsistencia y la rentabilidad de las inversiones efectuadas por el tercero que ha explotado la patente⁷⁴². Téngase en cuenta que en la mayoría de los casos el uso anterior habrá sido posible gracias a la actividad de investigación propia realizada por la empresa que lo explota o que se está preparando para ello, la cual habrá realizado unos esfuerzos e inversiones que, de impedírsele la explotación de la invención se verían defraudados, así que sólo es transmisible con la empresa y sólo se concibe con un ámbito económico limitado, pues sólo puede ejercitarse para atender las necesidades razonables de la empresa⁷⁴³.

2.3. Monopolio legal

El monopolio tiene como fundamento el interés público y social. Por ello, cuando la explotación de una invención le afecte, la Ley establece límites al derecho del titular sobre la invención. Así que, otra limitación del derecho de patentes está con relación al monopolio legal. En España esta limitación se

⁷⁴¹ BOTANA AGRA, M. “El status jurídico del usuario anterior de la invención patentada en el marco del proyecto de tratado de la OMPI sobre patentes de invención”, en *Colección de trabajos sobre la Propiedad Industrial en homenaje a Julio Delicado Montero-Ríos*. AIPPI, 1996. Para BERCOVITZ ÁLVAREZ, “se trata de no perjudicar al inventor que presenta su solicitud de patente más tarde o que, simplemente no está interesado en patentar su invento; se inmuniza al ‘segundo’ inventor frente al derecho exclusivo del titular de la patente, concediendo a aquél un derecho limitado a explotar la invención, invención que es también suya al fin y al cabo”. BERCOVITZ ÁLVAREZ, R. “El derecho de preuso previsto en el artículo 54 de la Ley 11/1986, de patentes: contenido y alcance”, en *Estudios sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia*. Colección de trabajos en homenaje a Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano. Barcelona, Grupo Español de la AIPPI, 2005, p. 161. En el mismo sentido PEDEMONTE FEU, J. *Comentarios a la Ley de Patentes...*, *op.cit.*, p. 122.

⁷⁴² GOMEZ SEGADE, J. A. *La modernización del derecho español...*, *op.cit.*, p. 200; IDEM, “Patentabilidad...”, *op.cit.*, pp. 271-272; FERNÁNDEZ-NOVOA, C. “Procedimiento de concesión y efectos de la patente en la nueva Ley española de Patentes”, *Actas de Derecho Industrial*, nº. 11, 1986, p. 102; BOTANA AGRA, M.; HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, F.; GARCÍA VIDAL, A. *Lecciones de Derecho Mercantil I...*, *op.cit.*, p. 157.

⁷⁴³ Para profundizar la temática ver BERCOVITZ ÁLVAREZ, R. “El derecho de preuso...”, *op.cit.*

expresa en el art. 58 de la LP⁷⁴⁴. De acuerdo con este artículo, el titular de la patente no podrá explotar su objeto por estar el mismo en régimen de monopolio. Por su parte, el monopolista sólo podrá utilizar la invención patentada cuando obtenga el correspondiente consentimiento del titular, bien por una cesión del derecho de patente o bien a través de una autorización o licencia de explotación.

El art. 58 está redactado con base en el art. 4 del CUP que establece que *“la concesión de una patente no podrá ser rehusada y una patente no podrá ser invalidada por el motivo de que la venta del producto patentado u obtenido por un procedimiento patentado esté sometida a restricciones o limitaciones resultantes de la legislación nacional”*.

No obstante, el inventor podrá exigir la explotación de su patente al monopolista, si el invento supone un progreso técnico “notable” para la industria del monopolio, así como a no abonar las anualidades para mantener la vigencia de la patente, mientras no pueda explotar el objeto de la patente, por imperativo del monopolio⁷⁴⁵. Pero, ¿quién decidirá que una invención es “notable” como para obligar al monopolista a que la aplique en su industria?

No cabe duda que se trata de una declaración de principio que suaviza la imposibilidad de explotación que, en la práctica, tiene el inventor si el monopolista no quiere considerar la invención que se le ofrezca como “notable”, situación que quedará al sano criterio de los Tribunales, que deberán decidir sobre la notabilidad del invento.

⁷⁴⁴ Art. 58. 1. *“Cuando se conceda una patente para una invención cuyo objeto se encuentra en régimen de monopolio legal, el monopolista sólo podrá utilizar la invención con el consentimiento del titular de la patente, pero estará obligado a aplicar en su industria, obteniendo el correspondiente derecho de explotación, aquellas invenciones que supongan un progreso técnico notable para la misma. 2. El monopolista tendrá derecho a pedir que se le autorice la explotación de la invención patentada, pudiendo exigir el titular de la patente, en caso de ejercicio de ese derecho, que el monopolista adquiera la patente. El precio que habrá de pagar el monopolista por el derecho a explotar la invención patentada o por la adquisición de la patente será fijado por acuerdo entre las partes o, en su defecto, por resolución judicial. 3. Sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando el monopolio fuera establecido con posterioridad a la concesión de la patente, el titular de la misma tendrá además derecho a exigir que el monopolista adquiera la empresa o las instalaciones con las que hubiera venido explotando la invención patentada, abonando un precio que se fijará por acuerdo entre las partes o, en su defecto, por resolución judicial. 4. Las patentes cuyo objeto no sea explotado por impedirlo la existencia de un monopolio legal no devengarán anualidades”*.

⁷⁴⁵ PEDEMONTTE FEU, J. *Comentarios a la Ley de Patentes...*, op.cit., p. 163.

2.4. Uso experimental

La limitación del derecho del titular de una patente aún encuentra límite cuanto al uso experimental de su invención. El art. 52.b de la LP establece que “*los derechos contenidos por la patente no se extienden: a los actos realizados con fines experimentales que se refieran al objeto de la invención patentada, en particular los estudios y ensayos realizados para la autorización de medicamentos genéricos, en España o fuera de España, y los consiguientes requisitos prácticos, incluidos la preparación, obtención y utilización del principio activo para estos fines*”.

El uso experimental es una utilización de la regla técnica contenida en la patente destinada a la investigación sobre dicha regla (para determinar cómo opera, qué efectos tiene), que puede estar encaminada a la mejora de la invención (hallar condiciones óptimas de funcionamiento, lograr un progreso técnico respecto de la solución descrita, etc.) o simplemente para conocer cómo funciona. Por esta razón, y dada la concepción estricta con que ha de entenderse este límite, hay que considerar excluidos de este supuesto los actos de experimentación que no tengan por finalidad exclusiva la mejora o consolidación de la regla técnica inventiva en sí misma considerada⁷⁴⁶.

Además, el uso experimental comprende tanto las investigaciones estrictamente académicas como aquellas que se efectúan en el marco de las actividades de *Research and Development* de una empresa, porque aunque cabría pensar que en este último caso podrían resultar lesionados los interés general en que se realicen de manera incesante experimentos o investigaciones a fin de impulsar los avances de todos los sectores de la técnica⁷⁴⁷.

Específicamente sobre el uso experimental de medicamento, con el objetivo de facilitar la preparación y el acceso a los *medicamentos genéricos*, toda vez que los genéricos constituyen una parte importante del mercado farmacéutico, quedan comprendidos entre los actos de experimentación los estudios y ensayos

⁷⁴⁶ FERNÁNDEZ-NOVOA, C.; OTERO LASTRES, J. M.; BOTANA AGRA, M. *Manual de la Propiedad Industrial...*, op.cit., p. 168.

⁷⁴⁷ FERNÁNDEZ-NOVOA, C.; GOMEZ SEGADÉ, J. A. *La modernización del Derecho español...*, op.cit., pp. 199-200.

realizados para obtener la autorización de comercialización de estos medicamentos, en España o fuera de España, así como los consiguientes requisitos o trámites prácticos, incluidas la preparación, obtención y utilización del principio activo para tales fines⁷⁴⁸.

3. La destrucción del modo de vida tradicional

El derecho de patente concede a su titular un derecho de exclusiva sobre la invención. Una vez concedida la patente el titular tiene pleno derecho de evitar que terceros, sin su consentimiento, produzcan, usen, coloquen a la venta, vendan, o importen con esos propósitos productos o procesos objeto de la patente. Es también inherente al derecho de exclusiva la posibilidad del titular ceder o transferir sus derechos por sucesión y realizar licencias. Así que si fuera concedida una patente sobre un determinado componente genético conocido por una comunidad tradicional o sobre cualquier otra creación intelectual tradicional, serían concedidos a su titular todos los derechos inherentes al sistema de patentes.

Por lo anterior, aparentemente se podría decir que los CTs estarían bien protegidos bajo este sistema; no obstante, prácticamente todas las investigaciones en esta dirección demuestran lo contrario: el contenido del derecho del sistema de patentes no ha sido suficiente para proteger la explotación

⁷⁴⁸ FERNÁNDEZ-NOVOA, C.; OTERO LASTRES, J. M.; BOTANA AGRA, M. *Manual de la Propiedad Industrial...*, op.cit., p. 168. “Esta excepción – que encuentra su precedente más relevante en la Ley Hatch-Waxman estadounidense del año 1984 – es conocida como ‘cláusula Bolar’, en referencia a la Sentencia dictada por el tribunal de Apelación del Circuito Federal de los Estados Unidos en el año 1984 en el asunto Roche Products Inc. v. Bolar Pharmaceutical Co. Inc. Esta sentencia Norteamérica concluyó que los llamados actos preparatorios de la autorización y comercialización del producto no estaban excluidos del ámbito del *ius prohibendi* del titular de la patente. Pero como consecuencia de este fallo judicial se aprobó la referida Ley Hatch-Waxman, en la que expresamente se establece la licitud de los actos preparatorios de la comercialización”. GARCÍA VIDAL, A. “Sentencia de 30 de junio de 2010: El alcance de la excepción de uso experimental en derechos de patentes. Alcance de la excepción de uso experimental con anterioridad a la reforma de la LP operada por la Ley 29/2006”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº. 85, enero-abril 2011, pp. 573-588. Para profundizar el debate sobre el tema ver IDEM, “La cláusula Bolar. (La licitud de los actos preparatorios de la autorización para comercializar un medicamento genérico realizados durante la vigencia de la correspondiente patente farmacéutica)”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXVI, 2005-2006, pp. 188-206.

no autorizada de terceros a los conocimientos y prácticas producidos por las comunidades tradicionales⁷⁴⁹. A continuación destacaremos algunos hechos que demuestran y confirman esta constatación.

La primera observación está relacionada con el derecho de exclusiva que posee el titular de una patente. Una vez concedida la patente sobre un CT, que desde luego no puede ser la comunidad tradicional teniendo en vista el carácter individual del sistema de patentes, que ya hicimos referencia, el titular tendría plenos derechos sobre esta patente. Así que, al ser patentado un CT la patente tendría un titular que no sería el creador (comunidad tradicional) con plenos derechos para decidir sobre la explotación y la comercialización de la invención. Esto, sin duda, sería un sinsentido, la comunidad que ha creado y desarrollado el conocimiento, a veces por muchos años, no tendría la autoridad y autonomía para decidir sobre la explotación o no de su creación.

Además, hay que considerar que las creaciones tradicionales son desarrolladas a partir de la libre circulación de información en el tiempo y en el espacio. Una vez concedida la patente sobre determinada creación a un tercero, la libre circulación de información y de uso de la creación podría ser prohibida por su titular.

La cuestión que se plantea entonces es: ¿Cómo se puede utilizar un sistema que tiene como contenido fundamental el reconocimiento de la protección a título exclusivo para regular los CTs, sin limitarlos o, además, sin (directa o indirectamente) interferir en la organización social y política de las comunidades que poseen esos saberes?

Claro está que la concesión de derechos exclusivos al titular de una patente (considerado individualmente o algunas personas identificables) cuando el objeto de invención sea elemento tradicional o basado en un elemento

⁷⁴⁹ Pese a que se ha constatado que el sistema de patentes no protege adecuadamente los CTs, no está de más recordar que la concesión de patentes u otros DPI sobre los CTs a personas naturales o jurídicas distintas de las poblaciones o comunidades indígenas que originaron esos conocimientos y que tienen, por derecho, el control legítimo sobre ellos es muy común. Sólo como ejemplo: es el caso de la cúrcuma en la India. **OMC**. Doc. IP/C/W198 (Comunicación de India). La India informa en su documento titulado "Protección de la biodiversidad y de los conocimientos tradicionales" sobre su experiencia en los casos de las patentes reivindicadas sobre la cúrcuma, la coloquíntida, el basmati y la margosa. Y el caso de la ayahuasca en Brasil (la planta nativa de la selva amazónica utilizada por miles de individuos de las comunidades indígenas del Amazonas en ceremonias sagradas curativas y religiosas). **OMC**. Doc. IP/C/W/228 (Comunicación de Brasil).

tradicional contraría una de las principales fuentes de generación de esos saberes, el intercambio.

Como es sabido, es este intercambio, sea de información, práctica, o de material genético, el que permite que el conocimiento de las comunidades tradicionales se enriquezca y que la base genética se perfeccione, contribuyendo al enriquecimiento de la biodiversidad. Es decir, el contenido de derechos de exclusiva del sistema de patente es completamente opuesto a la cultura, entendida en sentido amplio, de las comunidades tradicionales. En los supuestos de concesión de patentes sobre un CT, el intercambio de conocimientos y prácticas es minado en su origen⁷⁵⁰.

Otra observación se refiere al alcance de la protección de la patente. Para conocer el alcance de la extensión de la patente es necesario en el momento de la solicitud presentar, juntamente con la descripción del invento, las reivindicaciones de la invención con la regla o las reglas técnicas concretas para las cuales se está solicitando protección. O mejor dicho, el solicitante debe presentar las declaraciones en las cuales determina los elementos nuevos que integran el invento ideado por él. Así que, por ellas el solicitante delimita lo que considera que constituye la invención sobre la que se le debe atribuir el derecho de exclusiva. En este supuesto, se puede afirmar que, muy probablemente, la mayoría de las comunidades tradicionales no poseen conocimiento e informaciones suficientes para decir en que consisten sus invenciones y tampoco el ámbito de aplicación de las mismas. Por ello, al igual que ocurre con la necesidad de descripción del invento, en relación con las reivindicaciones existe una limitación de naturaleza técnica por parte de las comunidades tradicionales para presentar la descripción del invento.

⁷⁵⁰ “El sistema de patentes torna reservado un conocimiento que era compartido de manera diversa, sea por especialización local, sea por libre circulación de ideas e informaciones. El sistema de patentes perjudica el modo como se producen y usan los conocimientos tradicionales, y no es posible usar para proteger los conocimientos tradicionales los mismos mecanismos que protegen la innovación en los países industrializados, bajo pena de destruir el sistema que los produce y matar el que se quería conservar. Al final, lo que es ‘tradicional’ en los conocimientos tradicionales no es su antigüedad, sino el modo como son adquiridos y usados, pues muchos de esos conocimientos son de hecho recientes”. SANTILLI, J. “Biodiversidade e conhecimentos tradicionais...”, *op.cit.*, p. 58. “Los derechos de propiedad intelectual se basan en la exclusividad y, en el caso específico del régimen de patentes, en la apropiación monopolística del conocimiento. A través de la exclusión del otro de los beneficios y del acceso al conocimiento, se está impidiendo que éste fluya y se reproduzca, al mismo tiempo que se privatiza la biodiversidad”. CALDAS, A. *La regulación jurídica del conocimiento tradicional...*, *op.cit.*, p. 135.

Otra observación que debe ser añadida es la posibilidad de que no se proteja una invención cuando ésta es equivalente a otra que ya fue patentada. De hecho, si así lo fuera, probablemente mucho de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales no recibirían protección una vez que muchos de ellos se equivalen. Aunque ya hicimos referencia, es importante destacar que las comunidades tradicionales al crear o desarrollar un conocimiento no lo hacen con la intención de que sea distintos de otros que ya existen, que no sean equivalentes, que no cumplan la misma función, que no fueran creados por otra comunidad; lo que se persigue es atender a las necesidades prácticas de la comunidad.

Hay que agregar al análisis que el derecho de exclusiva concedido por el sistema de patentes tiene algunos límites, entre ellos está establecido que el titular de la patente tiene que permitir los actos sin una directa finalidad industrial o comercial. Este con seguridad va a tener consecuencias también en los hechos de concesión de patentes a los CTs.

Ello se pone de manifiesto en relación con el agotamiento del derecho de patentes. Es decir, una vez introducida la invención en el comercio las comunidades tradicionales perderían completamente el control sobre los usos de sus conocimientos, pues, como es sabido, cuando el objeto de la patente se introduce en el mercado la circulación del objeto es libre, no se puede más restringir o prohibir su comercialización, toda vez que en el proceso de concesión de patentes no se puede delimitar, como en un contrato, los usos permitidos y no permitidos.

El problema mayor está, como ya hemos señalado en este trabajo, que algunas comunidades tradicionales, especialmente las comunidades indígenas, tienen una serie de restricciones a la utilización de algunos de sus conocimientos que tienen carácter confidencial para la comunidad, en especial para los ancianos. Asimismo, son conocimientos que forman parte de una cosmovisión holística y que, por tanto, no pueden ser entendidos como separados del resto de la realidad y, por eso, afectan a diferentes aspectos de la vida social, cultural y económica de la comunidad, sobre todo con relación a la espiritualidad. Por ello, algunas comunidades no conciben la idea de que algunos de sus conocimientos puedan ser utilizados en circunstancias contrarias a sus creencias espirituales y religiosas.

Cabe agregar además otra situación: imagínese una hipótesis en que una comunidad tradicional autoriza a un tercero a patentar un conocimiento de ella, pero este conocimiento también es compartido con dos o más comunidades; la comunidad que autorizó el patentamiento del conocimiento recibirá los beneficios económicos derivados de la explotación y comercialización del mismo. No obstante, ¿cómo quedan las otras comunidades que ayudaron a desarrollar el referido conocimiento y que no pueden transferir sus derechos sobre ello, una vez que otra persona física o jurídica ya posee los derechos exclusivos sobre él?. Obviamente que a partir del derecho de preuso podrá continuar utilizando tal conocimiento, pero no podrá disponer de ellos a terceros y no recibirá ninguna compensación económica por ello.

Con relación al monopolio legal, como señalado, el titular de la patente podrá exigir la explotación de su patente al monopolista, si el invento supone un progreso técnico “notable” para la industria del monopolio, lo que desde luego difícilmente va ocurrir con los CTs.

Por fin, hay que hacer referencia a la limitación del uso experimental. Si consideramos que los CTs son creados y desarrollados por tentativas, por pruebas y error, y que distintas generaciones agregan aportaciones a esos conocimientos que, como adelantamos, no son estáticos sino dinámicos, la mayoría de los conocimientos, innovaciones y prácticas son de uso experimental. Y, por lo tanto, no recibirían ningún tipo de protección por el sistema de patentes, especialmente los conocimientos relacionados con la medicina tradicional. Las descubiertas de las medicinas tradicionales, de los compuestos de hierbas, las pócimas son fruto de tentativas entre millones de posibilidad y que continúan siendo testados por los chamanes o por los curanderos de las comunidades tradicionales.

Además, vamos imaginar una situación hipotética: una expresa patenta una invención con base en un conocimiento tradicional. La comunidad poseedora de ese conocimiento, a su vez, hasta podría “negociar” el mismo conocimiento con un tercero, persona física o jurídica; no obstante, ese tercero sólo podría utilizar ese conocimiento para uso experimental y no para explotación comercial, una vez que dicho conocimiento ya es objeto de patente. ¿Cuál sería, entonces, el interés de terceros sobre un conocimiento que ya fue patentado? La respuesta es sencilla, ninguno. O sea, el conocimiento tradicional, una vez patentado, sólo

puede ser utilizado con fines experimentales. Ello conllevaría que este conocimiento objeto de la patente no tendría más ningún “valor económico” para la comunidad tradicional, toda vez que terceros no tendría más ningún interés en él, que, como afirmamos, sólo podría ser usado con fines de uso experimental y no para explotación comercial.

Por todo lo expuesto anteriormente, no es demasiado afirmar que un sistema que tenga la pretensión de proteger los CTs debe, además de conceder derechos exclusivos y prevenir su explotación sistemática por parte de un tercero no autorizado, reconocer el carácter colectivo e intergeneracional de esos conocimientos, garantizar la identidad cultural y espiritual de las comunidades tradicionales y el libre cambio de informaciones, conocimientos y recursos en el interior de las comunidades locales e indígenas⁷⁵¹. Excepción, claro está, para fines de investigación científica. Sin embargo, incluso en los casos de investigaciones el proceso de exploración debe ser hecho dentro de determinados principios, que analizaremos en el capítulo cinco.

VII. LA PROTECCIÓN TEMPORAL Y LOS ALTOS COSTES DEL DERECHO DE PATENTES

1. Plazo de protección del derecho de patentes

Otro elemento que debe ser subrayado con relación al sistema de patentes es su protección temporal. Concedida la patente, su titular tiene el derecho de exclusiva a la explotación sobre la misma por un plazo de 20 años, contados a

⁷⁵¹ “¿El camino de las patentes protege el conocimiento nativo? Proteger ese conocimiento implica una continua disponibilidad y acceso a él por parte de las generaciones futuras, en sus prácticas agrícolas diarias y de cuidar de la salud. Si la organización económica que emerge basada en las patentes destruye los estilos de vida y los sistemas económicos nativos, el conocimiento nativo no está siendo protegido como herencia viva”. SHIVA, V. “As negociações internacionais sobre a imposição de patentes...”, *op.cit.*, p. 104.

partir de la fecha de presentación de la solicitud, de acuerdo con el art. 33 del ADPIC⁷⁵². Después de este plazo el conocimiento cae en dominio público.

Pese a que el art. 70.1 del ADPIC señala que el Acuerdo no genera obligaciones relativas a actos ocurridos antes de su fecha de aplicación para los respectivos miembros y que tal plazo sólo debe ser observado para las patentes concedidas después de la entrada en vigor del Acuerdo, es importante advertir que incluso antes de la entrada en vigor del Acuerdo la mayoría de las leyes nacionales y otros acuerdos ya establecían este mismo plazo⁷⁵³.

2. Los costes de solicitud y mantenimiento de patentes

Como ya hemos señalado previamente, en el momento que se inicia el procedimiento de concesión que puede conducir a la obtención de la de patente hay algunos requisitos formales que debe cumplir el solicitante. Entre ellos está la necesidad de comprobar el pago de las tasas de depósito.

Estas tasas, a su vez, no son muy económicas. El coste de solicitud de una patente oscila entre 3.000 euros y 6.000 euros según el país⁷⁵⁴. De acuerdo con información de la Oficina Española de Patentes y Marcas, en 2006, por ejemplo, una patente con protección en toda la Europa costaba 35.000 euros⁷⁵⁵.

⁷⁵² El cómputo del plazo de veinte años desde la fecha de presentación de la solicitud de patente, lleva en ocasiones a que la vida operativa de la patente para su explotación industrial y comercial se quede reducida a una duración notablemente menor a dicho plazo, una vez “*que la duración efectiva de la patente pueda variar en función del tiempo que transcurra entre la fecha de presentación de la respectiva solicitud y la de su concesión por la OEPM*”. BOTANA AGRA, M. “Efectos de la patente...”, *op.cit.*, p. 160. El plazo de 20 años para protección de una patente en el ADPIC fue sostenido por la Comunidad Europea, Japón y Estados Unidos. DHAR, B.; RAO, C. N. “La vinculación de los derechos de Propiedad Intelectual...”, *op.cit.*, p. 158.

⁷⁵³ De acuerdo con el Convenio de Munich, el derecho del titular de un patente se extiende por 20 años, contados desde la fecha de solicitud.

⁷⁵⁴ Información disponible en <<http://www.inventosnuevos.com/patentes/>>. Consultada el 24 de abril de 2011.

⁷⁵⁵ Disponible en <http://www.oepm.es/cs/Satellite?c=Page&cid=1148901903757&classIdioma=_es_es&idPage=1148901903757&pagename=OEPMSite%2FPage%2FtplContenidoInformacionGeneral&rendermode=preview&idInfo=1233384098447&canal=CAN3&idPagAnterior=1233384104310&volver=SI>. Consultada el 24 de abril de 2011.

Además de las tasas de solicitud es necesario el pago de tasas anuales de mantenimiento de la patente. El coste de mantenimiento varía también según los países, por ejemplo en España van desde los 30 euros el primer año hasta los 700 euros el año 20º durante los 20 años de duración de la protección⁷⁵⁶.

3. Los conocimientos tradicionales frente a la protección temporal del derecho de patentes y los altos costes de mantenimiento de patentes

Los CTs, como ya hemos señalado, son creados y desarrollados a lo largo de los siglos, pasando de generación en generación, perdurando, por lo tanto, por mucho más de veinte años, plazo de protección del derecho de patente, lo que queda demostrado, una vez más, la inviabilidad de su protección por este sistema.

Además de la protección temporal, otra dificultad está con relación a los costes económicos muy altos para solicitar y mantener una patente, lo que también es inviable para las comunidades tradicionales, que no dispone de recursos financieros suficientes⁷⁵⁷.

Incluso considerando, por ejemplo, que una comunidad tradicional patentase un producto correrían el riesgo de que otros lo copiasen. La comunidad, por las propias características de aislamiento y condiciones tecnológicas, no podría saber lo que está ocurriendo y, aunque se enterara, presentar una demanda podría también salir muy caro. Mientras que las empresas transnacionales tienen sus propios abogados y recursos financieros que les proporcionan un apoyo jurídico eficaz, las comunidades tradicionales rara vez cuentan con esos recursos o defensores. Sin tener en consideración que la

⁷⁵⁶ Información sobre el valor de las tasas de mantenimiento de una patente en España está disponible en el sitio Web de la Oficina Española de Patentes y Marcas <<http://www.oepm.es>>. Consultada el 24 de abril de 2011.

⁷⁵⁷ “Un obstáculo importante es que el proceso de obtener una patente, que incluye pagar por el registro, el examen y la concesión de la misma, es caro y lleva mucho tiempo. Además hay que renovarla cada año. En realidad, el gasto puede estar fuera de las posibilidades de muchas comunidades”. POSEY, D. A.; DUTFIELD, G. *Más allá de la Propiedad Intelectual...*, op.cit., pp. 83-84. En el mismo sentido DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, op.cit., p. 105.

compañía puede convencer al juez de que su producto, uso o proceso es lo suficientemente diferente del original como para constituir un invento⁷⁵⁸.

VIII. LA INEFICIENCIA DEL DERECHO DE PATENTES EN LA PROMOCIÓN DEL REPARTO JUSTO Y EQUITATIVO DE LOS BENEFICIOS

La repartición justa y equitativa de los beneficios oriundos de la utilización de CT por tercera persona ajena a las comunidades tradicionales que dieron origen a esos conocimientos es uno de los principios asegurados en el CDB⁷⁵⁹, como se ha analizado en el capítulo II. A pesar de ello, es posible constatar que el Acuerdo sobre los ADPIC autoriza la concesión de patentes sobre invenciones que utilizan materiales genéticos sin exigir que se respeten las disposiciones del CDB en relación con el consentimiento fundamentado previo y la participación en los beneficios. Así que, algunas entidades, como institutos de investigación, universidades o laboratorios, han conseguido patentes sobre fragmentos de conocimientos obtenidos de comunidades locales o indígenas que, por su parte, no han recibido nada a cambio como una forma de compensación⁷⁶⁰.

Con relación a ese tema varias causas pueden ser destacadas. Primero, las comunidades tradicionales raramente o nunca son invitadas a tener conjuntamente una patente, es decir, las comunidades tradicionales tienden a no gozar de los derechos de propiedad legal sobre sus conocimientos, innovaciones

⁷⁵⁸ POSEY, D. A.; DUTFIELD, G. *Más allá de la Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 84.

⁷⁵⁹ El final del art. 8 (j) expresa que cabe a los Estados Miembros fomentar "...que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente".

⁷⁶⁰ Para conocer varios ejemplos de patentes concedidas en Europa e Estados Unidos sin el conocimiento y consentimiento de las comunidades poseedoras del conocimiento o sin el debido reparto de los beneficios, consultar ZERDA SARMIENTO, Á. *Derechos de Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, pp. 91-93.

y prácticas⁷⁶¹. Un curandero tradicional, por ejemplo, difícilmente será llamado inventor.

Segundo, las empresas que utilizan material genético o CT asociado prefieren negociar con los gobiernos y mantenerse a distancia de las comunidades tradicionales, y, por tanto, no tienen que repartir los beneficios⁷⁶².

Y, tercero, vamos considerar además el siguiente escenario, que parece bastante común: una sustancia es retirada de un país y una patente extranjera es concedida. La sustancia no es obtenida de acuerdo con las normas de acceso y repartición de beneficios del país proveedor, y el titular de la patente tampoco asume el compromiso legal de repartir los beneficios obtenidos de la comercialización. Mucho más allá de esto, el país que concede la patente no impone la condición de que el titular deba repartir los beneficios con el país proveedor, ni en la fase de la concesión de la patente ni en la de comercialización. Obviamente, en este escenario muy común, los términos del CBD están siendo violados. Sin tener en consideración que muchos países todavía no efectuaron normas de acceso a los CTs y la repartición de los beneficios derivados de la utilización de los mismos. Así que se patenta lo que es nuevo, aprovechando lo que era tradicional, sin ninguna remuneración a las comunidades poseedores del conocimiento original.

Además, como es muy común, los portadores de la patente (en los casos que ha sido otorgada a laboratorios, institutos de investigación o Universidades) no reconocen derechos a los países de origen ni a las comunidades que aportan el conocimiento, constituyendo una apropiación ilegítima, pues se excluye de su usufructo económico a los que son los verdaderos innovadores⁷⁶³.

⁷⁶¹ "Las patentes no reconocen el saber colectivo ni ancestral, y, por lo tanto, no son un mecanismo apropiado para protegerlo y recompensarlo. Las patentes concedidas sobre plantas de usos tradicionales, después de leves modificaciones en los laboratorios, son un ejemplo de la apropiación de recursos comunitarios por parte de las transnacionales de los recursos y conocimientos de los agricultores, y del despojo de sus derechos". MARTÍNEZ, A-R. "Negocian el control sobre los recursos genéticos para la agricultura. Semillas en la economía campesina", *Programa semillas*, 6, 1996, p. 04.

⁷⁶² DUTFIELD, G. "Repartiendo beneficios da biodiversidade...", *op.cit.*, p, 67.

⁷⁶³ BRAVO, E. "Etnobotánica, Derechos de Propiedad Intelectual y biodiversidad", en RÍOS, M.; PEDERSEN, H. *Memorias del segundo Simposio Ecuatoriano de Etnobotánica y Botánica Económica*. Quito, Ediciones Abya-Yala, 1997, p. 129.

Para algunos la conclusión es que el sistema de patentes responde a intereses de sectores específicos y está basado en la “*injusticia*” por lo que es “*insostenible y debe cambiarse*”⁷⁶⁴.

Asimismo, la protección por medio de patente otorga al “creador” un derecho del invento con un doble sentido: personal – la invención otorga a su autor el derecho personalísimo a ser reconocido como autor de la invención –; y patrimonial – ganancias obtenidas de la explotación de la misma. Y, como señalamos anteriormente, los CTs no son estáticos, son fruto de una suma de conocimientos adquiridos por las personas, por toda la comunidad, al largo de los siglos, que es transmitido de generación en generación. ¿Cómo, entonces, otorgar a una única persona el reconocimiento de autoría de un conocimiento? Además, ¿El lucro sería, en caso de concesión de patente, del ‘supuesto’ inventor o de la comunidad?

Hay que añadir que las patentes concedidas sobre CT reducen el valor económico de estos conocimientos, pueden frenar el desarrollo y la utilización de esos conocimientos en el mercado y facilitar la utilización o explotación por terceros sin que las comunidades productoras de los mismos obtengan algún beneficio⁷⁶⁵. Puesto en estos términos, el tema de la protección a los CTs y el uso sostenible de la biodiversidad no consisten entonces solamente en un problema de justicia en la repartición justa y equitativa de los beneficios. También reside en la diferencia institucional de las comunidades tradicionales y la sociedad moderna, lo cual debe ser tenido en cuenta también con respecto a la retribución de beneficios, que no sólo tienen que ser económicos, sino además de generación de capacidades para preservar y desarrollar los sistemas de conocimiento, de cuya supervivencia depende la supervivencia de las comunidades tradicionales. Es necesario entonces pensar en nuevos sistemas de derechos en los cuales se

⁷⁶⁴ JACANAMIJOY, A. “Iniciativas para la protección de los derechos de los titulares del conocimiento tradicional, las poblaciones indígenas y las comunidades locales”, *Documento preparado por COICA para la Mesa Redonda sobre Propiedad Intelectual y Pueblos Indígenas de la OMPI*. Ginebra, 23 y 24 de julio de 1998. Doc. OMPI/INDIP/RT/98/4E, p. 03.

⁷⁶⁵ **OMC**. Doc. IP/C/W/370/Rev.1..., *op.cit.* Esta posición también es señalada por algunos autores. REYES, por ejemplo, advierte que la introducción de ciertas especies en el sistema de mercado no garantizaría ni que su precio refleje su valor, ni que este mecanismo ayude a la conservación de la biodiversidad en general, ni siquiera al de las especies en particular, “*pues una vez extraído el compuesto secundario que proporciona la información genética requerida la planta deja de tener valor comercial*”. REYES, V. *Biodiversidad*. Editorial E. Bravo, 1996, p. 98.

protejan las comunidades tradicionales y sus conocimientos, dentro de sus propios sistemas de valores.

Por todo lo dicho, es importante reconocer que el régimen de DPI, especialmente el sistema de patentes, ha fallado en la protección de los CTs y que debe ser reemplazado por un sistema *sui generis* que reconozca formalmente el derecho de las comunidades tradicionales a negar o conceder el acceso a sus conocimientos, innovaciones y prácticas⁷⁶⁶, pero no limitado solamente a la cuestión de repartición de beneficios derivados de ellos (aunque sea un elemento necesario en el proceso de protección de los CTs, como veremos en el capítulo V).

Para concluir es necesario advertir que la participación de las comunidades tradicionales, la repartición de los beneficios, la concesión de derechos a tercera persona ajena a los legítimos poseedores de los conocimientos, el consentimiento previo para explotación de CT, sólo tienen sentido si primero quedan claros cuáles son los mecanismos más eficaces para la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales.

⁷⁶⁶ NIJAR, G. S. "In defense of local community knowledge...", *op.cit.*, p. 35.

CAPÍTULO IV

LA PROTECCIÓN DE LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES A TRAVÉS DEL SISTEMA DE PROPIEDAD INTELECTUAL: INADECUACIÓN DEL DERECHO DE AUTOR

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con los comentarios al Proyecto de Disposiciones Tipo de la OMPI para Leyes de Derecho de Autor, los países en desarrollo tienen un rico patrimonio en manifestaciones literarias, culturales y artísticas que caracterizan su identidad nacional. Por tanto, para esos países las ECTs representan *“una tradición viva y activa, y no un mero recuerdo del pasado”*⁷⁶⁷.

A pesar del reconocimiento de la importancia de esas expresiones, esos países no siempre pueden protegerlas, preservarlas ni promover su divulgación, y al igual que la materia protegida por la mayor parte de las formas de PI, y a diferencia de los objetos culturales únicos, las ECTs pueden ser reproducidas y, por tanto, susceptibles de ser copiadas, adaptadas y explotadas comercialmente, razones por las cuales es imprescindible: a) tomar medidas para evitar que dichas

⁷⁶⁷ **OMPI.** “Comentarios al proyecto de las Disposiciones Tipo para Leyes Nacionales en Material de Derecho de Autor”, Ginebra, 1989. Además, la UNESCO en la Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular..., *op.cit.*, señala en el preámbulo que *“la cultura tradicional y popular, en la medida en que se plasma en manifestaciones de la creatividad intelectual individual o colectiva, merece una protección análoga a la que se otorga a las producciones intelectuales. Una protección de esta índole para desarrollar, perpetuar y difundir en mayor medida este patrimonio, tanto en el país como en el extranjero, sin atender contra los intereses legítimos”*.

expresiones sean utilizadas bajo condiciones que atenten contra su integridad, pues es frecuente que las mismas se deformen cuando se considera más conveniente para sus fines comerciales, de manera que las ECTs comienzan a ser interesantes desde el punto de vista económico, como si fueran simples mercancías, no considerando los valores culturales allí encarnados; b) Instrumentar los medios para que las explotaciones que se efectúen de esas expresiones se dé con el consentimiento fundamentado previo y que causen una retribución económica justa para las comunidades que las han creado, aunque quede por determinar su destinatario⁷⁶⁸.

Es evidente la generalización de la aceptación de la idea de que es necesario un sistema que proteja efectivamente las ECTs. Obviamente, a pesar de no tener un único “propietario”, las comunidades tradicionales se preocupan por que personas extrañas, sin su consentimiento y autorización, reproduzcan sus obras de arte, artesanías, canciones y dibujos sin su permiso y que olviden mencionar de donde provienen, o que hagan pasar obras de arte indígena como obras de arte genuino cuando no lo son. Por ello, reivindican la posibilidad de controlar las utilidades que se hacen de sus expresiones, para evitar los atentados contra ellas y obtener la repartición de los beneficios para la comunidad donde se originan⁷⁶⁹. El problema está en determinar cuál es el mejor sistema para esa efectiva protección.

⁷⁶⁸ ANTEQUERA PARILLI, R. “La tutela del folklore...”, *op.cit.*, p. 519.

⁷⁶⁹ Estos son los deseos de los principales interesados en la protección de la ECTs, las comunidades tradicionales. La propia OMPI señala que “*por lo general, los titulares de conocimientos tradicionales y sus representantes consultados durante las misiones exploratorias designaron dos conjuntos principales de necesidades y preocupaciones: i) en primer lugar, algunos de estos titulares y representantes deseaban beneficiarse de la comercialización de sus expresiones culturales. Deseaban que se protegiesen sus expresiones culturales a fin de recibir compensación por su creatividad, y de excluir del mercado a competidores no indígenas o no tradicionales. Podría decirse que este grupo deseaba una “protección positiva” de sus expresiones culturales; ii) en segundo lugar, algunos de estos titulares y representantes se inquietaban por el daño cultural, social y psicológico que podía ocasionar la utilización no autorizada de su arte. Deseaban controlar, e incluso impedir completamente, la utilización y divulgación de sus expresiones culturales. Para este grupo, la explotación comercial de sus expresiones culturales podría entrañar la pérdida de su significado original lo que, a su vez, ocasionaría perturbaciones e incluso la disolución de su cultura. Podría decirse que este grupo deseaba una “protección defensiva” de sus expresiones culturales*”. OMPI. Doc. WIPO/GTKF/IC/3/10. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “Informe final sobre las experiencias nacionales en materia de protección jurídica de las expresiones del folclore”, 25 de marzo de 2002, p. 14. Disponible en <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_3/wipo_grtkf_ic_3_10.pdf>. Consultada el 04 de mayo de 2011.

Como ya se ha dicho en el capítulo tercero, a pesar de no haber un “acuerdo” sobre cuáles serían los instrumentos más eficientes, hay una preferencia de los países desarrollados, de la OMC y de la OMPI (que intentan imponer sus preferencias a los países en desarrollo) por que las ECTs sean protegidas por vía del sistema de PI, más precisamente el derecho de autor⁷⁷⁰.

Pese a esta preferencia, la protección de las ECTs a través del derecho de autor no es consenso. Todo lo contrario, mucho se ha debatido sobre la posibilidad de proteger las ECTS vía derecho de autor⁷⁷¹, teniendo en cuenta las características de esas expresiones y la naturaleza jurídica de los derechos sobre las mismas, analizadas en el capítulo primero. Asimismo, hay que señalar que no es suficiente simplemente decir que las normas del derecho de autor no son suficientes para proteger las ECTs; la protección de esas expresiones vía derecho de autor necesita ser mejor analizada.

Por ello, a lo largo de ese capítulo intentaremos demostrar por qué el derecho de autor es un sistema inadecuado para proteger eficazmente las ECTs. El análisis será desarrollado con la misma metodología del capítulo anterior. Es decir, no vamos a agotar el debate con relación a este sistema de protección, sino a centrar el referido análisis en los aspectos más importantes para entender el

⁷⁷⁰ La propia OMPI señala que el centro de los análisis de los objetivos en relación con la protección de las ECTs son “*los objetivos que están relacionados específicamente con la protección de las ECT mediante el sistema de PI*”. **OMPI**. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “Proyecto de análisis de carencia en materia de protección de conocimientos tradicionales...”, *op.cit.*, p. 09. DUTFIELD, a su vez, destaca que la posibilidad de proteger las ECTs mediante el derecho de autor no es nueva, se planteó en la Conferencia Diplomática de Estocolmo en 1967 para la revisión del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 100. Cabe añadir que, tal como puede verse el Informe WIPO/GTRKF/IC/3/10, al menos 23 países, de los 64 que responden a un cuestionario sobre la materia, conceden protección jurídica específica a las ECTs como propiedad intelectual. De estos Estados la gran mayoría conceden protección en el marco de su legislación nacional sobre derecho de autor. **OMPI**. Doc. WIPO/GTRKF/IC/3/10..., *op.cit.*, pp. 40-41.

⁷⁷¹ En este sentido se pronuncian: “*Etiopía (OMPI/GTRKF/IC/1/13, párrafo 50), Grupo Asiático (OMPI/GTRKF/IC/2/16 párrafo 170), Tailandia (OMPI/GTRKF/IC/2/16, párrafo 172), Grupo Africano (WIPO/GTRKF/IC/4/15, párrafo 62), Brasil (WIPO/GTRKF/IC/4/15, párrafo 63), Venezuela (WIPO/GTRKF/IC/4/15, párrafo 65), Colombia (WIPO/GTRKF/IC/4/15, párrafo 67), Federación de Rusia (WIPO/GTRKF/IC/4/15, párrafo 68), República Islámica del Irán (WIPO/GTRKF/IC/4/15, párrafo 69), Indonesia (WIPO/GTRKF/IC/4/15, párrafo 74), Marruecos (WIPO/GTRKF/IC/4/15, párrafo 76), Egipto (WIPO/GTRKF/IC/4/15, párrafo 80), y Comunidad Andina (WIPO/GTRKF/IC/4/15, párrafo 82)*”. **OMPI**. Doc. WIPO/GTRKF/IC/6/3. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “Las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore: opciones políticas y jurídicas”, 1 de diciembre de 2003, p. 30. Disponible en <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_6/wipo_grtkf_ic_6_3.doc>. Consultada el 05 de mayo de 2011.

sistema de protección de una “obra” vía derecho de autor en los puntos que lo hacen inadecuado para proteger las ECTs.

Además, advertimos que muchos de los argumentos que hacen al sistema de patentes inadecuado para proteger los CTs de naturaleza técnica o asociados a los recursos genéticos, analizados en el capítulo tercero, pueden ser atribuidos también al derecho de autor con relación a la protección de las ECTs, en especial la titularidad individual, la protección temporal (en el caso del derecho de autor los derechos patrimoniales) y la concesión de monopolio. Por esto no vamos a profundizar en el debate de estos temas.

Señalamos también que, como en el capítulo tercero, para analizar el sistema de derecho de autor utilizaremos primordialmente la doctrina española.

II. PROPIEDAD INTELECTUAL Y DERECHO DE AUTOR

En primer lugar creemos que es conveniente hacer una pequeña matización referente a la terminología que envuelve la propiedad intelectual y el derecho de autor, puesto que muchas veces las dos son utilizadas como sinónimas.

En los países de tradición jurídica continental, basada en el Derecho Romano, el término “propiedad intelectual” ha sufrido una evolución. Podemos decir que existen dos posicionamientos: unos prefieren utilizar la denominación “propiedad intelectual” en sentido amplio que engloba además del derecho de autor la propiedad industrial (patentes, dibujos o modelos industriales, marcas, nombres y denominaciones comerciales), porque entienden que el concepto abarca todos los tipos de propiedades especiales, incluida la propiedad intelectual en sentido estricto (derecho de autor)⁷⁷². Todavía otros prefieren utilizar la

⁷⁷² GARCÍA PÉREZ destaca que la CE viene utilizando el término propiedad intelectual para referirse tanto al derecho de autor como a la propiedad industrial. Ejemplo de eso es la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, que incluye en el término “derecho de propiedad intelectual” los derechos de propiedad industrial. Por otro lado, la CE utiliza el término “*copyright*” para referirse al derecho de autor, como prueba, entre otras, la

denominación “derecho de autor”, para referirse a la propiedad intelectual en sentido estricto, pues entienden que es la terminología más adecuada, una vez que la terminología “propiedad intelectual” se refiere específicamente al aspecto patrimonial de ese derecho, en cuanto que la terminología “derechos de autor” se basa en sus elementos personal y moral⁷⁷³.

En España, por ejemplo, hay una preferencia por la utilización del término “propiedad intelectual” para referirse al “derecho de autor”, una vez que tanto la Constitución cuanto el Código Civil emplean la expresión “propiedad intelectual” en este sentido⁷⁷⁴.

Asimismo, la doctrina española parece tener preferencia por la utilización del término “propiedad Intelectual” respecto del “derecho de autor”⁷⁷⁵. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y ESPÍN ALBA, por ejemplo, entienden que el término “derecho de autor” resulta un concepto más descriptivo y aséptico y,

Directiva 2001/29/CE de Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. GARCÍA PÉREZ, R. “¿Propiedad Intelectual o Derecho de Autor? Un problema terminológico”, en GARCÍA PÉREZ, R.; LOPEZ SUÁREZ, M. A. (Eds.). *Nuevos retos para la Propiedad Intelectual*. A Coruña, Servizo de publicación Universidad da Coruña, 2008, pp. 188-189.

⁷⁷³ Sobre la problemática en torno de las expresiones “Propiedad Intelectual” y “Propiedad Industrial” ver BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de Derecho Industrial...*, *op.cit.*, p. 103 y ss.; GÓMEZ SEGADE, J. A. “La Propiedad Industrial en España...”, *op.cit.* pp. 83-85; GARCÍA PÉREZ, R. “¿Propiedad Intelectual o Derecho de Autor?...”, *op.cit.*, p. 188 y ss.; CASADO CERVINO, A. “Interrelación entre Propiedad Industrial y Propiedad Intelectual su tratamiento en la vigente legislación española”, en *Estudios sobre Derecho Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia en homenaje a Hermenegildo Baylos Corroza. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 1992, pp. 97-110, p. 99.

⁷⁷⁴ La Ley de Propiedad Intelectual también utiliza el término “propiedad intelectual” al referirse a otros derechos de propiedad intelectual, según el epígrafe del Libro II, que los regula. Así que “*la propiedad intelectual tiene pues tanto una acepción estricta, equivalente a derecho de autor, como una acepción amplia, correspondiente al título de la propia LPI, equivalente a todos los derechos que la misma ordena, el autor y los demás, relacionados con aquel*”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Manual de Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 17.

⁷⁷⁵ A pesar de esa preferencia, algunos autores utilizan el término propiedad intelectual en sentido lato para referirse a los derechos sobre los bienes inmateriales que incluye tanto la propiedad industrial como el derecho de autor. A título de ejemplo podemos apuntar BOTANA AGRA, M. “El Derecho de Autor en la Unión Europea: estado actual y perspectiva”, *Noticias de la Unión Europea*, año XXIV, nº. 286, noviembre de 2008, p. 05; GÓMEZ SEGADE, J. A. “La mundialización de la Propiedad Industrial...”, *op.cit.*, pp. 31-32; IDEM, “Propiedad Industrial”, en GÓMEZ SEGADE, J. A. *Tecnología y Derecho...*, *op.cit.*, p. 84.

consecuentemente, se presta mejor a contenidos de cualquier tipo, incluidos los de índole personalísima o moral; por eso la preferencia⁷⁷⁶.

Los legisladores franceses, italianos, alemanes, portugueses y latinoamericanos, por su parte, están sustituyendo la expresión “propiedad intelectual” en sentido estricto por la “derecho de autor”⁷⁷⁷. La primera es más utilizada para expresar, en sentido amplio, el conjunto de disciplinas que tienen en común la protección de bienes inmateriales, de acuerdo con los Convenios y Acuerdos internacionales.

El Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, firmado en Estocolmo el 14 de julio de 1967, señala en su art. 2, relativo a las definiciones, que la propiedad intelectual comprende dos ramas: 1) La propiedad industrial: invenciones, descubrimientos científicos, marcas, dibujos y modelos industriales y denominaciones de origen; 2) El derecho de autor y los derechos conexos.

Igualmente, el ADPIC en el art. 1.2 utiliza la terminología “propiedad intelectual” en un sentido amplio⁷⁷⁸. En este Acuerdo la propiedad intelectual engloba: derecho de autor y conexos, marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas, dibujos y modelos industriales, patentes, esquemas de

⁷⁷⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 21; ESPÍN ALBA, I. *Contrato de edición literaria: un estudio del Derecho de Autor aplicado al campo de la contratación*. Granada, Comares, 1994, p. 03. También utiliza el término propiedad intelectual como sinónimo de derecho de autor ESTEVE PARDO, M. A. “La Propiedad Intelectual...”, *op.cit.*, p. 41. ROMÁN PÉREZ, sin embargo, señala que la terminología “propiedad intelectual”, en el vigente texto Refundido de Ley de Propiedad Industrial, no se utiliza siempre con el mismo significado: “en unas ocasiones se equipara ‘propiedad intelectual’ a ‘derecho de autor’ (así sucede en la rúbrica del Libro I o en los arts. 1 y 2) y en otros momentos se utiliza el término ‘propiedad intelectual’ para comprender tanto los ‘derechos de autor’ (Libro I) como los ‘otros derechos de propiedad intelectual’ (Libro II). (...) Así pues, hay una utilización del término ‘propiedad intelectual’ a tres niveles. Primeramente aparece dando nombre a la propia Ley, en la que se contempla, además del derecho de propiedad intelectual del autor, aquellos otros derechos que dependen de la existencia de una obra, que es objeto del primero, e incluso se dedica un apartado a la protección sui generis de las bases de datos. En segundo lugar la expresión se utiliza como equivalente a derecho de autor. Y finalmente sirve para calificar esos derechos que en la doctrina y en otras legislaciones se llaman ‘derechos conexos’ ‘vecinos’ o ‘afines’”. ROMÁN PÉREZ, R. “Naturaleza jurídica del Derecho de Autor...”, *op.cit.*, pp. 14-15.

⁷⁷⁷ GÓMEZ SEGADÉ, J. A. “La Propiedad Industrial en España...”, *op.cit.*, p. 81; ANTEQUERA PARILLI, R. *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*. Madrid, Editorial Reus, 2007, pp. 11-12. En los países anglosajones el término “*intellectual property*” se ha venido utilizado desde hace casi 150 años para hacer alusión al ámbito jurídico que abarca el derecho de autor, las patentes, los diseños y las marcas, así como otros derechos afines a ellos. BENTLY, L. SHERMAN, B. *Intellectual Property Law*. Oxford University Press, 2001, p. 01.

⁷⁷⁸ Art. 1.2. “A los efectos del presente Acuerdo, la expresión ‘propiedad intelectual’ abarca todas las categorías de propiedad intelectual que son objeto de las secciones 1 a 7 de la Parte II”.

trazado (fotografías) de los circuitos integrados, y protección de la información no divulgada.

Es necesario destacar aún que el término “Propiedad Intelectual” en España⁷⁷⁹ está integrado además del derecho de autor por *otros derechos de propiedad intelectual* llamados derechos conexos, afines o vecinos⁷⁸⁰, que se atribuyen a quines interpretan obras o efectúan determinadas producciones literarias, artísticas o científicas, también llamadas prestaciones y que se encuentran regulados en el Libro II de la LPI⁷⁸¹. Así que, en España, la “propiedad intelectual” tiene tanto una acepción estricta, equivalente al derecho de autor, como una acepción amplia, correspondiente al título de la propia LPI, que equivale a todos los derechos de autor y los demás derechos relacionados con aquél⁷⁸².

Pese a que la propiedad intelectual en España está compuesta por el derecho de autor y por los derechos conexos, en este capítulo vamos centrar nuestro análisis en el derecho de autor; solamente haremos alguna referencia a los derechos conexos de especial interés en orden a la protección de las ECTs, más específicamente los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes.

⁷⁷⁹ En España “*la propiedad intelectual es un derecho de propiedad cuyo objeto son creaciones originales, las interpretaciones de dichas creaciones y determinadas producciones literarias, artísticas o científicas*”. MARSAL GUILLAMET, J. “El sujeto del Derecho de Autor”, en ESTEVE PARDO, M. A. (Coord.). *Propiedad Intelectual. Doctrina, Jurisprudencia, esquemas y formularios*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 38-63, p. 41.

⁷⁸⁰ DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I. “Las reformas de la Propiedad Intelectual de 2006”, en MACÍAS CASTILLO, A.; ÁNGEL HERNÁNDEZ ROBLEDO, M. *El Derecho de Autor y las nuevas tecnologías. Reflexiones sobre la reciente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid, La Ley, 2008, p. 135 y ss., pp. 149-150.

⁷⁸¹ Los derechos conexos regulados en el Libro II de la LPI son los siguientes: 1) derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes sobre sus interpretaciones de obras (arts. 105-113); 2) derechos de los productores de fonogramas sobre sus grabaciones de obras musicales o de mero sonido (arts. 114-119); 3) derechos de los productores de grabaciones audiovisuales sobre sus grabaciones de obras audiovisuales o de meras imágenes (arts. 120-125); 4) derechos de las entidades de radiodifusión sobre sus emisiones o transmisiones (arts. 126-127); 5) derechos sobre las meras fotografías (art. 128); 6) derechos sobre determinadas producciones editoriales (arts. 129-130); y, 7) derecho sui generis sobre las bases de datos (arts. 133-137). “*En su conjunto, los llamados Derechos Afines, protegen la industria de la cultura, cada uno de ellos a través del reconocimiento de prerrogativas en relación con un tipo de contenido distinto, generalmente referido a aspectos concretos de la obras y de las aportaciones técnicas, artísticas o empresariales que exigen su difusión*”. PÉREZ CARRILLO, E. F. “Derechos afines de artistas, intérpretes y ejecutantes, y de las productoras de fonogramas. Reflexiones en torno a la propuesta de modificación de la Directiva 2006/116/CE”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 28, 2008-2009, Marcial Pons, 2009, pp. 401-428, pp. 403-404.

⁷⁸² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Manual de Propiedad Intelectual...*, op.cit., p. 17.

Advertimos, también, que en este trabajo, en el mismo sentido que se utilizan el ADPIC y la OMPI, utilizaremos la denominación “propiedad intelectual” en el sentido amplio, o sea, incluyendo el derecho de autor, los derechos afines y conexos y la propiedad industrial; y el término derecho de autor para referirnos a la forma de protección de las creaciones que presentan individualidad resultante de una actividad inventiva intelectual, que habitualmente son enunciadas como obras literarias, musicales, artísticas, científicas y audiovisuales, donde analizaremos la protección de las expresiones culturales tradicionales.

III. EL DERECHO DE AUTOR CON RELACIÓN A LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES

1. Nociones del concepto y del fundamento del derecho de autor y fundamento de creación de las expresiones culturales tradicionales

1.1. Concepto y fundamento del derecho de autor

El derecho de propiedad intelectual entendida en sentido amplio se fundamenta en el propósito de estimular la creatividad del intelecto humano, hacer que los frutos de esa creatividad estén a la disposición del público y garantizar que el comercio internacional de productos y servicios protegidos por los DPI pueda florecer sobre la base de un sistema de leyes nacionales armonizadas que funcione adecuadamente.

El derecho de autor es parte de ese cuerpo de Derecho conocido como “propiedad intelectual”, como hemos señalado en el epígrafe anterior, tenida por

algunos como la más sagrada de las propiedades⁷⁸³, y protege los intereses de los creadores, dándoles derechos de propiedad exclusivos sobre sus creaciones.

No obstante, el derecho de autor se fundamenta en principios bastante diferentes de los demás principios de otros institutos de la propiedad intelectual⁷⁸⁴. El derecho de autor descansa en bienes inmateriales, fruto de la creación intelectual de su creador, pero consideradas exteriores al dueño⁷⁸⁵.

Una vez considerada la obra exteriorizada, la ley que otorga protección jurídica a los autores protege solamente los productos de la capacidad creadora del individuo. Es decir, el derecho de autor protege a las expresiones de las ideas y no a las ideas mismas⁷⁸⁶. Las expresiones se materializan generalmente en orden y arreglos de palabras, notas musicales, colores, formas, creaciones expresadas en obras literarias, musicales, científicas y artísticas, en sentido amplio.

Básicamente, el derecho de autor consiste en un derecho de exclusiva sobre la obra, siendo su titular el único que puede disfrutarla y explotarla⁷⁸⁷. El

⁷⁸³ ROGEL VIDE, C. *Estudios completos de Propiedad Intelectual*. Vol. 2º, Madrid, Editorial Reus, 2006 (Colección de Propiedad Intelectual), p. 87.

⁷⁸⁴ Sobre los fundamentos y evolución de los derechos de autor ver BONDÍA ROMÁN, F. "Fundamentos, evolución y globalización de los Derechos de Autor...", *op.cit.*, p. 03 y ss.; RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. *La Ley de Propiedad Intelectual. Tras las reformas efectuadas por la Ley 19/2006, de 5 de junio y 23/2006, de 7 de julio*, Navarra, Aranzadi, 2006, p. 57 y ss.

⁷⁸⁵ Sin embargo, es necesario advertir que la característica inmaterial de la obra "no es obstáculo para que el derecho de autor, que la tiene por objeto, sea considerada como un derecho de propiedad". BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Manual de Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 19.

⁷⁸⁶ La "característica esencial de los bienes inmateriales, como su propio nombre indica, radica en que consiste en ideas o prestaciones inaprensibles sensorialmente (*corpus mysticum*) en cuanto tales pero materializadas en elementos materiales (*corpus mechanicum*), sobre las que se proyecta la protección jurídica especial otorgada por el ordenamiento jurídico". GÓMEZ SEGADE, J. A. "La mundialización de la Propiedad Industrial...", *op.cit.*, p. 31. Aún con el posicionamiento de que el derecho de autor protege las expresiones de la idea y no la idea en sí misma ver BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. "Comentarios al art. 10.1", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, p. 159; BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de Derecho Industrial...*, *op.cit.*, pp. 529-530; SÁNCHEZ ARISTI, R. *La Propiedad Intelectual sobre las obras musicales*. 2ª ed., revisada, actualizada y ampliada. Granada, Editorial Comares, 2005, p. 272. Una revisión crítica de los fundamentos en que se ha venido basando el principio de falta de protección de las ideas por el derecho de autor, así como algunas de las consecuencias a las que puede conducir, puede verse en SÁNCHEZ ARISTI, R. "Las ideas como objeto protegible por la Propiedad Intelectual", *Revista de Propiedad Intelectual*, nº. 4, enero-abril, 2000, pp. 25-67.

⁷⁸⁷ "El núcleo esencial de los distintos derechos de propiedad intelectual consiste en un derecho de exclusiva, de facto o de iure, que confiere a su titular no sólo la facultad de explotar el bien

titular es el único que puede prohibir la utilización de la obra a cualquier sujeto y también puede autorizarla a quien quiera y en los términos que quiera.

Esto significa que el derecho de autor es un derecho de exclusiva de explotación de la obra, de autorizar y prohibir. Así, como el derecho de patente, el derecho de autor implica un monopolio⁷⁸⁸ legal de derechos exclusivos de explotación basado en el *ius prohibendi* otorgado a su titular para impedir la reproducción o materialización de la creación protegida sin su consentimiento⁷⁸⁹.

Por ello, desde un punto de vista estrictamente realista, se puede afirmar que la protección actual del derecho de autor toma como punto de partida su trascendencia económica⁷⁹⁰. La transformación de los derechos de autor, de una unidad económica de irrelevante significación a una magnitud macroeconómica con sentido propio en las balanzas de pago es un hecho indiscutible, ampliamente respaldado por cifras y estudios internacionales⁷⁹¹.

Pese a su trascendencia económica, el derecho de autor no solamente protege la expresión creativa de la persona humana por motivos comerciales, sino que también constituye un elemento para estimular la creatividad y hacer posible

inmaterial, sino también de impedir que puede ser utilizado por terceros (ius prohibend erga omnes)". GÓMEZ SEGADE, J. A. "La mundialización de la Propiedad Industrial...", *op.cit.*, p. 31.

⁷⁸⁸ De acuerdo con CORREA, "varios estudios han demostrado que los derechos de autor generan poder monopólico, y que la mayoría de los mercados de bienes de información siguen el camino de la concentración progresiva a nivel nacional e internacional". CORREA, C. M. *Derechos de Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 44.

⁷⁸⁹ BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de Derecho Industrial...*, *op.cit.*, p. 212; BONDÍA ROMÁN, F. "Fundamentos, evolución y globalización de los Derechos de Autor...", *op.cit.*, p. 10.

⁷⁹⁰ "El Derecho actual sobre bienes inmateriales y sus cambios gira en torno a la formación de las balanzas comerciales de distintos países en los que tienen un peso muy considerable...". RAMS ALBESA, J. "La génesis de los derechos morales de los creadores...", *op.cit.*, p. 39.

⁷⁹¹ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A. "Aspectos procesales en la protección civil de la Propiedad Intelectual", en *Estudios sobre Derecho Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia en homenaje a Hermenegildo Baylos Corroza. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 1992, pp. 111-137, p. 114. A este respecto pueden verse también BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "La importancia económica del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos. Planteamiento y líneas generales", en *I Congreso Iberoamericano Propiedad Intelectual*, Ministerio de Cultura, 1991, p. 324; BONDÍA ROMÁN, F., *Propiedad Intelectual: su significado en la sociedad de la información. La nueva Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987*. Madrid, Trivium, 1988, p. 56 y ss. En el mismo sentido se pronuncia el Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre los Derechos de Autor. **Comisión de las Comunidades Europeas**. Libro verde. Los derechos de autor y los derechos afines en la sociedad de la información. Bruselas, 19 de julio de 1995, COM (95) 382 final, p. 11. Disponible en <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1995:0382:FIN:ES:PDF>>. Consultada el 16 de mayo de 2011.

el disfrute de otros derechos como el derecho a la cultura, al desarrollo, derecho a la información y al entretenimiento. O sea, el establecimiento de los derechos de autor, es un medio para promover la creación, el enriquecimiento y la diseminación de la herencia cultural, proveyendo un conjunto de derechos para que los autores reciban resarcimiento económico por sus trabajos⁷⁹².

De forma resumida, podemos decir, entonces, que el derecho de autor se refiere a aquel derecho exclusivo de *propiedad especial*⁷⁹³ que la ley otorga al autor de una obra original del intelecto por entender que la misma es susceptible de protección por reunir los requisitos exigidos⁷⁹⁴.

1.2. Fundamento de creación y desarrollo de las expresiones culturales tradicionales

Como hemos demostrado en el epígrafe anterior, el principal objetivo de la protección del derecho de autor es fundamentalmente permitir la explotación comercial de las obras creadas bajo ciertos requisitos (que serán analizados posteriormente), de forma que su autor reciba una compensación económica justa y equilibrada por su comercialización⁷⁹⁵.

⁷⁹² “La protección de los derechos patrimoniales y no patrimoniales que se derivan de toda producción científica, literaria y artística viene justificada por una tradición ya secular, del debido reconocimiento del resultado de la capacidad creativa de la personalidad humana, a la cual se une el ulterior efecto de estímulo de la producción de otras obras, en el interés general de la cultura”. Sentencia de la Corte Constitucional Italiana n°. 108, de 23 de marzo de 1995. Disponible en <<http://www.cortecostituzionale.it/actionIndiciAnnuali.do>>. Consultada el 16 de mayo de 2011. En el mismo sentido fallo de la Corte Colombiana: sentencia C-053/01. Disponible en <<http://www.derechodeautor.gov.co/html/legal/jurisprudencia/Corte%20Constitucional/C-053-01.doc>>. Consultada el 16 de mayo de 2011. Para BONDÍA ROMÁN es el interés general, social o colectivo que, en definitiva, explica por qué son tutelables tan sólo algunos tipos de creaciones intelectuales. BONDÍA ROMÁN, F. “Fundamentos, evolución y globalización de los derechos de autor...”, *op.cit.*, p. 14.

⁷⁹³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 21; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 19.

⁷⁹⁴ El derecho sobre la creación intelectual es considerado un derecho humano fundamental y está garantizado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1945. El párrafo II del art. 27 de la Declaración señala que “*toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora*”.

⁷⁹⁵ Pese a que el derecho de autor sea un medio para promover la creación, el enriquecimiento y la diseminación de la herencia cultural, el fin último de este sistema es proveer un conjunto de derechos exclusivos para que los autores reciban resarcimiento económico por sus trabajos.

La mayoría de las ECTs, por su parte, con frecuencia son el resultado de procesos creativos intergeneracionales, sociales y comunitarios de carácter fluido, y reflejan y distinguen la historia, la identidad cultural y social y los valores de una comunidad y, por tanto, no son creadas para fines comerciales y tampoco tiene como objetivo inmediato enriquecer el patrimonio cultural de las comunidades tradicionales. Todo lo contrario, la gran mayoría **las ECTs suelen ser creadas en primer lugar con significados religiosos y espirituales y desempeñan distintas funciones espirituales, sociales y culturales**, vinculadas, por ejemplo, a los ritos de iniciación, la caza, el matrimonio y los rituales que acompañan al nacimiento y la muerte⁷⁹⁶.

En general, de forma resumida, tal como ya hemos adelantado en el capítulo primero, puede decirse que las ECTs presentan las siguientes características: a) se transmiten de una generación a otra, ya sea oralmente o por imitación; b) reflejan la identidad cultural y social de una comunidad; c) están formadas por elementos característicos del patrimonio de una comunidad; d) son creadas por “autores desconocidos”, comunidades, o individuos a quienes la comunidad permite o les reconoce el derecho o la responsabilidad de hacerlo; e) no suelen crearse con fines comerciales, sino como vehículos de expresión religiosa y cultural; y f) están en constante evolución y desarrollo, siendo recreadas dentro de la comunidad.

Por lo anterior, las ECTs reflejan e identifican la historia de una comunidad, su identidad social, cultural y sus valores. El proceso de creación cultural de las comunidades tradicionales no está fijo en el tiempo, sino que permanece en un movimiento constante⁷⁹⁷; porque está siempre presente y porque sufre modificaciones con el proceso de vivencia de los pueblos que la componen⁷⁹⁸. Así

⁷⁹⁶ **OMPI.** Doc. WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “Proyecto de análisis de las carencias en la protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore”, 11 de octubre de 2008, Anexo I, p. 12. Disponible en <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_13/wipo_grtkf_ic_13_4_b_rev.pdf>. Consultada el 06 de mayo de 2011.

⁷⁹⁷ “En el proceso de creación, obtención y desarrollo de las manifestaciones del folclore interviene de forma continuada los individuos que forman parte de una comunidad o de un grupo social, sin que se conozca con exactitud el tiempo que se lleva desarrollando ese proceso creativo en muchos de los casos”. ROMÁN PÉREZ, R. “Manifestaciones de la cultura popular...”, *op.cit.*, 35.

⁷⁹⁸ Como la cultura es algo continuamente recreado en todas las sociedades no se podrá encontrar en ella una finalidad objetiva a patrones ancestrales. Lengua, ritos, creencias, artefactos

que, por lo general, las ECTs desempeñan una función primordial a la hora de identificar una cultura o a una identidad de determinada comunidad y de encarnar y comunicar significados, creencias y valores religiosos, espirituales, sociales y culturales.

Quizás sea ésta la razón por la que las comunidades tradicionales insisten tanto en la necesidad de proteger sus ECTs contra reivindicaciones falsas y que puedan inducir a error en relación con la “autenticidad” y el origen, así como contra los usos cultural y espiritualmente ofensivos de las ECTs. Por ello, la comercialización y la privatización de los valores asociados con las expresiones culturales tradicionales suelen ir en detrimento a los derechos consuetudinarios y los deseos de sus titulares.

Por fundamentar sus creaciones en valores y patrones muy diferentes del fundamento de las creaciones protegidas por las normas de derecho de autor, las necesidades de las comunidades tradicionales, más específicamente de las comunidades indígenas, con relación a las normas relativas a la blasfemia, los derechos culturales, la dignidad, la preservación del patrimonio cultural, la difamación, los derechos a la propia imagen y a la vida privada no pueden ser satisfechos mediante la utilización de las normas de derecho de autor.

El hecho de que las ECTs poseen fundamentos basados en significados religiosos y espirituales y que desempeñan distintas funciones espirituales, sociales y culturales, conlleva que la concesión de un derecho de monopolio al autor de la creación hace de las normas de derecho de autor inadecuadas para proteger las ECTs. Este punto es muy importante. El **monopolio** que es concedido por las normas del derecho de autor a una **única persona**, su creador, tiene como objetivo principal impedir que cuya tercera persona sin autorización la utilice o comercialice. En los casos de las **ECTs**, es prácticamente **imposible determinar quien o quienes son sus creadores**, puesto que en la mayoría de los casos son creaciones desarrolladas a lo largo del tiempo, y en algunos casos

materiales, son parte de culturas vivas y, por tanto, sujetas a cambios históricos dentro de lógicas que les son propias”. CUNHA, M. C. “Definições de índios e comunidades indígenas nos textos legais”, en SANTOS, S. C. (Org.). et al. *Sociedades indígenas e o Direito: uma questão de direitos humanos*. Florianópolis, Ed. da UFSC, CNPQ, 1985, p. 33.

por diferentes comunidades⁷⁹⁹, como será analizado más adelante. Además, como ya hemos destacado, la idea de propiedad absoluta e individual es extraña e inaceptable en las comunidades tradicionales. Asimismo, como también hemos señalado en el capítulo primero, los derechos sobre los CTs poseen naturaleza jurídica de derechos intelectuales colectivos y no de propiedad intelectual, justamente por no pertenecer a una única persona o a grupo de personas determinadas.

2. Naturaleza jurídica del derecho de autor y de los derechos sobre las expresiones culturales tradicionales

2.1. Naturaleza jurídica del derecho de autor

La naturaleza jurídica del derecho de autor constituye una de las cuestiones que más polémicas ha suscitado entre la doctrina universal⁸⁰⁰. No obstante, no es objetivo de este trabajo adentrarnos con profundidad en esa polémica cuestión. Pero, para mejor entendimiento de nuestro objeto de estudio, vamos a mencionar la cuestión, aunque de forma resumida.

Las numerosas teorías y posiciones que se sustentan al respecto del asunto giran en torno al problema de conjugar, en orden a la conceptualización del derecho de autor, las facultades patrimoniales y morales que lo integran⁸⁰¹. Y, a pesar de existir diversos puntos de vista sobre las facultades de carácter

⁷⁹⁹ ROMÁN PÉREZ, R. "Manifestaciones de la cultura popular...", *op.cit.*, pp. 35-36.

⁸⁰⁰ ANTEQUERA PARILLI al analizar los fallos en el ámbito jurisprudencial de diversos países señala la diversidad de teoría respecto de la naturaleza jurídica del derecho de autor. En su obra destaca que los diferentes tribunales han considerado el derecho de autor como: un derecho de propiedad, un derecho *sui generis* sobre bienes inmateriales, un derecho real de contenido especial, un derecho de la personalidad y un derecho doble donde cada una de sus categorías (moral y patrimonial) tiene su propia esencia. ANTEQUERA PARILLI, R. *Estudios de Derecho de Autor...*, *op.cit.*, pp. 10-17. Vid., también, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Manuel de Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 23.

⁸⁰¹ A ese respecto consultar BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios del Código Civil*. Ministerio de Justicia, 1991, p. 1155 y ss.; ALBALADEJO, M. *Derecho Civil III...*, *op.cit.*, p. 490; ESPÍN CÁNOVAS, D. *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*. Madrid, Editorial Civitas, 1991.

exclusivo que el derecho de autor reconoce al creador de la obra, podemos decir que estas teorías pueden ser resumidas en dos⁸⁰². La primera de ellas corresponde a la llamada teoría monista, según la cual el derecho de autor comprende un único derecho unitario, aunque su contenido pueda ser heterogéneo⁸⁰³. La segunda corresponde a la llamada teoría dualista, según la cual el derecho de autor comprendería en realidad dos derechos, uno de carácter patrimonial y otro de carácter moral⁸⁰⁴.

Los dualistas consideran el derecho de autor como un derecho doble, compuesto por dos derechos subjetivos, que no pueden ser confundidos, aunque entre sí se relacionan; uno de tipo de real, equiparado al derecho de propiedad, exclusivamente patrimonial que la ley concede a los autores sobre su obra, entendida como un bien inmaterial; y otro de tipo personal o moral, equiparado a los derechos de la personalidad, cuyo contenido estaría formado por las facultades morales que la ley atribuye a los autores. Así, al mismo tiempo que se reconocen las facultades patrimoniales se reconoce también a los creadores una serie de prerrogativas morales que se reconducen a la categoría de los derechos de la personalidad⁸⁰⁵.

Los monistas, por su parte, consideran insostenible la separación de las facultades moral y patrimonial. Para ellos las facultades de los derechos autor sobre su obra constituyen un conjunto armonioso tanto de índole moral como

⁸⁰² Estas dos teorías surgen en Alemania y Francia, en finales del Siglo XIX e inicio del Siglo XX. La teoría monista tiene como principal representante GIERKE y la dualista KOLLHER. Progresivamente estas dos grande líneas de pensamiento se traslada al resto de los países. ROMÁN PÉREZ, R. "Naturaleza jurídica del Derecho de Autor...", *op.cit.*, 2005, p. 20. Para profundizar a respecto del pensamiento de GIERKE y KOLLHER ver CÁMARA ÁGUILA, M. P. *El derecho moral del autor (con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor)*. Granada, Editorial Comares, 1998, p. 05 y ss.

⁸⁰³ "Las tesis monistas conciben el conjunto de iura prohibendi del autor como un todo monolítico y compacto, no desagregable ni separable, de manera que se habla de una propiedad o copyright global en todo su conjunto, como haz de facultades de un único derecho subjetivo del autor". RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. *La Ley de Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 65.

⁸⁰⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. "Introducción a la regulación de los Derechos de Autor", en *Propiedad Intelectual: aspectos civiles y penales*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp. 11-27, p. 13. "Frente a esta idea, las tesis dualistas conciben y regulan el derecho de autor, como un conjunto de derechos, originalmente juntos, en manos del autor de la obra, que a lo largo de la vida del autor pueden ir separándose, desgajándose y ser objeto de transmisiones y titularidades distintas, en distintas personas". RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. *La Ley de Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 65.

⁸⁰⁵ BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de Derecho Industrial...*, *op.cit.*, p. 505 y ss.

patrimonial⁸⁰⁶. La facultad primaria sería la de disposición de la obra; a partir de ella se explicarían todos los demás derechos elementales de su contenido, incluidos los de carácter personal y patrimonial⁸⁰⁷.

Analizando estas dos teorías podremos afirmar que las facultades del autor de una creación son de dos clases: moral y patrimonial. Pues incluso aquellos que defienden el carácter monista de la facultad del autor reconocen el carácter moral y patrimonial de este derecho; la diferencia está en la falta de autonomía de estas facultades. Los monistas combinan los aspectos personal y patrimonial en un único derecho subjetivo que no se puede descomponer. Para los defensores de la tesis dualista, del derecho de autor surgen dos categorías de derechos independientes (personal y patrimonial) que interactúan entre sí, donde uno tutela el aspecto afectivo (moral) y el otro los intereses económicos del autor (patrimonial)⁸⁰⁸.

Estas diferencias de posiciones doctrinales se reflejan en las leyes de diferentes países. Por ejemplo, mientras que en España la tesis predominante es la monista, en la mayor parte de las legislaciones como italiana⁸⁰⁹ y Francesa⁸¹⁰ y, en especial las latinoamericanas, el derecho del autor, como se ha dicho arriba, tiene dos categorías distintas: moral, o extrapatrimonial, y patrimonial. La primera tutela los aspectos afectivos y la segunda los intereses económicos, y como consecuencia estamos en presencia de dos derechos subjetivos autónomos.

En verdad, de los debates sobre el tema puede concluir que la tesis monista sirve para poner de relieve, en su vertiente patrimonialista, que la importancia del derecho de autor radica en su valor económico, y que frecuentemente es necesario considerar conjuntamente las facultades morales y patrimoniales para resolver adecuadamente los conflictos que se plantean en relación con el derecho

⁸⁰⁶ BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de Derecho Industrial...*, *op.cit.*, p. 595 y ss.

⁸⁰⁷ ROMÁN PÉREZ, R. "Naturaleza jurídica del Derecho de Autor...", *op.cit.*, p. 20.

⁸⁰⁸ ANTEQUERA PARILLI, R. *Estudios de Derecho de Autor...*, *op.cit.*, p. 16.

⁸⁰⁹ UBERTAZZI, L. C.; AMMENDOLA, M. *Il diritto d'autore*. Torino, UTET Libreria, 1993, p. 11. Consideran que la Ley italiana de 1941 expresa una concepción dualista del derecho de autor, colocando el derecho patrimonial y el moral uno frente al otro, separados aunque con mutuas conexiones e interferencias.

⁸¹⁰ COLOMBET, C. *La propriété littéraire et artistique et droits voisins*. 7ª. ed., Dalloz, 1994, pág. 14 y ss.

de autor; mientras que la tesis dualista viene a insistir sobre esas diferencias de regulación entre unas y otras facultades. No obstante, si se parte de que las facultades morales tienen un régimen jurídico distinto de las facultades patrimoniales dentro del derecho de autor⁸¹¹, “*el debate monismo/dualismo resulta un tanto teórico, y carente de consecuencias prácticas inmediatas*”⁸¹².

2.2. Naturaleza jurídica de los derechos sobre las expresiones culturales tradicionales

Pese a que la naturaleza jurídica de los derechos sobre los conocimientos tradicionales en sentido amplio, por tanto incluyendo las expresiones culturales tradicionales, ya fue analizada en el capítulo primero, en este punto vamos a retomar las principales cuestiones en torno del tema en relación con las ECTs.

En primer lugar, es importante subrayar que las ECTs son manifestaciones de la actividad intelectual creativa de las comunidades tradicionales. O dicho de otra forma, son manifestaciones o productos resultantes de la actividad humana, para cuya obtención los miembros de las comunidades ponen en funcionamiento sus capacidades intelectuales y creativas⁸¹³.

En segundo lugar, hay que destacar que las diferentes ECTs son características de la identidad social y cultural de una comunidad tradicional. Los individuos de las comunidades que desarrollan esas manifestaciones durante mucho tiempo se identifican con esa forma de cultura y asumen esas expresiones como propias de su identidad y ello con independencia del lugar o de las influencias de otros entornos. Por ello, las ECTs son manifestaciones de la identidad cultural y social de las comunidades locales e indígenas producidas con amplio intercambio y circulación de ideas, transmitidos oralmente de una generación a otra. Es decir, las ECTs son productos de un intercambio e influencia entre distintas culturas o de un intercambio intracultural, dentro de una

⁸¹¹ Conforme los arts. 14 a 16 de la LPI, esto no puede ser de otra forma.

⁸¹² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Manuel de Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 25.

⁸¹³ ROMÁN PÉREZ, R. “Manifestaciones de la cultura popular relevantes como obra del espíritu...”, *op.cit.*, p. 34.

misma y única comunidad. Por tanto, la cultura es transportada y expresada por individuos que, aunque abandonan sus lugares de origen, siguen practicando y recreando las tradiciones y expresiones culturales de sus respectivas comunidades.

Por fin, en tercer y último lugar, las ECTs son creadas y desarrolladas de forma colectiva. En el proceso de creación y desarrollo de las ECTs intervienen de forma continuada los individuos que forman parte de la comunidad, sin que se conozca con exactitud el tiempo que se lleva desarrollando ese proceso creativo en muchos de los casos. Por ello y por lo previamente señalado, los derechos sobre las expresiones culturales tradicionales poseen naturaleza jurídica de derechos intelectuales colectivos.

3. Objeto de protección del derecho de autor y las expresiones culturales tradicionales

3.1. Obras protegidas por el derecho de autor

La principal característica del derecho de autor es la creación intelectual del espíritu que tiene como objeto un bien inmaterial, “*la obra*”⁸¹⁴. Es decir, la “*obra*” es el objeto sobre el cual las normas del derecho de autor conceden poder de exclusiva a favor de su titular⁸¹⁵. Por ello, como objeto central de la protección, el derecho de autor nace con la obra y su alcance queda circunscrito a la misma. De ahí que es clave el concepto de obra⁸¹⁶.

⁸¹⁴ Sobre el análisis de la propiedad y obra del espíritu ver ROGEL VIDE, C. *Estudios completos de Propiedad Intelectual*. Madrid, Editorial Reus, 2003, p. 60 y ss.

⁸¹⁵ DELGADO PORRAS, A. *Derechos de Autor y Derechos Afines al de Autor*. Recopilación de artículos. Tomo 2, Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007, p. 93; ROGEL VIDE, C.; SERRANO GÓMEZ, E. *Manual de Derecho de Autor*. Madrid, Editorial Reus, 2008 (Colección de Propiedad Intelectual), p. 14.

⁸¹⁶ “*La importancia de precisar los contornos del concepto de “obra” reside en trazar la línea divisoria entre las obras dignas de constituir objeto de un derecho de autor y, por tanto, sujetas a los preceptos contenidos en el Libro Primero de la Ley de Propiedad Intelectual y aquellos otros*”

No obstante, hablar del concepto de obra requiere, en primer lugar, hacer la siguiente precisión: el concepto de obra a ser protegida es un concepto normativo, es decir, se trata de un concepto cuyos caracteres no pueden hacerse depender de valoraciones estéticas; y, en segundo lugar, el concepto de obra no es un concepto estático, como se advierte no sólo de los debates de la Convención de Berna⁸¹⁷ sino también en la historia legislativa en España en esta materia⁸¹⁸.

Cabe agregar que ninguna ley o convenio internacional trae explícitamente un concepto directo de obra. Lo que queda expresado en estos textos jurídicos es la enumeración, destacando las categorías más importantes, de los tipos de creaciones u objetos que pueden ser protegidos por el derecho de autor.

El ADPIC, por ejemplo, en su art. 9.1 impone a los Estados miembros la obligación de proteger por derecho de autor las obras o creaciones intelectuales que el CUB declara como obras protegidas⁸¹⁹. Así que, por fuerza del art. 9.1 del ADPIC, el contenido o conjunto de derechos y facultades que integran la protección de los autores hay que buscarlo en el CUB.

El CUB, por su parte, señala en el art. 2 que las obras objeto de protección por el derecho de autor son: obras literarias y artísticas; obras derivadas; textos oficiales; colecciones; obras de artes aplicadas y dibujos y modelos industriales; y, noticias.

Hay que advertir que la expresión “*tales como*” del art. 2.1⁸²⁰, según la OMPI, es meramente enunciativa y no exhaustiva; tiene como objetivo solamente

resultados que quedan fuera de la protección por él prevista para su autor”. SAIZ GARCÍA, C. *Objeto y sujeto del Derecho de Autor*. Madrid, Tirant lo Blanch, 2000, p. 39.

⁸¹⁷ MASOUYE, C. *Guía del Convenio de Berna*. OMPI, Ginebra, 1978, p. 16.

⁸¹⁸ Sobre la evolución del concepto de obra en la legislación española ver MARCO MOLINA, J. *La Propiedad Intelectual en la legislación española*. Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 25-29 y 72-74.

⁸¹⁹ ADPIC. Art. 9.1 “*Los Miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) y el Apéndice del mismo (...)*”. Sobre el tema vid. BOTANA AGRA, M. “Las normas sustantivas del A-ADIPC...”, *op.cit.*, p. 115.

⁸²⁰ El art. 2.1 del CUB establece que “*1) Los términos ‘obras literarias y artísticas’ comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras*

suministrar a los legisladores nacionales una serie de ejemplos de producciones que pueden ser protegidas por el derecho de autor⁸²¹. Por esto el número de obras señaladas a ser protegidas no es exhaustivo.

Asimismo, de la expresión “*cualquiera que sea el modo o forma de expresión*”, del mismo párrafo del art. 2 del CUB, implica dos entendimientos. Primero, la expresión implica la idea de que el derecho de autor protege solamente un hecho material. Segundo, implica también que carece de relevancia el medio a través del cual la creación puede ser exteriorizada (signos, palabras, sonidos, imágenes u otro modo) y, por otra parte, tampoco importa el modo en que la creación puede ser divulgada (reproducción, distribución, comunicación pública etc.)⁸²².

La Comunidad Andina en el art. 7 de la Decisión 351 (que contiene el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos) aclara, en el mismo sentido del CUB, que “*queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras*”.

La convergencia de estos instrumentos jurídicos pretende justamente no limitar ni las obras protegidas, ni los medios de exteriorización de las mismas, ni el modo de divulgación, teniendo en vista que la creatividad del hombre no tiene límites. Dejando a los legisladores nacionales la tarea de clasificar el “objeto” que se va a proteger por el derecho de autor en cada país.

Las leyes más recientes de los países latinoamericanos tienden a explicitar que la “obra”, en el mismo sentido del CUB, es “*toda creación intelectual original, en el dominio literario, artístico o científico, susceptible de ser divulgada o reproducida por cualquier medio o procedimiento*”⁸²³.

cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias”.

⁸²¹ OMPI. *Guía del Convenio de Berna*. Ginebra, 1978.

⁸²² ANTEQUERA PARILLI, R. *Estudios de Derecho de Autor...*, op.cit., p. 45.

⁸²³ ANTEQUERA PARILLI, R. *Estudios de Derecho de Autor...*, op.cit., p. 45.

El TRLPI, en el capítulo II, que habla del objeto del derecho de autor, en su art. 10.1, siguiendo también la línea marcada por el Convenio de Berna, sobre obras y títulos originales, contiene una declaración general de obra en la que incluye los grupos de obras a las que alcanza la protección jurídica de la propiedad intelectual. Son las *“creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro”*⁸²⁴.

En realidad, la Ley al establecer una trilogía de obras a ser protegidas, literarias, artísticas y científicas, resume la naturaleza y notas de las restantes obras enumeradas bajo las letras a) a i) del art. 10, que establece una lista de diferentes tipos de obras que pueden ser objeto de protección por el sistema de derecho de autor. Se trata de una enumeración que clasifica grupos de obras en función de un sustrato común, como el soporte o el medio de expresión empleado o su modo de ejecución⁸²⁵.

⁸²⁴ La Ley de derecho de autor de Brasil nº. 9.610 establece en su art. 7 que *“son obras intelectuales protegidas las creaciones del espíritu, expresadas por cualquier medio o fijadas en cualquier soporte, tangible o intangible, conocido o que sea inventado en el futuro, tales como: I - los textos de obras literarias, artísticas o científicas; II - las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; III - las obras dramáticas y dramático-musicales; IV - las obras coreográficas y pantomímicas, cuya ejecución escénica se fije por escrito o por cualquier otra forma; V - las composiciones musicales, con o sin letra; VI - las obras audiovisuales, sonorizadas o no, inclusive las cinematográficas; VII - las obras fotográficas y las producidas por cualquier proceso análogo al de la fotografía; VIII - las obras de dibujo, pintura, grabados, escultura, fotografía y arte cinética; IX - las ilustraciones, cartas geográficas y otras obras de la misma naturaleza; X - los proyectos, esbozos y obras plásticas relativas a la geografía, ingeniería, topografía, arquitectura, al paisaje, escenografía y ciencia; XI - las adaptaciones, traducciones y otras transformaciones de obras originales, presentadas como creación intelectual nueva; XII - los programas de ordenador; XIII - las colecciones o compilaciones, antologías, enciclopedias, diccionarios, bases de datos y otras obras, que, por la selección, organización o disposición de su contenido, constituyen una creación intelectual”*.

⁸²⁵ De acuerdo con el art. 10 de la LPI *“1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: a) Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza. b) Las composiciones musicales, con o sin letra. c) Las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales. d) Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales. e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas. f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería. g) Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia. h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía. i) Los programas de ordenador”*. Para profundizar el debate acerca de las obras que constituyen los subgrupos señalados por la Ley ver BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual...*, op.cit., p. 164 y ss.; DELGADO PORRAS, A. “Derechos de Autor...”, op.cit., p. 735 y ss.; SÁNCHEZ ARISTI, R. *La Propiedad*

Claro está que el legislador no da una definición expresa de lo que debe entenderse por obra, sino que enumera de manera ejemplificativa algunas de ellas, aportando algunos de los requisitos que deberán reunir para constituirse en objeto de protección por el derecho de autor⁸²⁶. Como señala BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “una enumeración ejemplificativa, bastante extensa y minuciosa, pero no exhaustiva” de las posibles obras protegibles⁸²⁷.

Esto significa que la clasificación general (obras literarias, artísticas o científicas) no tiene valor normativo; la calificación de una obra como literaria, artística o científica no implica ni la aplicación de régimen jurídico específico alguno, ni cabe excluir la consideración de tal a una obra por no pertenecer a uno de esos campos⁸²⁸.

En resumen, podríamos decir, de forma ejemplificativa, que la protección por el derecho de autor incluye las obras que engloban las siguientes categorías: literatura, música, dramaturgia, pantomimas, coreografías, esculturas, películas

Intelectual..., *op.cit.*; ESTEVE PARDO, M. A. “El objeto del Derecho de Autor: la obra”, en ESTEVE PARDO, M. A. (Coord.). *Propiedad Intelectual. Doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*. Valencia; Tirant lo Blanch, 2009, p. 72 y ss.; ROGEL VIDE, C.; SERRANO GÓMEZ, E. *Manual de Derecho de Autor...*, *op.cit.*, p. 19 y ss.; LARREA RICHERAND, G. E. “Categorías de obras y prestaciones artísticas”, en *Estudios sobre Derecho Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia en homenaje a Hermenegildo Baylos Corroza. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 1992, pp. 407-425.

⁸²⁶ SAIZ GARCÍA, C. *Objeto y sujeto...*, *op.cit.*, p. 48.

⁸²⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 151. DELGADO PORRAS señala que “dicha relación no puede entenderse como exhaustiva ni limitativa. Están protegidas y, por tanto, son objeto del derecho de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio, ‘comprendiéndose entre ellas’ las que cita el texto legal”. DELGADO PORRAS, A. *Derechos de Autor y Derechos Afines al de Autor*. Recopilación de artículos. Tomo 1, Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007, p. 15. Así también se pronuncian, entre otros, DELGADO PORRAS, A. “La nueva Ley española sobre Propiedad Intelectual”, *RIDA*, n.º. 138, 1988, p. 209; BONDÍA ROMÁN, F., *Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 194; VEGA VEGA, J. A. *Derecho de Autor*. Madrid, Tecnos, 1990, pp. 99-100; VICENT CHULIÁ, F. *Compendio crítico de Derecho Mercantil...*, *op.cit.*, p. 1289; BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de Derecho Industrial...*, *op.cit.*, pp. 535-536; ROGEL VIDE, C. “Comentarios al art. 10 LPI...”, *op.cit.*, pp. 205-208; LASARTE ÁLVAREZ, C. *Principios de Derecho Civil. Propiedad y Derechos Reales*. Tomo IV, Madrid, Trivium, 1996, pp. 274-279; RODRÍGUEZ-TOQUERO Y RAMOS, R. “Propiedad Intelectual: marco jurídico y organizativo en España”, *PJ*, n.º. 43-44, 1996, p. 13; VALBUENA GUTIÉRREZ, J. A. *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del Derecho Autor*. Granada, Editorial Comares, 2000 (Colección Estudios de Derecho Privado, n.º. 15), p. 40.

⁸²⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Manual de Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, pp. 45-46.

(como cualquier trabajo audiovisual), grabaciones de sonidos, trabajos gráficos, etc.

Debe interpretarse, entonces, que el conjunto de obras protegidas por el derecho de autor es muy amplio, prácticamente todo lo que es fruto del espíritu humano y sea un bien inmaterial. Los artículos de los diplomas legales arriba referidos dejan claro que todas las producciones en el campo literario, científico o artístico están bajo la protección del derecho de autor. La lista de obras apuntada en el art. 10 del TRLPI, por ejemplo, es meramente ejemplificativa, de forma que es protegida cualquier producción en el campo literario, artístico o científico, o sea, utiliza una referencia genérica para las obras intelectuales o del espíritu que tengan originalidad por su forma de expresión.

Cabe destacar aún, como dicho anteriormente, que el derecho del autor no protege las ideas en sí mismas, sino las obras intelectuales reales, o sea, los hechos materiales⁸²⁹. El derecho de autor no protege las ideas literarias o artísticas, o el contenido ideológico de las obras científicas, sino su forma de expresión; el ropaje con que las ideas se visten, aunque no estén concluidas⁸³⁰.

También es importante señalar que el derecho de autor, a pesar de proteger la obra exteriorizada, no protege el soporte que sirve como vehículo para que la creación sea divulgada, aunque necesite del mismo para existir⁸³¹. Esto significa que las creaciones, para que resulten protegidas por el derecho de autor, deberán quedar expresadas por cualquier medio conocido o que se descubra en

⁸²⁹ El art. 9.2 del ADIPIC señala que *“la protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”*. Para BOTANA AGRA, *“la exclusión de las ideas como objeto de la protección conferida por los derechos de autor, representa uno de los principios modulares en los que se asienta los modernos sistemas jurídicos”*. BOTANA AGRA, M. *“Las normas sustantivas del A-ADIPIC...”*, *op.cit.*, p. 114.

⁸³⁰ *“Cabe señalar que la afirmación de la protección de la obra, independientemente de que ésta esté concluida significa (...) que también algunas partes de la obra concluida van a gozar de protección aun cuando ellas mismas per se no gozarían de autonomía suficiente para ser explotadas económicamente”*. SAIZ GARCÍA, C. *Objeto y sujeto...*, *op.cit.*, p. 165. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO añade también que *“para la protección de una obra no es preciso que la misma esté acabada, siempre que la parte ya realizada constituya una creación original en los términos ya explicados. De ahí que se protejan, en su caso, los borradores y los proyectos”*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 162. En el mismo sentido VALBUENA GUTIÉRREZ, J. A. *Las obras o creaciones intelectuales...*, *op.cit.*, p. 271 y ss.

⁸³¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Manual de Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, pp. 18-19.

el futuro⁸³². No obstante, la doctrina distingue entre la obra, *opus mysticum*, y el soporte de la obra, *opus mechanicum*⁸³³. Así, el derecho de autor recae sobre la obra y no directamente sobre el soporte.

Conviene destacar también que no es necesario ningún mérito artístico o literario para que la obra sea protegida por el derecho de autor⁸³⁴, lo que implica que mientras tenga originalidad en la expresión, logra el mérito suficiente para su protección. La evaluación de la calidad de la obra es una calificación subjetiva y por esto no debe ser tenida en cuenta a la hora de la protección.

Sintéticamente, podemos decir que no importa el mérito literario o artístico, el género o la forma de expresión y la finalidad de la obra para que la misma obtenga protección por medio del derecho de autor, basta solamente que sea fruto de la creación intelectual del hombre dentro del campo literario, artístico o científico, que sea exteriorizada (no importando el medio de expresión) y original.

Por fin, para garantizar la protección de una creación no es necesario ningún proceso especial, ninguna formalidad previa. El principio según el cual el derecho de autor no está sujeto, para su protección, a procedimientos de ninguna clase es un principio importante establecido en el ADPIC⁸³⁵. Esto significa que los Estados parte del Acuerdo deben excluir la posibilidad de exigir procedimientos y trámites para la protección del derecho de autor. El derecho del autor sobre su obra nace sin necesidad de que esté inscrita, o sea, nace desde el momento

⁸³² SAIZ GARCÍA, C. *Objeto y sujeto...*, *op.cit.*, p. 48.

⁸³³ ESPÍN CÁNOVAS, D. "Las obras de artes plásticas en la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987", en *Estudios sobre Derecho Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia en homenaje a Hermenegildo Baylos Corroza. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 1992, pp. 323-340, p. 332.

⁸³⁴ Como dice BERCOVITZ ÁLVAREZ, el Derecho de autor debería verse como el medio de distribuir la riqueza que la obra genera, independientemente del mérito de su autor. BERCOVITZ ÁLVAREZ, G. *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*. Madrid, Cívitas, 1997, p. 107. ROGEL VIDE y SERRANO GÓMEZ añaden "que la obra es original al margen de su calidad - aunque una cierta vocación de mérito parezca necesaria para poder hablar de tal - y al margen, también, de su moralidad". ROGEL VIDE, C.; SERRANO GÓMEZ, E. *Manual de Derecho de Autor...*, *op.cit.* p. 18.

⁸³⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "El Derecho de Autor en el Acuerdo TRIPs...", *op.cit.*, p. 29. Aún sobre las disposiciones sobre el Derecho de Autor en el ADPIC ver BOTANA AGRA, M. "Los Derechos de Autor y Afines en el marco del acuerdo de creación de la Organización Mundial del Comercio: anotaciones al régimen contenido en la sección 1 de la parte 11 del Acuerdo sobre los "ADPIC" o "TRIPs", *Revista General de Derecho*, 608, 1995, pp. 5.289 y ss.; IDEM, "Las normas sustantivas del A-ADIPC...", *op.cit.*, p. 111 y ss.

mismo de la creación de ésta, por el sólo hecho de la creación⁸³⁶. Por tanto, los registros de las obras son meramente actos de carácter voluntario y declarativo, no constitutivos de derecho⁸³⁷.

Sin embargo, es importante destacar que el registro de la obra en la Oficina de Propiedad Intelectual tiene la finalidad de proteger los derechos del autor sobre su creación en la medida que el referido registro proporciona una prueba cualificada de la existencia de la obra y de la titularidad de los derechos que tiene sobre la misma quien la inscribe⁸³⁸.

3.2. Manifestaciones culturales tradicionales

Puede advertirse inicialmente que, pese a que el campo de protección de las obras por las normas del derecho de autor sea muy amplio, y que no es necesario que la obra presente ninguno mérito artístico o estético, y que el autor no necesite efectuar ningún proceso especial para recibir protección para su creación, como hemos señalado, toda obra para ser protegida por derecho de autor necesita presentar características propias e individuales, que permitan identificarla como creaciones que están incluidas en los conceptos de obras literarias, artísticas o científicas. Es decir, no es cualquier creación intelectual que

⁸³⁶ ROGEL VIDE, C.; SERRANO GÓMEZ, E. *Manual de Derecho de Autor...*, op.cit., p. 14; SAIZ GARCÍA, C. *Objeto y sujeto...*, op.cit., p. 166.

⁸³⁷ "A la finalización del proceso creador se generan una serie de derechos de exclusiva de forma automática sin necesidad de inscribir la obra resultante en un Registro Público. El registro de las obras de propiedad intelectual es por tanto meramente declarativo de derechos y no constitutivo de los mismos". GONZÁLES GORDÓN, M. "Unida en la diversidad: independencia, compatibilidad y acumulación de lo intelectual y lo industrial", en IGLESIAS REBOLLO, C. *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial*. Madrid, Editorial Reus, 2005, pp. 135-205, p. 140. En el mismo sentido SAIZ GARCÍA, C. *Objeto y sujeto...*, op.cit., p. 166; ESTEVE PARDO, M. A. "El registro de la Propiedad Intelectual", en ESTEVE PARDO, M. A. (Coord.). *Propiedad Intelectual. Doctrina, Jurisprudencia, esquemas y formularios*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 81; ROGEL VIDE, C. "Origen, razón de ser y vicisitudes del registro de la Propiedad Intelectual", en SERRANO GÓMEZ, E. (Coord.). *El registro de la Propiedad Intelectual*. Madrid, Editorial Reus, 2008 (Colección de Propiedad Intelectual), p. 21; RAMS ALBESA, J. "El registro de la Propiedad Intelectual", en SERRANO GÓMEZ, E. (Coord.). *El registro de la Propiedad Intelectual*. Madrid, Aisge, 2008 (Colección de Propiedad Intelectual), p. 32;

⁸³⁸ "La inscripción tiene un efecto de prueba "iuris tantum": se presume que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular". ORTEGA DOMÉNECH, J. "Objeto, funciones y características del registro de la Propiedad Intelectual", en SERRANO GÓMEZ, E. (Coord.). *El registro de la Propiedad Intelectual*. Madrid, Aisge, 2008 (Colección de Propiedad Intelectual), p. 79.

puede ser protegida por las normas del derecho de autor, como ya hemos mencionado; las obras protegidas por el sistema de derecho de autor son aquellas que están delimitadas por las leyes.

En lo relativo a las ECTs, hay que tener en cuenta que, pese a que sean bienes inmateriales por ser intangibles, producto de la actividad intelectual creativa, como ya señalado en el capítulo primero, y que algunas de ellas puedan ser consideradas como “obras” dentro del marco de las creaciones literarias, artísticas o científicas, protegidas por el derecho de autor, la gran mayoría de las expresiones culturales de las comunidades tradicionales no pueden conceptuarse como bienes inmateriales protegidos por la PI (derecho de autor) porque no cumplen los requisitos exigidos legalmente para ser protegidas bajo este sistema.

Dicho de otro modo, los requisitos que un bien inmaterial deba presentar y las categorías en que deben estar incluidos para ser protegidos por el derecho de autor están muy bien delimitados por las leyes; y las ECTs, por su parte, en su gran mayoría, además de no cumplir con estos requisitos (como será analizado adelante), no se encajan en las categorías de obras literarias, artísticas o científicas. Por ello, las normas sobre derecho de autor se aplican sólo a una parte de las ECTs que pueden calificarse de “obra”⁸³⁹. Las normas sobre derecho de autor, por ejemplo, pueden proteger una canción popular porque reúne los requisitos que se exigen a las obras, pero no permiten perseguir la grabación y la difusión de un ritual porque éstos no tienen la consideración de “obra”⁸⁴⁰.

⁸³⁹ “Puede decirse, entonces, que la normativa sobre derecho de autor sí otorga cierta protección a las expresiones culturales tradicionales, aunque en principio sólo ampararía las creaciones que pudieran considerarse obras. (...) En efecto, la legislación sobre derecho de autor no puede evitar, por ejemplo, que se utilicen determinadas expresiones culturales de origen remoto cuando el grupo étnico al que pertenecen las consideran sagradas e intocables. Otro gran problema consiste en proteger las expresiones culturales tradicionales que no pueden calificarse de obras frente a utilidades lesivas”. ROMÁN PÉREZ, R. “Las expresiones culturales tradicionales en las normas sobre derechos de autor”, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 20. Disponible en <<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2634/10.pdf>>. Consultada el 4 de mayo de 2011.

⁸⁴⁰ A ese respecto ver BERRUECO GARCÍA, A. “Arte indígena y derecho de autor”, *Revista Mexicana de Derecho de Autor*, año IV, n.º. 14, octubre/diciembre, 2004, pp. 14 y 15; ROMÁN PÉREZ, R. “Las expresiones culturales tradicionales...”, *op.cit.*, p. 19. Por su parte, según la OMPI, “las comunidades indígenas están preocupadas por la utilización en el comercio de sus palabras, nombres, (...) por empresas y personas que no son indígenas”, que lo hacen sin la autorización de la comunidad y que en muchos casos tal utilización es contrario a los valores religiosos y espirituales de dicha comunidad. Doc. WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev..., *op.cit.*, Anexo I, p. 19.

Es de destacar, entonces, que el concepto de ECTs es mucho más amplio que el de obra protegida por el derecho de autor porque envuelve elementos que no pueden ser incluidos dentro de la clasificación de obras literaria, artística o científica. Esto significa que en las ECTs están incluidas manifestaciones que no tienen una forma de expresión que debe tener una “obra” en el sentido como se emplea en el ámbito del derecho de autor.

Los bienes inmateriales de las comunidades tradicionales engloban las muy diferentes formas de saber, hacer y crear. Como hemos demostrado en el capítulo primero, las ECTs comprenden, entre otras, la lengua, los mitos, los ritos, las creencias, magias, las fiestas, las técnicas de confección, las supersticiones, los instrumentos musicales, la combinación de tintes naturales, la literatura, la música, la danza, los juegos, la mitología, los ritos, las costumbres, la artesanía, la arquitectura y otras artes⁸⁴¹. Las ECTs que pueden ser entendidas como “obra” en el marco del derecho de autor constituyen, pues, sólo un aspecto de la cultura tradicional que encierra, además, muchas otras expresiones que poca o ninguna protección han recibido.

Además, no es posible comprender los bienes culturales de las comunidades locales e indígenas sin tener en consideración los valores en ellos revestidos y lo que representa su dimensión inmaterial y, de la misma forma, no se puede entender la dinámica del patrimonio inmaterial sin el conocimiento de la cultura material que le da soporte⁸⁴². O sea, la protección de las ECTs por derecho de autor desconsidera las propias características y contextos culturales en que las mismas son creadas.

Asimismo, hay que considerar que el conjunto de creaciones que emanan de una comunidad fundada en la tradición, expresada por un grupo o por individuos y que reconocidamente responden a las expectativas de la comunidad, son expresión de su identidad cultural y social, de las normas y de los valores que se transmiten oralmente, por imitación o de otras maneras. Por ello, es imposible reducir los procesos culturales tradicionales a las categorías de obras

⁸⁴¹ **UNESCO**. Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular..., *op.cit.*

⁸⁴² BRASIL. Ministério da Cultura. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Fundação Nacional de Arte. “O registro do patrimônio Imaterial. Propostas, experiências e regulamentos internacionais sobre a proteção do patrimônio cultural imaterial”. Dossiê final das atividades da comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial. Brasília, julho de 2003, p. 125.

privilegiadas legalmente para recibir protección. Las ECTs son patrimonio social, cultural y espiritual de las comunidades tradicionales que se actualiza con la creación, que se decanta, que adopta elementos ajenos, que los transforma y los asume.

Incluso si considerásemos una protección solamente a las ECTs que pueden ser calificadas como obra en el marco del derecho de autor aún así tendríamos algunos problemas. ROMÁN PÉREZ, pese a la defensa de la idea de utilizar las normas de derecho del autor para proteger solamente a aquellas ECTs que pueden ser consideradas como obra, advierte que la protección de las ECTs por derecho de autor plantea un gran problema. Según la autora, cabe distinguir dos tipos de obras tradicionales: las nuevas creaciones y las creaciones de origen remoto. Las primeras, que se elaboran en el momento actual, siguiendo una técnica tradicional, podrían recibir las mismas protecciones que dispensan las leyes de derecho de autor a cualquier obra independiente de su género; no obstante, las segundas quedarían sin protección por estar en dominio público, en especial, aquellas expresiones consideradas sagradas e intocables por las comunidades que las han creado y desarrollado. Asimismo, como también añade la autora, las ECTs que no pueden ser calificadas como obras también quedarían sin protección frente a las utilidades lesivas⁸⁴³.

En este punto, cabe poner de relieve, que no se pueden considerar como sinónimos los términos “cultura popular” y “expresiones culturales tradicionales”. La cultura popular no se agota con las manifestaciones culturales de las comunidades tradicionales, sino que la abarca y trasciende. Las expresiones culturales forman parte de los conocimientos tradicionales de un pueblo o de una comunidad⁸⁴⁴. Así que, las manifestaciones culturales de las comunidades tradicionales no pueden ser confundidas con las obras (manifestaciones) de la

⁸⁴³ ROMÁN PÉREZ, R. “Las expresiones culturales tradicionales...”, *op.cit.*, p. 20. En el mismo sentido **OMPI**. “Propiedad Intelectual y Expresiones Culturales Tradicionales o del Folclore”, *Folleto n.º 1*. Disponible en <http://www.wipo.int/freepublications/es/tk/913/wipo_pub_913.pdf>. Consultada el 04 de mayo de 2011, pp. 07 y 13.

⁸⁴⁴ VALDÉS DIAS, C. C. “Las obras procedentes de la cultura popular en la legislación de la República de Cuba. Análisis particular de los ritmos musicales. Otras singularidades cubanas”, en VALDÉS DIAS, C. C.; ROGEL VIDE, C. *Cultura popular y Propiedad Intelectual*. Madrid, Aisge, 2011 (Colección de Propiedad Intelectual), pp. 131-152, pp. 133-134.

cultura popular⁸⁴⁵. Un buen ejemplo es el carnaval en Brasil, pese a que sea parte de la cultura popular del país no es una manifestación cultural tradicional. Por ello, debe entenderse que, pese a que exista una estrecha relación entre la cultura popular y las expresiones culturales tradicionales, las segundas son parte integrante de la primera, pero esta última no se agota con aquellas. Además, las manifestaciones de la cultura popular, por lo general, pueden ser protegidas por las normas del derecho de autor, mientras que las ECTS no⁸⁴⁶.

Por fin, hay que señalar, por todo lo dicho anteriormente, por las razones que hemos venido defendiendo a lo largo de este trabajo, y como ya hemos expuesto, que no es posible aceptar un sistema que solamente protege una parte muy pequeña de las ECTS. Ello implica la necesidad de un sistema que proteja todas las formas de expresiones de las comunidades tradicionales, independiente de que sean o no consideradas como obras literaria, artística o científica.

⁸⁴⁵ Según OJEDA RODRÍGUEZ, *“la cultura popular es el conjunto de las manifestaciones en que se expresa la vida del pueblo; es el conjunto de modos de costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época; en ella es el pueblo el que juega un papel protagónico en la aparición y desarrollo de sus diferentes vertientes dada su capacidad creadora”*. En cuanto las expresiones culturales tradicionales *“es el conjunto de creaciones que emanan de una comunidad cultural fundadas en la tradición, expresadas por un grupo o por individuos y que reconocidamente responden a las expectativas de la comunidad en cuanto a expresión de sus identidad cultural y social; las normas y los valores se transmiten oralmente, por imitación o de otras maneras. Sus formas comprenden, entre otras: la lengua, la literatura, la música, la danza, los juegos, la mitología, los ritos, costumbres, la artesanía, arquitectura y otras artes”*. OJEDA RODRÍGUEZ, N. “Las obras procedentes de la cultura popular...”, *op.cit.*, pp. 99-100. Asimismo para ROMÁN PÉREZ, las expresiones culturales tradicionales no identifica con toda la cultura popular. ROMÁN PÉREZ, R. “Manifestaciones de la cultura popular...”, *op.cit.*, p. 30.

⁸⁴⁶ OJEDA RODRÍGUEZ señala que la protección de las expresiones culturales tradicionales *“no es suficiente a través de las normas establecidas por el derecho de autor”*. OJEDA RODRÍGUEZ, N. “Las obras procedentes de la cultura popular...”, *op.cit.*, p. 100.

4. Requisitos que debe cumplir la creación intelectual para ser protegida por el derecho de autor y las expresiones culturales tradicionales

4.1. Requisitos de la obra para ser protegida por el derecho de autor

Pese a la falta de un concepto legal de lo que se entiende por “obra”, en sentido amplio, es preciso que la misma observe los requisitos del concepto genérico de obra para caracterizar el objeto de la protección del sistema en estudio. Esto es, para ser protegida por el derecho de autor es necesario que la obra tenga “carácter creativo”, “sea original”, y esté “fijada en un soporte material”⁸⁴⁷.

4.1.1. Creación

El título originario de adquisición del derecho de autor en sus dos vertientes – derechos morales y patrimoniales – es la creación de la obra⁸⁴⁸. La obra protegible por el derecho de autor no puede ser el resultado de cualquier actividad humana o del entendimiento, sino sólo de la actividad creadora del hombre⁸⁴⁹.

El carácter creativo de la obra es pues el primer requisito para que la creación sea protegida por derecho de autor. Este requisito aparentemente parece que es obvio. Sin embargo, es necesario destacar que hay muchos debates acerca de lo que es creación y descubrimiento (que no es objeto de estudio en nuestro trabajo). La creación se refiere a los objetos que, para existir,

⁸⁴⁷ SAIZ GARCÍA, C. *Objeto y sujeto...*, *op.cit.*, p. 72.

⁸⁴⁸ En palabras de BONDÍA ROMÁN, la “creación (...) determina a la vez el nacimiento del objeto y la adquisición del derecho por el autor, siendo el único modo de adquisición originaria de la propiedad intelectual”. BONDÍA ROMÁN, F., *Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 167. En el mismo sentido VALBUENA GUTIÉRREZ, J. A. *Las obras o creaciones intelectuales...*, *op.cit.*, p. 104.

⁸⁴⁹ Para SAIZ GARCÍA la obra debe ser el resultado de la actividad personal desplegada por el autor. SAIZ GARCÍA, C. *Obras audiovisuales y Derecho de Autor*. Navarra, Aranzadi, 2002, p. 36.

necesitan de la intervención humana. O sea, una voluntad creadora que descarta cualquier objeto fruto de las creaciones espontáneas de la naturaleza.

Las ideas o pensamientos abstractos no pueden ser objeto del derecho de autor⁸⁵⁰. La mera idea o pensamiento carece de expresión, es preciso que su pensamiento se exprese de alguna manera perceptible a los demás. Crear una obra pues es plasmar en una forma exterior una obra original, en parte o en todo, perceptible por los sentidos⁸⁵¹.

Ha de tratarse también de creaciones humanas; no siendo protegibles, por tanto, las realizadas por un animal, por la naturaleza en general, como fósil, trozo de mineral, rama, planta o animales disecados, etc., así como las obras realizadas por máquinas, como dibujos, música, traducciones realizadas por ordenador⁸⁵².

En el concepto de creación deben concurrir tres notas fundamentales. La primera de ellas es que el concepto de creación excluye de su ámbito cualquier actividad que sea resultado de copiar literal o servilmente cualquier obra o producción intelectual preexistente. La segunda sería que el acto creativo ha de llevarse a cabo mediante la acción del hombre. Finalmente, la tercera nota consiste en que lo creado revista una concreta expresión formal, es decir, que esté expresado por cualquier medio o soporte⁸⁵³.

⁸⁵⁰ SAIZ GARCÍA, C., *Objeto y sujeto...*, op.cit., pp. 146-147; ESPÍN CÁNOVAS, D. "Las obras de artes plásticas...", op.cit., p. 325.

⁸⁵¹ "La creación exteriorizada de la obra (y no su concepción, por el mismo creador o por un tercero) es pues el hecho generador de la propiedad intelectual". RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual...*, op.cit., p. 62. En el mismo sentido SOLER MASOTA señala que "cuando las ideas trascienden al exterior (...) comienza ya su posible calificación como creaciones individuales". SOLER MASOTA, P. "La protección de las ideas por Derecho de Autor", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXII, Madrid, 2001, pp. 485-505, p. 487.

⁸⁵² SAIZ GARCÍA, C. *Objeto y sujeto...*, op.cit., pp. 84-85; VALBUENA GUTIÉRREZ, J. A. *Las obras o creaciones intelectuales...*, op.cit., p. 14; ROGEL VIDE, C.; SERRANO GÓMEZ, E. *Manual de Derecho de Autor...*, op.cit., p. 18. "Hay que tener en cuenta que en determinados tipos de obra, como es el caso de la fotografía, la aportación o creación del autor consiste en la capacidad de detectar (ver) y mostrar la belleza o la relevancia estética de determinados planos, objetos, paisajes. Lo principal es su determinación y elección, porque la captación misma de la imagen se limita a un precoso mecánico ajeno a la actuación del fotógrafo". BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Manual de Propiedad Intelectual...*, op.cit., p. 46.

⁸⁵³ VALBUENA GUTIÉRREZ, J. A. *Las obras o creaciones intelectuales...*, op.cit., p. 15.

No obstante, no es relevante el género y el destino de la obra para que sea protegida. La protección vía derecho de autor independe del género o de la modalidad creativa, obra literaria, de ciencia ficción, plástica pura o aplicada, musical, escénica, informática, o de su destino, creada para ser divulgada o para permanecer inédita, utilizada para expresar su contenido estético o con el fin de promocionar un producto comercial⁸⁵⁴.

4.1.2. Originalidad

En segundo lugar, para ser protegida por el derecho de autor se requiere que la obra sea original. Este requisito es considerado el requisito esencial y clave de cualquier obra para la protección por vía del derecho de autor⁸⁵⁵. La “originalidad”, en efecto, es el requisito que habrá de cumplir cualquiera que sea el tipo de obra de que se trate.

Sin embargo, definir lo que significa el término original no es muy fácil por diversas razones⁸⁵⁶. El término original, además de no ser jurídico, es equívoco o ambivalente⁸⁵⁷. Las legislaciones sobre derecho de autor hacen referencia a este requisito, pero no lo conceptúan, y por lo tanto la originalidad aparece como un concepto abierto.

La doctrina, a su vez, ha dado dos sentidos al término “originalidad” de la obra para ser protegida por el derecho de autor, la originalidad subjetiva y la originalidad objetiva. En el aspecto subjetivo, se entiende que la obra es original

⁸⁵⁴ ANTEQUERA PARILLI, R. *Estudios de Derecho de Autor...*, op.cit., p. 60.

⁸⁵⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Manual de Propiedad Intelectual...*, op.cit., p. 46; SAIZ GARCÍA, C. *Objeto y sujeto...*, op.cit., p. 94; DELGADO PORRAS, A. “Derechos de Autor”, en BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia Económica, Disciplina de la Competencia Desleal*. 3ª ed. actualizada, Pamplona, Thomson Reuters, 2009 p. 732.

⁸⁵⁶ Para profundizar sobre el tema consultar VICTORIA ROCHA, M. “A originalidade como requisito de protecção da obra pelo Direito de Autor: algumas reflexões”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXII, 2001, Madrid, 2002, p. 339.

⁸⁵⁷ MARCO MOLINA, J. “La formación del concepto de Derecho de Autor y la originalidad de su objeto”, en MACÍAS CASTILLO, A.; HERNÁNDEZ ROBLEDO, M. A. (Coords.). *El Derecho de Autor y las nuevas tecnologías. Reflexiones sobre la reciente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid, La Ley, 2008, p. 305.

cuando refleja la personalidad del autor, o sea, se identifica con la marca personal del autor⁸⁵⁸. En este sentido, la originalidad significa que el creador no ha copiado de una obra ajena. Por ello, la originalidad no es otra cosa sino que pertenezca efectivamente al autor, que sea obra suya y refleja su personalidad⁸⁵⁹. En cuanto al aspecto objetivo, lo que se considera son los atributos individuales de esa obra o la singularidad respecto a la obra preexistente⁸⁶⁰. En este sentido, la originalidad significa haber creado algo nuevo, que no existente previamente, como una especie de novedad⁸⁶¹.

Debe tener presente de todos modos, que los términos originalidad y novedad no poseen en mismo significado⁸⁶². La exigencia de la novedad es uno

⁸⁵⁸ “Lo decisivo para obtener la protección por derecho de autor es que la creación considerada permita reconocer la individualidad de su hacedor”. SOLER MASOTA, P. “La protección de las ideas...”, *op.cit.*, p. 486. En el mismo sentido VICENT CHULIÁ, F. *Compendio crítico de Derecho Mercantil...*, *op.cit.*, p. 1283; VICTORIA ROCHA, M. “A originalidade como requisito de protecção da obra...”, *op.cit.*, p. 341; DELGADO PORRAS, A. “Derechos de Autor...”, *op.cit.*, p. 732.

⁸⁵⁹ “La originalidad de una obra, en su acepción subjetiva, debe ser la consecuencia lógica del carácter creativo que reviste la actividad desarrollada para la elaboración de la obra. (...) Basta que una persona desempeñe una actividad de carácter creativo, es decir, interfiera con su imaginación en el procedimiento lógico de la elaboración de una obra, para que pueda afirmarse que ésta última posee su impronta personal. Todo resultado de una actividad de tales características es personal”. SAIZ GARCÍA, C. *Objeto y sujeto...*, *op.cit.*, pp. 125-126. En el mismo sentido DELGADO PORRAS, A. “Derechos de Autor...”, *op.cit.*, p. 732; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Comentarios al art. 10...”, *op.cit.*, p. 154; VALBUENA GUTIÉRREZ, J. A. *Las obras o creaciones intelectuales...*, *op.cit.*, p. 281; BONDÍA ROMÁN, R. *Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, pp. 195-199; VICENT CHULIÁ, F. *Compendio crítico de Derecho Mercantil...*, *op.cit.*, pp. 1283-1285. ROGEL VIDE, señala aún que “por regla general y respecto de las obras literarias, se requiere, tan solo, una originalidad subjetiva; se requiere que la obra sea fruto de la mente de su autor, por mucho que se haya inspirado en otra - siempre que no la plagie - y aunque sea mala e, incluso, mezquina, calificaciones siempre subjetivas”. La excepción de esta regla son las tesis doctorales: “en ellas, en efecto, se requiere calidad, calidad que controla, inicialmente, el director de la misma y que es verificada, ulteriormente, en más de una ocasión. Calidad, en fin, que es sometida a la posible crítica de los doctores y juzgada, a la postre, por un Tribunal. Solo si todas las etapas dichas se superan puede hablarse de tesis doctoral, deviniendo tal un texto que, antes, solo era una obra literaria, mero esbozo o boceto de la tesis dicha”. ROGEL VIDE, C. *Estudios completos de Propiedad Intelectual*. Vol. 3º..., *op.cit.*, pp. 13-14.

⁸⁶⁰ Sobre la originalidad de la obra en sus aspectos objetivo y subjetivo ver SAIZ GARCÍA, C. *Objeto y sujeto...*, *op.cit.*, p. 119 y ss.

⁸⁶¹ “La originalidad en sentido objetivo, debe entenderse como el resultado que produce la intervención creativa del autor en la obra, es decir, en la peculiaridad que tal actividad plasmará en la misma, distinguiéndola de aquéllas otras que son producto de la mera aplicación mecánica de un método, una técnica, etc., esto es, las creaciones banales”. SAIZ GARCÍA, C. *Objeto y sujeto...*, *op.cit.*, pp. 126-127. Aún favorable a la idea de originalidad en el sentido objetivo VEGA VEGA, J. A. *Derecho de autor...*, *op.cit.*, p. 98. RICKETSON, S. *The Berne Convention for the protection of literary and artistic works: 1886-1986*. London, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary, 1987, pp. 228-234.

⁸⁶² Para DELGADO PORRAS, la concepción de que la originalidad de la obra presenta para algunos de algún modo novedad, “originalidad objetiva”, como se suele llamar, es un error. “En la

de los requisitos para proteger una invención por patente. La novedad, por tanto, se aplica a otro instrumento jurídico. El derecho de autor exige solamente la originalidad que, al entender de BAYLOS CORROZA, es la manifestación de la personalidad del autor⁸⁶³.

Por ello, la doctrina ha venido entendiendo que la originalidad relevante para el derecho de autor es la subjetiva, rechazando por consiguiente la originalidad objetiva⁸⁶⁴. En efecto, cada una de las obras, fruto de la creación

propiedad intelectual sólo requieren novedad los dibujos y modelos industriales que, de acuerdo con el régimen legal, no pueden tener cabida en el sector del derecho de autor y se encuadran en la propiedad industrial, mediante el correspondiente registro". DELGADO PORRAS, A. "Derechos de Autor...", *op.cit.*, p. 732.

⁸⁶³ BAYLOS CORROZA, H. Tratado de Derecho Industrial..., *op.cit.*, p. 534; ESPÍN CÁNOVAS, D. "Las obras de artes plásticas...", *op.cit.*, pp. 323-340, p. 326. "La originalidad se aprecia subjetivamente: es la marca de la personalidad que resulta del esfuerzo creador, mientras que la novedad se mide objetivamente, puesto que se define como la ausencia de homólogo en el pasado". ANTEQUERA PARILLI, R. Estudios de Derecho de Autor..., *op.cit.*, p. 53. También para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, "para que llegue a tener entonces el carácter de 'creación', es necesaria la originalidad, que no es sinónimo de 'novedad'. Sino de 'individualidad', vale decir, 'que exprese lo propio de su autor, que lleva la impronta de su personalidad". Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación prejudicial 10-IP-99. Interpretación prejudicial de los artículos 28 y 58 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por el Presidente del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, República del Ecuador, con motivo de la acción de daños y perjuicios interpuesta por LEXIS S.A. contra la empresa Productora e Información Compañía Ilimitada (PRODINFO), por supuesto plagio de la base de datos "MERLIN"; e interpretación de oficio de los artículos 3 y 4 párrafos 1ro. y 2do., de la Decisión 351. Proceso Interno No. 5316-LR, en el Tribunal solicitante, p. 05. Disponible en <<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Procesos/10-ip-99.doc>>. Consultada el 16 de mayo de 2011.

⁸⁶⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Manual de Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 47; ROGEL VIDE, C.; SERRANO GÓMEZ, E. *Manual de Derecho de Autor...*, *op.cit.*, p. 18. MARCO MOLINA señala que la concepción que defiende la originalidad en sentido objetivo es contraria a la legislación de derecho de autor que en ningún momento se refiere a la novedad de la obra derivada de la obra en general como condición para su protección, como sí hace, en cambio, en materia de propiedad industrial. MARCO MOLINA, J. "La formación del concepto de Derecho de Autor...", *op.cit.*, p. 310. Hay que señalar, sin embargo, que el Tribunal Supremo se ha decantado por una interpretación objetiva de la originalidad. "La STS de 24 de junio de 2004 (To/483313) establece que la originalidad 'consiste en haber creado algo nuevo, que no existía anteriormente; es decir, la creación que aporta y constituye una novedad objetiva frente a cualquier otra preexistente: es original la creación novedosa, y esa novedad objetiva es la que determina su reconocimiento como obra y la protección por la propiedad intelectual que se atribuye sobre ella a su creador". ESTEVE PARDO, M. A. "El objeto del Derecho de Autor...", *op.cit.*, p. 67. VICTORIA ROCHA, a su vez, señala que la concepción tradicional de derecho de autor parece muy restrictiva, puesto que parece proteger solamente las obras con elevado grado de creatividad. Y en este supuesto sólo las obras literarias y artísticas de relieve serían susceptibles de protección. Sin embargo, en la práctica, esta restricción nunca fue vista. "Antes por lo contrario. Una vez que en todos los países de tradición del derecho de autor continental se protegen las obras utilitarias, en que la personalidad del autor es muy reducida, y nunca fue objeto del derecho de autor abarcar el mundo reducido de las grandes obras literarias o artísticas". VICTORIA ROCHA, M. "A originalidade como requisito de protecção da obra...", *op.cit.*, p. 341. También para DELGADO PORRAS, "la creación intelectual no se protege porque venga a enriquecer el conjunto de creaciones de que dispone ya la sociedad; sino por ser una

humana, a pesar de que muchas pertenecen al mismo género o el mismo lenguaje, tiene su particular individualidad en la forma de expresión; si así no fuera distintas personas no podrían, por ejemplo, escribir libros sobre el mismo tema.

4.1.3. Fijación material

Por último, para que una obra sea protegida por el derecho de autor es necesaria su fijación en un soporte. La obra necesita ser exteriorizada para ser percibida por los sentidos a través de unos elementos sensibles integrados por los “medios expresivos” de que se vale el autor; necesita ser materializada para constituirse como una entidad independiente del sujeto y accesible en su comienzo y disfrute a cualquiera⁸⁶⁵. En fin, es necesario que la creación se exteriorice o se exprese por medio de un soporte material, tangible o intangible, conocido o por conocer⁸⁶⁶. Por ello, la exteriorización en un soporte físico constituye más que un requisito para la protección de la creación, un requisito para su existencia, una vez que el derecho de autor no protege las ideas en sí mismas.

Es importante advertir, en especial, tratándose de un estudio que va a analizar la adecuación de la protección de las expresiones culturales tradicionales por medio del derecho de autor, que este requisito es esencial. El carácter patrimonial de este tipo de creaciones se fundamenta en el valor cultural y

manifestación de la personalidad del autor”. DELGADO PORRAS, A. “Derechos de Autor...”, *op.cit.*, p. 732. En el mismo sentido VALBUENA GUTIÉRREZ, J. A. *Las obras o creaciones intelectuales...*, *op.cit.*, p. 280.

⁸⁶⁵ La necesidad de exteriorización de la obra por medio de un soporte es señalada por BERCOVITZ ÁLVAREZ, G. *Obra plástica...*, *op.cit.*, p. 93; DELGADO PORRAS, A. “Derechos de Autor...”, *op.cit.*, p. 734; VALBUENA GUTIÉRREZ, J. A. *Las obras o creaciones intelectuales...*, *op.cit.*, p. 155; PÉREZ DE ONTIVEROS RAQUERO, C. *Derecho de Autor: la facultad de decidir la divulgación*. Madrid, Editorial Civitas, 1993, p. 144; ROGEL VIDE. C. *Autores, coautores y Propiedad Intelectual*. Madrid, Tecnos, 1984, p. 57; IDEM, “Comentarios al art. 10 LPI...”, *op.cit.*, p. 71; SERRANO ALONSO, E. “Sugerencias para una reforma del Derecho de Autor”, *AC*, Tomo I, 1986, p. 63; OROZCO PARDO, G. “Acerca de la protección de las ideas por el Derecho de Autor. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1992”, *AC*, 1993, p. 213.

⁸⁶⁶ VALBUENA GUTIÉRREZ, J. A. *Las obras o creaciones intelectuales...*, *op.cit.*, pp. 209-210. Ejemplos de soporte material son: libro, cuadro, partidura, discos de video (tangibles); y una conferencia o improvisación musical (intangibles), etc.

económico basado en la posibilidad de ser utilizado como guía para producir bienes futuros.

4.2. Los requisitos exigidos por el derecho de autor frente a las expresiones culturales tradicionales

Como hemos afirmado previamente, las obras para ser protegidas por las normas de derecho de autor deben presentar algunos requisitos legales; esto es, deben ser creaciones, ser originales y estar fijadas en un soporte. De esos tres requisitos exigidos es importante destacar que el primero no presenta ninguna limitación, es decir, las ECTs son, de hecho, creaciones de la mente humana. El problema se presenta en cuanto a la exigencia de la originalidad y de la fijación material de la obra.

Una importante cuestión acerca de la eficacia de la protección de las ECTs a través de las normas de derecho de autor actuales, parte de la aplicación del requisito de la originalidad. Toda obra para ser protegida por derecho de autor necesita ser original, o sea, presentar características propias e individuales, que permitan identificarla de otras obras, que exprese lo propio de su autor, que lleve la impronta de su personalidad.

En cuanto a las ECTs, pese al hecho de que algunas producciones artísticas y literarias tradicionales son suficientemente originales, de modo que podrían ser susceptibles de protección como obras por el derecho de autor, la mayoría de las producciones literarias y artísticas tradicionales no son “originales”⁸⁶⁷. Del mismo modo la mayoría de los diseños tradicionales no son “nuevos” ni “originales”, la gran mayoría son diseños antiguos con significados religiosos o espirituales.

Hay que resaltar también que numerosas expresiones “tradicionales” se han transmitido de generación en generación, de manera oral o **por imitación** y suelen estar marcadas por influencias creativas de carácter social y colectivo⁸⁶⁸.

⁸⁶⁷ OJEDA RODRÍGUEZ, N. “Las obras procedentes de la cultura popular...”, *op.cit.*, p. 101.

⁸⁶⁸ Véase HAFSTEIN, V. T. “The politics of origins: collective creation revisited”, *Journal of American Folklore*, vol. 117, number 465, summer, 2004, pp. 300-315.

Las letras, las notas de las canciones, los proverbios, los diseños, las fábulas y otras expresiones similares suelen crearse de manera anónima y se incorporan a las tradiciones orales de las comunidades, donde circulan durante numerosos años (como motivos, “palabras” o “fórmulas”⁸⁶⁹). Así que, además de no poder atribuirse la autoría a ninguna persona conocida (como veremos adelante), las ECTs no presentan una forma identificable y distintiva, por estar marcadas culturalmente y tener un carácter colectivo. Por ello, independientemente de que hayan sido creadas por personas individuales o por comunidades, **numerosas ECTs obtienen su significado y su valía gracias al reconocimiento y la identificación de la comunidad y no en tanto del signo individual de originalidad**⁸⁷⁰.

En el arte tradicional no existió ni existe la idea de la genialidad individual, como tampoco la ruptura renovadora, ni la unicidad de la obra. Las ECTs no son productos de la creación individual absoluta ni se manifiestan en obras irrepetibles. La originalidad en la estética comunitaria tradicional reside en su carácter distintivo respecto a otras culturas. El creador tradicional al hacer su obra, utiliza muchas fuentes de inspiración, utiliza el lenguaje, las imágenes, el sonido, los ritmos, los colores, los movimientos o los sentidos, las técnicas, los géneros y los materiales que toma de la creación precedente. En la casi generalidad de los casos los creadores tradicionales no intentan transmitir sentimientos personales, sino, a lo sumo, una innovación estilística realizada en el marco de la cultura y en ejercicio de la libertad creativa que siempre, en mayor o menor medida, conserva. Si la gente aprueba su creación, esta se institucionaliza como comunitaria, y si la rechaza, esa forma queda excluida de la estética de la comunidad tradicional. Para ellos, lo que cuenta es su capacidad de fortalecer la cohesión social y la identidad del grupo⁸⁷¹.

⁸⁶⁹ LINDSEY, R. H. “Responsibility with accountability: the birth of a strategy to protect Kanaka Maoli traditional knowledge”, in *Symposium Intellectual Property and Social Justice*. 48 *How. L.J.* 763, winter, 2005. Véanse asimismo las comunicaciones personales con el Sr. Michael Taft, Jefe del Archivo de Cultura Tradicional del *American Folklife Center*.

⁸⁷⁰ OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev..., *op.cit.*, p. 12.

⁸⁷¹ COLOMBRES, A. *Teoría transcultural del arte. Hacia un pensamiento visual independiente*, Buenos Aires, Ediciones del Sol, 2004, p. 249.

Incluso, cuando una persona puede ser considerada por las leyes de propiedad intelectual como el autor de una creación basada en la tradición, desde una perspectiva de las comunidades tradicionales esta creación será considerada como el producto de un proceso creativo social, colectivo e incluso espiritual. Las características esenciales de las creaciones tradicionales residen en el hecho de que contienen motivos, estilos u otros elementos característicos de una tradición de una comunidad, o que sirven para identificarla, que son creados o interpretados por personas a las que la comunidad reconoce el derecho, asigna la responsabilidad o concede el permiso para hacerlo. Por consiguiente, las “obras” e interpretaciones o ejecuciones que puedan considerarse creadas originalmente por individuos son, en realidad, creaciones basadas en la cultura tradicional o en la tradición y no reflejan, por tanto, características propias e individuales de su autor.

Asimismo, en oposición a la búsqueda constante de originalidad de la cultura occidental, en la que constantemente se destruyen viejos paradigmas — incluso sin que existan otros más elaborados o válidos —, en las expresiones tradicionales las innovaciones se dan de un modo lento, gradual, sin el objetivo de destruir el acervo colectivo precedente, sino de enriquecerlo. El individuo no se esfuerza por expresar algo distinto del sentir común y deslumbrar con ello.

El siguiente hito está relacionado con la necesidad de fijación de la obra para ser protegida por las normas del derecho de autor, incluso aunque de conformidad con los principios internacionales generales la protección mediante derecho de autor se concede tanto a las obras orales como escritas⁸⁷², intencionalmente, el Convenio de Berna no se pronuncia acerca de si las obras deberían protegerse únicamente en caso de que hayan sido fijadas en algún soporte material. Por ello, numerosas legislaciones nacionales, en particular las de los países del Common Law, requieren la fijación de la obra ya que esto prueba la existencia de la misma y ofrece una base más clara y definida para el establecimiento de derecho⁸⁷³. Ello conlleva que en la mayoría de las legislaciones nacionales en materia de derecho de autor el requisito de fijación es imprescindible para la protección de la obra.

⁸⁷² Véanse los arts. 2.1) y 2.2) del Convenio de Berna.

⁸⁷³ **OMPI**. Doc. WIPO/GRTKF/IC/6/3..., *op.cit.*, p. 22.

Debe advertirse, entonces, que la falta de exteriorización en un *corpus mechanicum* impide la protección de una obra. Esto también conlleva que muchas ECTs no puedan ser protegidas por las normas de derecho de autor, una vez que muchas de esas expresiones no están exteriorizadas en ningún tipo de soporte. En muchos casos las obras de las comunidades tradicionales, especialmente danzas, música, cuentos y ritos no han sido fijados de ninguna forma material o incorporada en un objeto, sino que se transmiten de forma oral y visual en la memoria de sus miembros. Puede ocurrir incluso que determinadas expresiones, aunque “fijadas”, no reúnan el requisito de fijación necesario, como la pintura facial y corporal, y las esculturas de arena.

Como consecuencia, la falta de fijación impide la protección de muchas de las expresiones intangibles y orales de las comunidades tradicionales, principalmente las comunidades indígenas dónde muchas ECTs no son fijas⁸⁷⁴. Es decir, la falta de fijación de la mayoría de las ECTs ha sido, por lo tanto, una limitación más para que el derecho de autor pueda proteger las expresiones culturales tradicionales.

5. La titularidad del derecho de autor en relación con la titularidad de las expresiones culturales tradicionales

5.1. La titularidad del derecho de autor

La creación de una obra solamente puede ser el resultado de una acción humana, pues sólo los seres humanos son capaces de crear; una vez que se trata de una actividad intelectual propia y exclusiva de las personas naturales, y, por tanto, sólo los seres humanos pueden ser autores⁸⁷⁵. “*De allí que al menos en la*

⁸⁷⁴ DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 101.

⁸⁷⁵ Para BAYLOS CORROZA “*decir autor es decir creador y sólo el ser humano crea. La creación es un acto que no cabe concebir más que en el individuo; en la persona natural*”. BAYLOS CORROZA, H. “Acotaciones al nuevo Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual”, *RGLJ*, 1986, pp.

*tradición continental solamente puede ser autor 'la persona física que crea una obra', quien ostenta también la 'titularidad originaria' de los derechos morales y patrimoniales*⁸⁷⁶.

La tendencia de reconocer solamente a las personas naturales como autoras de una creación es concepción dominante en la cultura occidental⁸⁷⁷. Tanto la LPI, como la Ley de “direito autoral” en Brasil establecen que la calidad de autoría sólo puede ser dada a la persona natural o física⁸⁷⁸.

Por ello, si la “creación” de una obra constituye la única vía para poder adquirir la condición de autor sobre la misma y ha de ser el resultado de una “tarea puramente humana y personal”, la consecuencia inmediata es la de que tan

535-537. También según BONDIA ROMÁN *“la actividad creadora exige, por su propia naturaleza, reflexión y decisión por lo que no puede ser imputada más que a una persona física”*. BONDÍA ROMÁN, F. *Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 167. Sin embargo, es necesario señalar, como veremos más adelante, que en algunas leyes la protección conferida al derecho de autor podrá beneficiar a personas jurídicas en los casos expresamente previstos en ley (art. 5.2 de la LPI). Esa posibilidad en la ley española se reconoce en el art. 8 con respecto a las obras colectivas, y en el art. 97.2 con respecto a los programas de ordenador que sean también obras colectivas.

⁸⁷⁶ ANTEQUERA PARILLI, R. *Estudios de Derecho de Autor...*, *op.cit.*, p. 30. En el mismo sentido, SAIZ GARCÍA, C. *Objeto y sujeto...*, *op.cit.*, p. 76; MARSAL GUILLAMET, J. “El sujeto del Derecho de Autor...”, *op.cit.*, p. 53; DELGADO PORRAS, A. *Derechos de Autor y Derechos afines al de Autor*. Tomo 2..., *op.cit.*, p. 92; VALBUENA GUTIÉRREZ, J. A. *Las obras o creaciones intelectuales...*, *op.cit.*, p. 112; LIPSZYC, D. *Derechos de Autor y Derechos Conexos*. Buenos Aires, UNESCO/CERLZLC/ZAVALÍA, 1993, pp. 123-150.

⁸⁷⁷ SAIZ GARCÍA, C. *Objeto y sujeto...*, *op.cit.*, p. 77.

⁸⁷⁸ El art. 5.1 de la LPI por ejemplo señala que *“se considera autor la persona natural que crea alguna obra literaria, científica o artística”*. La Ley brasileña n.º. 9.610, de 19 de febrero de 1998, en el art. 11 está señalado que *“autor es la persona física creadora de obra literaria, artística o científica”*. La Comunidad Andina también ha señalado que *“se considera autor solamente a la persona física que crea la obra, excluyéndose de esta calificación a las personas jurídicas o morales”*. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 24-IP-98. Interpretación prejudicial de los artículos 26, 54 y 56 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena solicitada por el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Actora: “PROMOTORA CEDEL C.A.”, e interpretación de oficio de los artículos 3, 4, 13 y 23 de la misma Decisión, p. 08. Disponible en <<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Procesos/24-ip-98.doc>>.

Consultada el 16 de mayo de 2011. Sin embargo, *“las personas jurídicas y algunas personas naturales que no participan en el acto creador, pueden, ser reconocidas como titulares derivados de los derechos de autor de una obra”*. Sentencia C-276/96 de la Corte Constitucional colombiana. Disponible en

<<http://www.derechodeautor.gov.co/htm/legal/jurisprudencia/Corte%20Constitucional/C-276-96.doc>>. Consultada el 16 de mayo de 2011. Este mismo entendimiento también es expresado por el Tribunal Supremo español que señala que una persona jurídica no tiene la calidad de autor con arreglo a la Ley carece de legitimación para ejercitar acciones por tal concepto. STS 508/1996. Sala de lo Civil 1. Disponible en

<<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3040591&links=&optimize=20031030>>. Consultada el 16 de mayo de 2011.

sólo las personas físicas o naturales podrán ostentar la condición de autor. Es decir, la persona jurídica carece de capacidad creadora y no puede ser autor originario de una obra, que es exclusiva de las personas naturales.

No obstante, las personas jurídicas pueden tener la titularidad de los derechos de autor en algunos supuestos⁸⁷⁹. Hay efectivamente una serie de supuestos en los que se atribuye *ex lege* facultades incluidas en el derecho de autor a personas jurídicas⁸⁸⁰. Uno de esos supuestos, por ejemplo, son las obras colectivas, que según el art. 8 de la LPI posibilita, además de las personas naturales, a las personas jurídicas editar y divulgar bajo su nombre una obra colectiva creada por su iniciativa y bajo su coordinación⁸⁸¹.

Al analizar el art. 5 de la LPI, CARRASCO PERERA señala que el apartado 2 es, sin duda, inconveniente; pero no excepciona el principio de autoría en beneficio de personas jurídicas, sino que, en su caso, excepciona la atribución originaria plena del derecho de autor al autor de la obra. Y añade que *“las personas jurídicas podrán ser titulares originarios de derechos afines, cesionarios presuntos de derechos de autor por el simple hecho de la creación, pero nunca autores”*⁸⁸². Es decir, las excepciones legales al principio de la autoría giran en torno a la titularidad del derecho y no al hecho generador de la obra⁸⁸³.

⁸⁷⁹ De acuerdo con el art. 5.2 de la LPI, *“no obstante, de la protección que esta Ley concede al autor se podrán beneficiar personas jurídicas en los casos expresamente previstos en ella”*. Asimismo, el párrafo único del art. 11 de Ley brasileña nº. 9.610 establece que *“la protección concedida al autor podrá aplicarse a las personas jurídicas en los casos previstos en esta Ley”*.

⁸⁸⁰ DELGADO PORRAS, A. “Derechos de Autor...”, *op.cit.*, p. 784.

⁸⁸¹ MARSAL GUILLAMET, J. “El sujeto del Derecho de Autor...”, *op.cit.*, p. 53. Otro ejemplo donde una persona jurídica puede ser considerada autora de la obra ocurre en los casos de la *“cesión de derechos del propio autor o su derechohabiente a un tercero explotante que puede ser una persona natural o una persona jurídica, que disfrute esos derechos en virtud de la cesión realizada sin adquirir por ello la condición de autor”*. DELGADO PORRAS, A. “Derechos de Autor...”, *op.cit.*, p. 784. Pero en estos casos se trata de adquisición derivativa mediante cesión, no originaria.

⁸⁸² CARRASCO PEREIRA, A. “Comentarios al art. 5...”, *op.cit.*, p. 101.

⁸⁸³ BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de Derecho Industrial...*, *op.cit.*, p. 641 y ss. *“El requisito por el cual la obra del espíritu debe ser producto de la labor intelectual de una persona natural para gozar de la protección jurídica autoral, es una cuestión distinta a la de la atribución de la titularidad sobre la misma. La primera, es una condición natural intrínseca al propio fundamento de la protección jurídica autoral, esto es, la condición de autor constituye un predicado real y no una atribución de derechos. (...) La segunda, la atribución de derechos propiamente, consiste en una cuestión puramente jurídica cuyos contornos pueden ser modelados por el poder legislativo”*. SAIZ GARCÍA, C. *Objeto y sujeto...*, *op.cit.*, p. 78.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que los convenios internacionales no aclaran la cuestión, una vez que reúnen en su seno a países que adoptan otro sistema, como el sistema anglo-americano que, en ciertos casos, reconoce la “autoría” a tercera persona, inclusive a entes colectivos⁸⁸⁴.

Específicamente en España y Brasil, como hemos destacado previamente, solamente personas naturales son creadoras de alguna obra y, es precisamente sólo este hecho – la creación – el que atribuye el derecho de autor sobre la misma. La creación es el único modo de atribución originaria de derechos de autor, y a la vez el único título de determinación de la condición de autor y que atribuye a su creador los derechos derivados de dicha creación⁸⁸⁵. Por lo tanto, no es necesario ningún requisito de capacidad del autor y tampoco ningún requisito formal para la protección jurídica de la creación. El derecho de autor nace sin ninguna exigencia de depósito o algún tipo de divulgación.

Para concluir, hay que señalar que, además de las personas jurídicas, también son excluidas de la condición de autor las personas conocidas como colaboradores o asistentes técnicos que trabajan bajo órdenes u orientaciones de otra persona⁸⁸⁶.

5.1.1. Titularidad de la obra en colaboración

Otra cuestión importante a ser observada (que en especial interesa a este trabajo) es la titularidad de la autoría de las obras en colaboración y de las obras colectivas.

⁸⁸⁴ DELGADO PORRAS, A. “Derechos de Autor...”, *op.cit.*, p. 783.

⁸⁸⁵ La creación “no sólo es el único de los modos de adquirir derechos de propiedad con carácter originario, sino, además, el único modo válido de adquirir la propiedad intelectual con carácter pleno”. CARRASCO PEREIRA, A. “Comentarios al art. 5 LPI”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, p. 98. En el mismo sentido RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 61. Aún según SAIZ GARCÍA, “el autor de una obra de ingenio es su creador y en su exclusivo favor nace el derecho de autor tanto en su vertiente moral como patrimonial”. SAIZ GARCÍA, C. “Las obras audiovisuales de carácter publicitario y el Derecho de Autor”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XIX, 1998, pp. 245-271, p. 256.

⁸⁸⁶ MARSAL GUILLAMET, J. “El sujeto del Derecho de Autor...”, *op.cit.*, p. 53.

La obra en colaboración es clasificada por la doctrina como la creada “*por dos o más personas que trabajan juntas, o al menos tienen mutuamente en cuenta sus contribuciones y bajo una inspiración común*”⁸⁸⁷. La nota esencial de la obra creada en colaboración se resume en el hecho de que las aportaciones de los diversos autores, personas físicas, intervinientes resulte una obra única, en la cual podrán o no ser identificadas como correspondientes a cada autor las distintas aportaciones que la integran⁸⁸⁸, teniendo los coautores originarios conjuntamente los derechos moral y patrimonial sobre la misma⁸⁸⁹. Por ello, en relación a las obras en colaboración se establece la necesidad del consentimiento de todos los coautores para su divulgación y modificación⁸⁹⁰.

Se advierte, de todos modos, que los requisitos necesarios para que nos encontremos ante una obra en colaboración son fundamentalmente cuatro⁸⁹¹: 1) una pluralidad de autores; 2) un proceso creador caracterizado por la nota de colaboración; 3) un resultado unitario producto de ese trabajo; 4) observancia de los presupuestos de protección de las obras del espíritu, esto es, la originalidad del resultado.

⁸⁸⁷ DELGADO PORRAS, A. “Derechos de Autor...”, *op.cit.*, p. 787; ANTEQUERA PARILLI, R. *Estudios de Derecho de Autor...*, *op.cit.*, p. 36. Para mayor información acerca de la cotitularidad de los bienes inmateriales consultar PALAU RAMÍREZ, F. “La obra colectiva y su autoría (a propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª de 26 de septiembre de 2000, AC 2000/2447, “memoria contable del Banco Santander””, en *La protección de la Propiedad Intelectual. Cuadernos de Derecho Judicial*, XIII, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001; VÁZQUEZ LÉPNETTE, T. *La cotitularidad de los bienes...*, *op.cit.*

⁸⁸⁸ MARSAL GUILLAMET advierte que la intensidad de la colaboración admite muchos grados. Cuando las aportaciones de cada uno de los autores no se puede diferenciar en el conjunto de la obra se produce una situación de coautoría. MARSAL GUILLAMET, J. “El sujeto del Derecho de Autor...”, *op.cit.*, p. 56. En el mismo sentido ROGEL VIDE, C.; SERRANO GÓMEZ, E. *Manual de Derecho de Autor...*, *op.cit.*, p. 29. Para un estudio de los diferentes grados de concurrencia y aportaciones de cada uno de los colaboradores ver CARRASCO PEREIRA, A. “Comentarios al art. 7 LPI”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, p. 114 y ss.

⁸⁸⁹ En España la obra en colaboración es regula por el art. 7 de la LPI que señala que “1. Los derechos sobre una obra que sea resultado unitario de la colaboración de varios autores corresponden a todos ellos. (...) 4. Los derechos de propiedad intelectual sobre una obra en colaboración corresponden a todos los autores en la proporción que ellos determinen. En lo no previsto en esta Ley, se aplicarán a estas obras las reglas establecidas en el Código Civil para la comunidad de bienes”.

⁸⁹⁰ DELGADO PORRAS, A. *Derechos de Autor y Derechos Afines al de autor*. Tomo 1..., *op.cit.*, p. 16; ROGEL VIDE, C.; SERRANO GÓMEZ, E. *Manual de Derecho de Autor...*, *op.cit.*, p. 18.

⁸⁹¹ SAIZ GARCÍA, C. *Objeto y sujeto...*, *op.cit.*, pp. 177-178.

5.1.2. Titularidad de la obra colectiva

Por lo que respecta a la obra colectiva, se ha advertido que la definición de la misma necesita ser mejor detallada. Desde un punto de vista semántico la palabra “colectiva” se refiere a la obra de más de un autor; sin embargo, muchos ordenamientos nacionales entienden como tal la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre⁸⁹².

En Iberoamérica, por ejemplo, las legislaciones sobre la titularidad de las obras colectivas se dividen entre aquellas que entienden que en estos casos los derechos de la obra corresponden a la persona que la edita y divulga bajo su nombre; y las que establecen una presunción *iuris tantum* por la que los autores ceden en forma ilimitada y exclusiva la titularidad de los derechos patrimoniales a la persona natural o jurídica que publica o divulga la obra con su propio nombre. En este último caso, la persona natural o física también tiene la facultad de ejercer los derechos morales de autor⁸⁹³.

En España la legislación sobre derecho de autor establece que la obra colectiva corresponde a la persona que la edita y divulga bajo su nombre⁸⁹⁴. De acuerdo con el art. 8 de la LPI⁸⁹⁵, la obra colectiva es aquella que está constituida

⁸⁹² ROMÁN PÉREZ, R. “Una visión particular sobre la obra colectiva y la difícil cuestión de los “derechos morales” de la persona jurídica”, en IGLESIAS REBOLLO, C. (Coord.). *Sujetos del Derecho de Autor*. Madrid, Editorial Reus, 2007, pp. 55-83 (Colección de Propiedad Intelectual), pp. 55-56; ANTEQUERA PARILLI, R. *Estudios de Derecho de Autor...*, *op.cit.*, pp. 37-38. La obra colectiva es aquella en la que los autores actúan en una situación de jerarquía en relación con el coordinador de la obra. MARSAL GUILLAMET, J. “El sujeto del Derecho de Autor...”, *op.cit.*, p. 58.

⁸⁹³ ANTEQUERA PARILLI, R. *Estudios de Derecho de Autor...*, *op.cit.*, pp. 37-38.

⁸⁹⁴ En el mismo sentido, la Ley de derecho de autor de Brasil, Ley nº. 9.610, en el art. 5.VIII.h señala que la obra colectiva es aquella “creada por iniciativa, organización y responsabilidad de una persona física o jurídica, que la publica bajo su nombre o marca y que está constituida por la participación de diferentes autores, cuyas contribuciones se funden en una creación autónoma”.

⁸⁹⁵ Art. 8. “Se considera obra colectiva la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada. Salvo pacto en contrario, los derechos sobre la obra colectiva corresponderán a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre”.

por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual ha sido concebida, sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada⁸⁹⁶.

Por ello, habrá que considerar autor de la obra colectiva al coordinador, sin perjuicio de que los derechos sobre las aportaciones que sean individualizadas pertenezcan al respectivo autor. Es decir, ninguna de las personas que han colaborado en la obra colectiva ostenta un derecho sobre el conjunto de toda ella, y, salvo pacto en contrario⁸⁹⁷, pertenece a la persona física o jurídica que la edita o divulga bajo su nombre⁸⁹⁸.

Los presupuestos de una obra colectiva pueden ser esquematizados de la siguiente manera⁸⁹⁹: a) Una persona, natural o jurídica, ha tomado la iniciativa de coordinar y reunir las aportaciones de diferentes autores. b) La contribución personal de cada uno de esos autores ha sido concebida para la creación única y autónoma común resultante. c) La contribución personal de cada autor se funde en la creación única y autónoma que resulta de los trabajos de coordinación. d) No es posible atribuir derechos separadamente a cualquiera de los autores sobre la obra conjunta. e) La obra colectiva debe editarse y divulgarse.

En cuanto a las aportaciones de la obra colectiva, pueden ser separables, no separables o de los dos tipos⁹⁰⁰. Lo que caracteriza una obra colectiva y la

⁸⁹⁶ SAIZ GARCÍA, C. *Objeto y sujeto...*, *op.cit.*, p. 170.

⁸⁹⁷ MARSAL GUILLAMET señala que la posibilidad de pacto en contrario no transforma la obra colectiva en obra de colaboración. “*Tal y como se afirma en la STS (s. 1ª) de 11 de julio de 2000 (Tol 322168) la creación es una cuestión de hecho. Quienes hayan intervenido en la elaboración de la obra sabrán si han concurrido en el proceso creativo en situación de igualdad o subordinados a las instrucciones de un coordinador*”. MARSAL GUILLAMET, J. “El sujeto del Derecho de Autor...”, *op.cit.*, p. 59.

⁸⁹⁸ Como señala RODRÍGUEZ TAPIA, quienes realizan las aportaciones a la obra colectiva no tienen derecho a decidir sobre el contenido final de la misma; carecen del poder de disposición sobre éste. RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. “Comentario al art. 8 LPI”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, p. 143; DELGADO PORRAS, A. *Derechos de Autor y Derechos Afines al de autor*. Tomo 1..., *op.cit.*, p. 17; ROGEL VIDE, C.; SERRANO GÓMEZ, E. *Manual de Derecho de Autor... op.cit.*

⁸⁹⁹ RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. “Comentario al art. 8 LPI...”, *op.cit.*, p. 141 y ss.; prácticamente en el mismo sentido SAIZ GARCÍA, C. *Objeto y sujeto...*, *op.cit.*, p. 277.

⁹⁰⁰ ROMÁN PÉREZ, R. “Una visión particular sobre la obra colectiva...”, *op.cit.*, p. 65; RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. “Comentario al art. 8 LPI...”, *op.cit.*, p. 142. Aún sobre el tema ver PALAU RAMÍREZ, F. “La obra colectiva y su autoría...”, *op.cit.*

distingue del resto de las obras plurales no es el hecho de que no se pueda determinar cuál es la contribución de cada uno⁹⁰¹. Lo esencial para considerar la obra colectiva “es que una persona se ocupa de la dirección y coordinación de la actividad creativa de los sujetos que realizan las aportaciones a la misma”⁹⁰². Como, si no hay pacto en contrario, ninguno de los participantes puede acreditar un derecho sobre el conjunto de la obra, el criterio general es considerar autor a la persona natural o jurídica que realiza la labor de dirección y ordenación; que es una actividad que se considera constitutiva de la creación.

La posibilidad de que se considere a la persona jurídica como autora de una creación ha planteado una de las cuestiones más polémicas sobre el tema⁹⁰³. La doctrina se ha dividido entre aquellos que consideran autor de la obra final al impulsor y coordinador de la misma, ya sea persona física y jurídica⁹⁰⁴; y entre aquellos que no aceptan una interpretación de la Ley contraria al principio de autoría⁹⁰⁵.

⁹⁰¹ Como ejemplo de obra colectiva DELGADO PORRAS apunta las enciclopedias, diccionarios, compilaciones, etc. DELGADO PORRAS, A. “Derechos de Autor...”, *op.cit.*, p. 788.

⁹⁰² ROMÁN PÉREZ, R. “Una visión particular sobre la obra colectiva...”, *op.cit.*, p. 66. ROGEL VIDE y SERRANO GÓMEZ señalan que a diferencia de lo que sucede con las obras en colaboración, en las obras colectivas, por muy relevantes y conocidas que sean las personas que lo elaboran y sus concretas aportaciones, en muchas ocasiones, son mero acopio de datos comúnmente sabidos, ordenados conforme a pautas y criterios ajenos e impuestos, no siendo posible identificar siempre la participación que cada persona física ha tenido en dichas obras, son pues susceptibles de múltiples cambios, manipulaciones y adiciones, antes incluso de ver la luz. ROGEL VIDE, C.; SERRANO GÓMEZ, E. *Manual de Derecho de Autor...*, *op.cit.*, p. 31.

⁹⁰³ Sobre las diferentes líneas de interpretación del art. 8 acerca de la posibilidad de que la persona jurídica sea autora de la creación, ver ROMÁN PÉREZ, R. “Una visión particular sobre la obra colectiva...”, *op.cit.*, p. 57 y ss.

⁹⁰⁴ Son de esta opinión BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Comentarios al art. 12”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, p. 198 y ss.; IDEM, *Manual de Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 70. Según SAIZ GARCÍA, “efectivamente, nuestra legislación contiene en su art. 8 TRLPI una excepción al principio de autoría. Sin embargo, tal excepción, amén de conseguirse con el juego de una fictio legis, rige solamente en supuestos muy concretos”. SAIZ GARCÍA, C. *Objeto y sujeto...*, *op.cit.*, p. 255.

⁹⁰⁵ En España se puede apuntar en ese grupo ESPÍN ALBA, I. *Contrato de edición literaria...*, *op.cit.*, p. 76; PÉREZ DE ONTIVEROS RAQUERO, C. *Derecho de Autor...*, *op.cit.*, p. 149; CARRASCO PEREIRA, A. “Comentarios al art. 5...”, *op.cit.*, p. 101; VATTIER FUENZALIDA, C. “La Propiedad Intelectual...”, *op.cit.*, pp. 1051-1052; DELGADO PORRAS, A. “La obra colectiva: ¿Un hallazgo o un pretexto? Num novo mundo do Direito de Autor”, en *II Congreso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos*, Lisboa, 1994, p. 154; ESTEVE PARDO, M. A. *La obra multimedia*. Pamplona; Aranzadi, 1997, p. 70; ROMÁN PÉREZ, R. “Una visión particular sobre la obra colectiva...”, *op.cit.*, p. 60.

Para algunos, al analizarse la lectura del art. 8 de la LPI nos debemos preguntar si dicho artículo está atribuyendo la condición de autor a las personas jurídicas, o tan sólo se produce la asignación de los derechos de autor en su favor⁹⁰⁶. SAIZ GARCÍA, por ejemplo, señala que el art. 8 debe ser interpretado restrictivamente, puesto que reconocer que la persona jurídica podría ser autora de una obra es ir contra el principio de la autoría, reflejado en el art. 5.1 de la LPI y mantenido a lo largo de toda la regulación del derecho de autor, según el cual sólo puede ser considerado autor la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica⁹⁰⁷.

ROMÁN PÉREZ advierte aún que en ninguna situación se puede interpretar el art. 8 como atributivo de la autoría a la persona jurídica. La atribución de la titularidad del derecho de autor a la persona jurídica está basada en un título diferente al de la creación. Además, añade que en este supuesto, la persona jurídica solamente adquiere los derechos de explotación, en origen pertenecientes a las personas físicas que han aportado su contribución original a la obra colectiva, y no los derechos morales, por ser estos últimos intransmisibles. Puesto que haciendo una interpretación sistemática de la LPI se llegará a la conclusión de que esta norma cuando atribuye derechos a título originario a las personas jurídicas, la regla general es que únicamente se les reconocen derechos patrimoniales⁹⁰⁸.

⁹⁰⁶ “No debemos olvidar que en ningún momento el art. 8 LPI o TRLPI extiende la autoría a las mismas (personas jurídicas), sino que se limita a establecer que ‘salvo pacto en contrario’, los derechos sobre la obra colectiva corresponderán a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre”. VALBUENA GUTIÉRREZ, J. A. *Las obras o creaciones intelectuales...*, *op.cit.*, pp. 122-123. Aún según GALÁN CORONA, el pacto en contrario es tan sólo operativo en cuanto a la concreta distribución de derechos, y no respecto de la condición de autor, pues, como vimos, ésta no puede ser objeto de transmisión. GALÁN CORONA, E. “Comentario al art. 96 y al Título VII, Libro I de la Ley de Propiedad Intelectual”, en ALBALADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (Dirs.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo V, vol. 4º B, Madrid, EDERSA, 1995, pp. 255-256.

⁹⁰⁷ SAIZ GARCÍA, C. *Objeto y sujeto...*, *op.cit.*, pp. 266-267.

⁹⁰⁸ ROMÁN PÉREZ, R. “Una visión particular sobre la obra colectiva...”, *op.cit.*, p. 58 y ss.

5.2. La titularidad de las expresiones culturales tradicionales

Por muy buenas que sean las intenciones de proteger y salvaguardar las ECTs a través del sistema de derecho de autor, esto, en la práctica, no es posible una vez que, como ya hemos reseñado, se encuentren algunas limitaciones⁹⁰⁹; si se toma en cuenta que las ECTs, por su propia naturaleza, están conformadas por elementos tradicionales contrarios a las exigencias de las obras protegidas por las normas de derecho de autor.

Además de las limitaciones ya señaladas, otra muy importante hace referencia a la titularidad de las ECTs⁹¹⁰. El carácter fundamentalmente individualista del derecho de autor hace que la titularidad de los derechos recaiga sobre una persona y, en algunos supuestos, en algunas personas (obras en colaboración) o en una entidad determinada (obra colectiva), mientras que en las ECTs sólo puede hablarse de una suerte de creación colectiva que no se identifica con la creación colectiva en el marco del derecho de autor⁹¹¹.

No hay dudas en que las distintas manifestaciones de las ECTs, como ya afirmamos, si son consideradas creaciones, tienen un autor, ya que estas no surgen de la nada, son las personas naturales las únicas con capacidad de crear, pero sucede que el autor o autores de las manifestaciones culturales tradicionales son desconocidos o indeterminados y por el transcurrido entre la creación y la utilización no pueden ser determinados. Ello es debido a que los derechos sobre las ECTs tienen, como hemos analizado en el capítulo primero, naturaleza jurídica de derechos intelectuales colectivos que se alejan de los principios clásicos de la protección individual de las normas de derecho de autor⁹¹².

⁹⁰⁹ Muchas de esas limitaciones también son señaladas por KUEK, C. Y. "Protection of expressions of folklore/traditional cultural expressions: to what extent is Copyright Law the solution?", in *Diario de Malasia y de Derecho Comparado*. Disponible en <<http://www.commonlii.org/my/journals/JMCL/2005/2.html>>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

⁹¹⁰ La noción de autoría es un concepto desconocido y por tanto problemático en muchas comunidades tradicionales. DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 101.

⁹¹¹ OJEDA RODRÍGUEZ, N. "Las obras procedentes de la cultura popular...", *op.cit.*, p. 97.

⁹¹² ANTEQUERA PARILLI, R. *Estudios de Derecho de Autor...*, *op.cit.*, p. 505.

De la misma forma que los CTs de naturaleza técnica, analizados en el capítulo precedente, que son creados y desarrollados colectivamente, las ECTs no poseen autor o autores determinado(s) e individualizado(s). En la mayoría de las manifestaciones culturales de las comunidades tradicionales no se conoce la identidad de los autores y de los elementos que conforman dichas expresiones, porque se trata de “creaciones comunitarias” que contienen “valores tradicionales”, de carácter social y colectivo, producto de procesos impersonales y permanentes que se transmiten por imitación⁹¹³. Por lo tanto, es difícil, cuando no imposible, identificar a los creadores de las ECTs debido a que ellas son creadas y conservadas por la comunidad y a que los creadores son simplemente desconocidos o imposibles de localizar⁹¹⁴.

Por ello, el proceso de creación y desarrollo de una manifestación cultural en el seno de las comunidades tradicionales es muy complejo. El creador de una canción, por ejemplo, en la sociedad occidental puede vender grabaciones de la canción, conceder su derecho a terceros, y además impedir que otros lo hagan, puesto que al crear una canción normalmente se convierte automáticamente en su propietario. No obstante, en las comunidades tradicionales este tipo de transacciones son contrarias a sus leyes y sus costumbres. Además, el “creador” puede atribuir la condición de autor a un miembro del mundo espiritual. En muchos casos, los ancianos y los linajes también pueden tener derechos sobre la canción⁹¹⁵.

⁹¹³ HAFSTEIN, V. Tr. “The politics of origins...”, *op.cit.*, pp. 300-315; ROMÁN PÉREZ, R. “Manifestaciones de la cultura popular...”, *op.cit.*, p. 35.

⁹¹⁴ “Las letras, las notas de las canciones, los proverbios, los diseños, las fábulas y otras expresiones similares suelen crearse de manera anónima y se incorporan a las tradiciones orales de las comunidades, donde circulan durante numerosos años (como motivos, “letras flotantes” o “fórmulas”). Si bien no pueden atribuirse a ninguna persona conocida y aún no tienen una forma identificable y distintiva, están marcadas culturalmente y tienen un carácter colectivo (...) Con el transcurso del tiempo, los compositores, cantantes, creadores e intérpretes o ejecutantes han calificado esos motivos, quizás incluso de manera inconsciente, de “letras flotantes” y “fórmulas” destinadas a ser conservadas para volverlas a utilizar, haciendo nuevos arreglos y contextualizándolas de nuevas maneras. (...) Por consiguiente, existe una relación creativa y dinámica entre la creatividad colectiva e individual, en la que puede producirse un número infinito de variaciones de las expresiones culturales tradicionales, tanto de manera individual como colectiva”. OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/6/3..., *op.cit.*, pp. 14-15.

⁹¹⁵ “Los ancianos pueden, por ejemplo, prohibir que se cante la canción delante de mujeres o miembros de otro clan; un clan puede tener el derecho de impedir que el “autor” (o el “primer intérprete” en los casos en que la noción de “autor” es extraña o se atribuye la condición a los seres espirituales) de la canción firme un contrato con una empresa de grabaciones o, en otro

Incluso en los casos en que ciertos conocimientos esotéricos son pertenencia intelectual exclusiva de individuos, familias, chamanes, clanes o linajes, esto no significa que ellos puedan comercializar sin el permiso de toda la comunidad o de los ancianos de la tribu, en el caso de las comunidades indígenas. En esos supuestos, los individuos que utilizan y desarrollan esos conocimientos o expresiones tienen que hacerlo de conformidad con las leyes y prácticas consuetudinarias de dicha comunidad⁹¹⁶. O sea, la afirmación de que existe una forma de propiedad colectiva de las comunidades tradicionales, pasa por alto la compleja naturaleza de los sistemas de “propiedad tradicional”. Esto significa que incluso en los casos de creación individual, ésta no puede ser considerada de propiedad individual una vez que reflejan un proceso creativo social y colectivo e incluso espiritual⁹¹⁷.

Tomemos en cuenta que cuando un miembro de una comunidad tradicional crea una expresión, que pasa a ser utilizada por toda la comunidad, ella, durante el proceso de utilización, va sufriendo pequeñas o no tan pequeñas aportaciones creativas que van dando lugar a una creación colectiva. Un cuento tradicional, por ejemplo, se va contando de diversos modos y en cada ocasión se van añadiendo nuevos elementos. Con la música tradicional también pasa algo semejante, con las sucesivas interpretaciones se suelen cambiar parte de la letra o en la música. El resultado después que **una expresión cultural** en el seno de las comunidades

caso, que comparta las ganancias”. POSEY, D. A.; DUTFIELD, G. *Más allá de la Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 64.

⁹¹⁶ “En la causa *Australiana Bulun Bulun contra R & T Textiles (Pty) Ltd (1998) 41 IPR 513*, el tribunal consideró que cuando una comunidad indígena autoriza a un artista indígena a crear una obra artística de conformidad con el derecho consuetudinario y las costumbres, el artista queda obligado a actuar para preservar la integridad de la cultura comunitaria. Este tipo de obligaciones surge de la relación de confianza que se instaura entre el artista y la comunidad. El Derecho consuetudinario es parte de la estructura objetiva en la que se inscribe esa relación. De esa relación de confianza entre ambas partes surge el derecho primario de la comunidad de entablar una demanda en contra del artista para asegurarse, antes del eventual incumplimiento, que este último cumpla con la obligación nacida de la relación de confianza”. OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev..., *op.cit.*, Anexo I, p. 28.

⁹¹⁷ “Las características esenciales de dichas creaciones ‘individuales’ y empero tradicionales residen en el hecho de que aún contienen motivos, un estilo u otros elementos característicos de una tradición y una comunidad, o que sirven para identificarla, que son creados o interpretados por personas a las que la comunidad reconoce el derecho, asigna la responsabilidad o concede el permiso para hacerlo. Por consiguiente, las ‘obras’ e interpretaciones o ejecuciones creadas de manera individual pero basadas en la tradición no son ‘propiedad’ de las personas sino que están ‘controladas’ por la comunidad, habitualmente de conformidad con los sistemas y prácticas jurídicos consuetudinarios e indígenas”. OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/6/3..., *op.cit.*, p. 15.

tradicionales ha **pasado por varias generaciones es la suma de la intervención de todos y es lo que permite hablar de la creatividad colectiva de la comunidad.**

Por ello, mismo en los trabajos individuales, como la fabricación de la artesanía, por ejemplo, el autor reproduce el proceso que sus antepasados hacían y que otros miembros de la comunidad también reproducen, una vez que son elementos que ya se encuentran incluidos en el patrimonio cultural de la comunidad y el individuo sólo materializa dichos elementos. Así que, las “obras” e interpretaciones o ejecuciones que puedan considerarse creadas de manera individual están, en realidad, basadas en la cultura tradicional y no son “propiedad” de las personas sino que están “controladas” por la comunidad, habitualmente de conformidad con los sistemas y prácticas jurídicos consuetudinarios. Debe interpretarse, entonces, que, mientras en el sistema de derecho de autor se concede protección a individuos, las comunidades tradicionales desean la protección de los derechos para la comunidad o tribu, aun en los casos de realización individual de una obra⁹¹⁸.

La falta de protección para sujetos colectivos “indeterminados” o no “identificables” ha sido, por tanto, una de las grandes limitaciones del derecho de autor para proteger a las expresiones culturales tradicionales que no han sido creadas por un sujeto individual o por un conjunto de sujetos determinables. Como hemos demostrado en los párrafos anteriores, las ECTs son creaciones humanas que se transforman espontáneamente en el tiempo y/o que revisten, por sus características, el carácter de obras complejas por un sinnúmero de participantes en la creación.

Asimismo, la propia OMPI reconoce que cuando no hay un creador identificable, como en el caso de las expresiones culturales ya existentes creadas de manera colectiva o por “autores desconocidos”, el caso es complicado y es poco probable que puedan protegerse mediante derecho de autor. Es más, es improbable que se aplique el derecho de autor a las producciones creadas de

⁹¹⁸ “*El carácter fundamentalmente individualista del derecho de autor hace que la titularidad de los derechos recaiga en una persona o, en algunos supuestos, en una entidad determinada, mientras que en el folklore sólo puede hablarse de una suerte de ‘propiedad intelectual colectiva’ que se aleja de los principios clásicos del derecho de autor...*”. ANTEQUERA PARILLI, R. “La tutela del folklore...”, *op.cit.*, p. 505.

manera colectiva, en las que no hay autores identificables y en las que quizás no pueda aplicarse siquiera la noción de “titularidad”⁹¹⁹.

Aún en relación a la titularidad colectiva, otra limitación de las normas del derecho de autor para proteger las ECTs se refiere al hecho de que muchas ECTs son compartidas entre diferentes comunidades tradicionales. Si dentro de una misma comunidad es imposible atribuir la autoría de una obra a un individuo o grupos de individuos, otro problema importante y recurrente respecto a la protección de las ECTs se plantea cuando la titularidad de las mismas es compartida por más de una comunidad en un mismo territorio nacional o en territorios diferentes.

Esto es muy común. Es frecuente que comunidades tradicionales que habitan en países diferentes utilicen la misma expresión cultural porque se trata la mayoría de las veces de manifestaciones que surgen de “comunidades étnicas”, que comparten territorios de estados vecinos⁹²⁰.

En este punto hay que destacar también, como hicimos previamente, que no se pueden entender como sinónimos los términos “cultura popular” y “expresiones culturales tradicionales”. Este supuesto es importante porque en el caso de la cultura popular, diferente de las ECTs, la autoría puede ser individual. Como destaca ROGEL VIDE, “*es incorrecto decir que las obras procedentes de la cultura popular, incardinadas en ellas, no generan derechos de propiedad intelectual porque... carecen de autor o porque no es posible saber quien sea éste*”⁹²¹. Las ECTs, por su parte, hacen parte de la cultura, pero no de la cultura popular (pese a que presentan algunas de sus características) sino de la cultura de las comunidades locales e indígenas que crean y desarrollan sus creaciones de forma colectivas dentro de un contexto tradicional, y que por lo anteriormente desarrollado carece de autoría individual⁹²². El reconocimiento de la titularidad

⁹¹⁹ OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/6/3..., *op.cit.*, p. 22.

⁹²⁰ ROMÁN PÉREZ, R. “Manifestaciones de la cultura popular...”, *op.cit.*, pp. 35-36.

⁹²¹ ROGEL VIDE, C. “Autoría y titularidad de las obras integradas en la cultura popular”, en VALDÉS DIAS, C. C.; ROGEL VIDE, C. *Cultura popular y Propiedad Intelectual*. Madrid, Aisge, 2011 (Colección de Propiedad Intelectual), pp. 49-62, p. 52.

⁹²² Las expresiones culturales tradicionales “*son consecuencia de un proceso más o menos largo de creaciones comunitarias, no se conoce la identidad de sus autores de los distintos*

colectiva de los CTs es pues el primer importante presupuesto para una protección efectiva⁹²³. Es decir, del reconocimiento de la titularidad colectiva derivan todos los demás derechos de la protección.

6. Contenido y límites de la protección del derecho de autor con relación a las expresiones culturales tradicionales

6.1. Protección conferida por el derecho de autor

6.1.1. El derecho patrimonial del autor

El derecho de autor atribuye a su titular, como toda propiedad, un disfrute casi total y absoluto sobre su objeto. El derecho patrimonial, que tiene previsión tanto en el CUB⁹²⁴ como en la Convención Universal de Ginebra⁹²⁵, se refiere al carácter económico de una obra. Es un derecho exclusivo, de modo que solamente el autor o su derechohabiente puede realizar, autorizar o prohibir todo acto que implique el uso de su obra. Por tanto, el derecho patrimonial del autor sobre su obra comprende en primer lugar y principalmente el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de la obra en cualquier forma⁹²⁶.

componentes que la conforman identificándose con sus valores tradicionales...". OJEDA RODRÍGUEZ, N. "Las obras procedentes de la cultura popular...", *op.cit.*, pp. 100-101.

⁹²³ SANTILLI, J. "Patrimônio imaterial e direitos intelectuais coletivos...", *op.cit.*, p. 126.

⁹²⁴ Art. 9.1: "Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma."

⁹²⁵ Art. 4 bis: "1. Los derechos mencionados en el artículo 1 comprenden los fundamentales que aseguran la protección de los intereses patrimoniales del autor, incluso el derecho exclusivo de autorizar la reproducción por cualquier medio, la representación y ejecución públicas y la radiodifusión".

⁹²⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. "Introducción a la regulación de los derechos de autor...", *op.cit.*, pp. 11-27, p. 19; ANTEQUERA PARILLI, R. "Los límites del derecho subjetivo y del Derecho de Autor. (Los "usos honrados", el "fair use" y el "ius usus innocui". El supuesto de abuso del derecho a la no divulgación de la obra. Los límites al Derecho de Autor y la sociedad de la

Este derecho exclusivo de explotación⁹²⁷ reservado al autor sobre su creación comprende los derechos⁹²⁸ a la copia, reproducción y ejecución en cualquier modalidad que proporcione beneficio económico; el derecho de hacer o autorizar traducciones, adaptaciones, arreglos y otras transformaciones en la obra; el derecho de autorizar o prohibir la distribución pública de ejemplares de la obra mediante venta o alquiler de la obra, y el derecho de comunicación al público⁹²⁹.

información)", en ROGEL VIDE, C. (Coord.). *Los límites del Derecho de Autor*. Madrid, Editorial Reus, 2006 (Colección de Propiedad Intelectual), p. 07 y ss. Aún sobre la clasificación de los derechos del autor sobre su obra ver MARTÍN VILLAREJO, A. "La gestión colectiva de los Derechos de Propiedad Intelectual sobre las creaciones audiovisuales", en ROGEL VIDE, C. (Coord.). *Creaciones audiovisuales y Propiedad Intelectuales. Cuestiones puntuales*. Madrid, Editorial Reus, 2001, (Colección de Propiedad Intelectual), pp. 215-253, p. 220 y ss.

⁹²⁷ En la LPI los derechos de explotación están señalados en el art. 17 que establece que "Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizados sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley".

⁹²⁸ Sobre los derechos de exclusiva del autor ver BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. "Introducción a la regulación de los derechos de autor...", *op.cit.*, pp.11-27, p. 20 y ss.; GALÁN CORONA, E. "Los derechos patrimoniales del autor (reproducción, distribución y puesta a disposición) tras la reforma introducida por la Ley 23/2006, de 7 de julio", en ROGEL VIDE, C. (Coord.). *Reformas recientes de la Propiedad Intelectual*. Madrid, Editorial Reus, 2007, pp. 35-61; ESTEVE PARDO, M. A. "Derechos exclusivos de explotación del autor", en ESTEVE PARDO, M. A. (Coord.). *Propiedad Intelectual. Doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 140 y ss.; CARBAJO CASCÓN, F. "Régimen general de la transmisión de Derechos de Propiedad Intelectual", en ESTEVE PARDO, M. A. (Coord.). *Propiedad Intelectual. Doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 287-311, p. 289; DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I. "Las reformas de la Propiedad Intelectual de 2006...", *op.cit.*, p. 135 y ss.; ROGEL VIDE, C.; SERRANO GÓMEZ, E. *Manual de Derecho de Autor...*, *op.cit.*, p. 49 y ss.; GÓMEZ SEGADÉ, J. A. "En torno a la Directiva sobre el Derecho de Autor y los Derechos Afines en la sociedad de la información", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXII, 2001-2002, pp.1429-1447, p. 1435 y ss.; ESPÍN ALBA, I.; ÁNGEL BOUZA, M. "Ley por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXVI, 2005-2006, pp. 427-443, p. 429 y ss.; BOTANA AGRA, M. "Las incorporaciones del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) en materia de Derechos de Autor", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XVII, 1996, pp. 49-83, p. 52 y ss.; TATO PLAZA, A. "La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual y los límites al Derecho de Autor: copia privada, canon digital y *press clipping*", en GARCÍA PÉREZ, R.; LÓPEZ SUÁREZ, M. A. *Nuevos retos para la Propiedad Intelectual*. II Jornada sobre la Propiedad Intelectual y el Derecho de Autor/a realizada en A Coruña, el 22 e 23 de marzo de 2007. A Coruña, Universidade da Coruña: Servizo de publicacións, 2008, p. 09 y ss.; ESPÍN CÁNOVAS, D. "Las obras de artes plásticas...", *op.cit.*, p. 337 y ss.

⁹²⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Manual de propiedad intelectual...*, *op.cit.*, p. 21. Para profundizar sobre cada uno de esos derechos ver BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, I.; GONZÁLEZ GÓZALO, A.; SÁNCHEZ ARISTI, R. *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 29 y ss.; GALÁN CORONA, E. "Los derechos patrimoniales del autor...", *op.cit.*, p. 39 y ss.; SÁNCHEZ ARISTI, R. *La Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 85 y ss.; ROGEL VIDE, C. *Estudios completos de Propiedad*

Esas categorías comprenden en principio casi todas las modalidades de explotación de la obra⁹³⁰. En efecto, a los titulares del derecho de autor les asiste el derecho legal de impedir que otras personas, sin su consentimiento: copien o reproduzcan la obra; representen la obra en público; hagan grabaciones de sonido o películas de la obra; hagan emisiones radiales, traducciones o adaptaciones de la obra⁹³¹. El derecho de impedir a terceros la realización de copias de una obra es el derecho más básico dentro de las normas del derecho de autor⁹³². Es decir, quienes deseen explorar el material protegido por los derechos de autor en algunas de estas formas normalmente deben pedir permiso al dueño de esos derechos o a la organización que representa a los titulares de los derechos de una industria en particular⁹³³.

Podemos decir, entonces, que el “derecho de explotación” o “derecho patrimonial” recae sobre la difusión de la obra, mediante cualquiera de las formas

Intelectual..., *op.cit.*; SERRANO CAÑAS, J. M. “La transposición de la Directiva 2001/29/CE. Una visión comparada”, en GARCÍA PÉREZ, R.; LÓPEZ SUÁREZ, M. (Eds.). *Nuevos retos para la Propiedad Intelectual*. II Jornada sobre la Propiedad Intelectual. A Coruña, Servicio de publicación de la Universidad da Coruña, 2008, p. 55 y ss.; DELGADO PORRAS, A. *Derechos de Autor y Derechos Afines al de autor*. Tomo 1..., *op.cit.*, pp. 18-19; RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. *La cesión en exclusiva de Derechos de Autor*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1992, p. 71 y ss.; SANTILLANA DEL BARRIO, A. “El mercado de la copia privada. Dimensión económica de los Derechos de Propiedad Intelectual. Examen de la copia privada en ese contexto”, en *La copia privada a examen: el derecho de remuneración compensatoria en el ámbito de la Propiedad Intelectual*. Colección Análisis y Documentos, nº. 6, Madrid, Ministerio de Cultura, 1995, pp. 39-53; MARCO MOLINA, J. *La Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 225 y ss.

⁹³⁰ DELGADO PORRAS advierte, sin embargo, que la clasificación de las diversas posibilidades de utilización de la obra no tiene ningún significado limitativo de las facultades atribuidas al autor. DELGADO PORRAS, A. “Derechos de Autor...”, *op.cit.*, p. 804; ANTEQUERA PARILLI, R. “Los límites del derecho subjetivo...”, *op.cit.*, p 10.

⁹³¹ Para profundizar el estudio sobre los derechos del autor sobre su obra ver DELGADO PORRAS, A. “Derechos de Autor...”, *op.cit.*, p. 805 y ss.; SERRANO CAÑAS, J. M. “La transposición de la Directiva 2001/29/CE...”, *op.cit.*, p. 55 y ss.; GALÁN CORONA, E. “Los derechos patrimoniales del autor...”, *op.cit.*, pp. 35-61; PÉREZ DE ONTIVEROS RAQUERO, C. *Derecho de Autor...*, *op.cit.*

⁹³² Sin embargo, es importante señalar que “*después de que el titular del derecho de autor haya vendido o transferido de otra forma la titularidad de un ejemplar particular de una obra, el nuevo titular de dicho ejemplar podrá disponer de él sin la autorización del titular del derecho de autor, por ejemplo, ofreciéndolo como regalo o incluso revendiéndolo*”. LAU, I. *Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, pp. 28-29.

⁹³³ Sobre la transmisión *inter vivos* de derechos de autor y cesión de los derechos de autor vid. CARBAJO CASCÓN. F. “Régimen general de la transmisión de derechos de Propiedad Intelectual...”. *op.cit.*, p. 297 y ss.; IDEM, “Las cesiones de Derechos de Autor”, en ESTEVE PARDO, M. A. (Coord.). *Propiedad Intelectual. Doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 313-342.

de divulgación de que cada una de ellas es susceptible según su naturaleza, y que permite al autor exigir una retribución a quienes accedan y disfruten de ella.

Para mejor comprensión de lo que sea el derecho patrimonial vamos analizar algunas de sus características. Primero, como hemos dicho arriba, es un derecho “*exclusivo*”, de modo que solamente el autor o su derechohabiente puede decidir sobre si autoriza o no la explotación comercial de la creación intelectual y como se dará esta explotación; o sea, realizar, autorizar o prohibir todo acto que implique el uso de la obra.

Asimismo es un derecho “*de contenido en principio ilimitado*”. Esta característica, señalada especialmente en la tradición continental, se refiere al principio de que el contenido del mismo no está sometido a *numerus clausus* sino que, salvo excepciones legales expresas, “*comprende toda forma de utilización de la obra por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse, incluyendo no sólo su uso en la forma originaria sino también a los efectos de realizar, a partir de ella, obras derivadas*”⁹³⁴.

Por fin, cabe poner de relieve que las modalidades de explotación “*son independientes entre sí*”. Esto significa que la autorización para una modalidad de uso no implica consentimiento para ninguna otra forma y los efectos de toda cesión o licencia de uso están limitados a los modos expresamente previstos en el contrato. Este principio expreso en muchas leyes nacionales (como de Brasil⁹³⁵, España⁹³⁶, Panamá⁹³⁷, México⁹³⁸, de entre otros también es reconocido por el

⁹³⁴ ANTEQUERA PARILLI, R. *Estudios de Derecho de Autor...*, op.cit., p. 96.

⁹³⁵ De acuerdo con el art. 31 de la Ley nº de derecho de autor nº 9.610, de 1998, “*las diversas modalidades de utilización de obras literarias, artísticas o científicas o de fonogramas son independientes entre sí, y la autorización concedida por el autor, o por el productor, respectivamente, no se extiende a las demás*”.

⁹³⁶ De acuerdo con el art. 23 de LPI “los derechos de explotación regulados en esta sección son independientes entre sí”.

⁹³⁷ De acuerdo con el art. 36 de la Ley nº. 15 de 1994 “*...el derecho patrimonial comprende, especialmente, el de modificación, comunicación pública, reproducción y distribución y cada uno de ellos, así como sus respectivas modalidades, son independientes entre sí*”.

⁹³⁸ De acuerdo con el art. 28 de la Ley Federal mexicana de derecho de autor, última reforma publicada DOF el 23 de julio de 2003, “*las facultades a las que se refiere el artículo anterior, son independientes entre sí y cada una de las modalidades de explotación también lo son*”. Disponible en <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/122.pdf>>. Consultada el 16 de mayo de 2011.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que se ha pronunciado en el sentido de que los derechos patrimoniales: “...son independientes entre sí: fundamental importancia reviste este punto, toda vez que el derecho de haber un titular autorizado o permitido la explotación de su obra, mediante licencia o cesión, no implica que se han consentido las restantes formas de utilización, para las cuales se requerirá de la correspondiente autorización. Por tanto, la licencia o cesión dada sólo surtirá efecto respecto de aquella forma de explotación que se encuentre debidamente especificada, y durante el lapso y lugar geográfico previsto”⁹³⁹.

6.1.2. El derecho moral del autor

El derecho moral del autor⁹⁴⁰ es el contenido que, sin duda, le dota de una mayor singularidad con relación a los demás derechos de propiedad intelectual⁹⁴¹.

⁹³⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 24-IP-98. Interpretación prejudicial de los artículos 26, 54 y 56 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena solicitada por el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Actora: “PROMOTORA CEDEL C.A.”, e interpretación de oficio de los artículos 3, 4, 13 y 23 de la misma Decisión, p. 09. Disponible en <<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Procesos/24-ip-98.doc>>. Consultada el 16 de mayo de 2011.

⁹⁴⁰ El derecho moral de autor tener previsión en varios instrumentos jurídicos como en el Convenio de la Unión de Berna (CUB), en el Libro Verde, presentado en 1995 por la Comisión de la Unión Europea sobre “los derechos de autor y los derechos afines en la sociedad de la información”, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De acuerdo con el art. 6 Bis, apartado 1, del Convenio de Berna: “independientemente de los derechos patrimoniales del autor, y lo mismo después de la cesión de derechos, el autor conserva el derecho a reivindicar la paternidad de la obra, así como el derecho a oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de dicha obra, que fuese prejudicial a su honor o a su reputación”. El Libro Verde la Comisión de la Unión Europea señala que “el derecho moral consiste principalmente en el derecho de cada autor a exigir el respeto de su obra y a reivindicar su paternidad sobre ella. En este sentido, la obra no debe por lo tanto modificarse sin el consentimiento del autor, al menos no de tal manera que dicha alteración pueda menoscabar el honor o la reputación del creador. Por otra parte, el derecho de paternidad garantiza en particular que nadie más pueda reivindicar su autoría”, p. 65. Art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: c) beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

⁹⁴¹ Sobre el origen y desarrollo del derecho moral del autor ver RAMS ALBESA, J. “La génesis de los derechos morales de los creadores...”, *op.cit.*, pp. 17-42; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Bienes de la personalidad y derecho moral de autor”, en ROGEL VIDE, C. (Coord.). *En torno a los derechos morales de los creadores*. Madrid, Editorial Reus, 2003, pp. 95-110, pp. 95-99.

Es un derecho que está relacionado con la creación y el dominio sobre la obra y que es anterior a la idea de que la misma puede constituirse en ganancia⁹⁴². El derecho moral del autor se justifica en razón del vínculo personal que la ley establece entre el autor y su obra, por tratarse de una creación suya⁹⁴³. Así, el derecho moral corresponde al autor por el solo hecho de la creación de la obra sin necesidad de ningún proceso especial (como, por ejemplo, inscripción de la obra en el Registro de Propiedad Intelectual). Todo autor es, sólo por esa circunstancia, titular de los derechos morales sobre su creación⁹⁴⁴.

En la órbita de la protección internacional del derecho de autor, el reconocimiento del derecho moral se produce al revisarse el Convenio de la Unión de Berna en 1928⁹⁴⁵. El objetivo de la inclusión de la previsión de los derechos morales en el Convenio consagra el criterio del perjuicio al honor o a la reputación del autor, así como el respeto a la integridad de la obra.

⁹⁴² El derecho moral “*implica de un modo estricto la formulación de la relación que existe entre el autor y su obra, la convicción de que esa obra le pertenece, es suya y puede ejercitar su soberanía y dominio sobre ella y es anterior a la idea de que pueda constituirse en fuente de ganancia para el autor*”. DELGADO PORRAS, A. “Derechos de Autor...”, *op.cit.*, p. 803.

⁹⁴³ “*Puesto que la obra ha sido resultado del talento y esfuerzo personal del autor, la ley le reconoce a éste una serie de facultades cuyo contenido se extiende sobre los aspectos personales que ligan al autor con su obra y que sólo tiene sentido atribuirlos intuitu personae a quién creó la obra*”. ESTEVE PARDO, M. A. “Los derechos morales del autor”, en ESTEVE PARDO, M. A. (Coord.). *Propiedad Intelectual. Doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 120.

⁹⁴⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L.; LUNA SERRANO, A.; MENDOZA OLIVAN, V. *Elementos de Derecho Civil, III. Derechos Reales. Posesión y Propiedad...*, *op.cit.*, p. 350 y ss.; ESTEVE PARDO, M. A. “Los derechos morales del autor”..., *op.cit.*, p. 119.

⁹⁴⁵ La incorporación se dio a través del art. 6bis que establece: “*1) Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación. 2) Los derechos reconocidos al autor en virtud del párrafo 1) serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos. Sin embargo, los países cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación de la presente Acta o de la adhesión a la misma, no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del autor de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo 1) anterior, tienen la facultad de establecer que alguno o algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del autor*”. Sobre la incorporación del derecho moral del autor en el Convenio de la Unión de Berna ver ESPÍN CÁNOVAS, D. *Las facultades del derecho moral...*, *op.cit.*, p. 33 y ss.; ROGEL VIDE, C. *Estudios completos de Propiedad Intelectual. Vol. 3º...*, *op.cit.*, pp. 85-86; MARÍN LÓPEZ, J. J. *El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra*. Navarra, Aranzadi, 2006, pp. 51-54.

En algunas leyes nacionales, los derechos morales se denominan “personales” o de “orden personal”. La vinculación entre el derecho moral del autor y los derechos de la personalidad se justifican por los caracteres que son comunes a los dos. Es decir, son extrapatrimoniales, y, como consecuencia, inalienables, irrenunciables, inexpropiables, inembargables e imprescriptibles⁹⁴⁶. Sin embargo, es necesario observar que la irrenunciabilidad del derecho moral del autor existe “*en atención a su carácter personalísimo y no porque pertenezca a la categoría de los derechos de personalidad*”⁹⁴⁷. Por ello, algunos autores sostienen que, a pesar de ser importante, el derecho moral del autor no es derecho de la personalidad⁹⁴⁸, a pesar de alguna idea en contrario⁹⁴⁹.

El contenido del derecho moral de autor en España, integrado por las facultades de actuación en relación a su creación⁹⁵⁰, está integrado por siete facultades o derechos recogidos en el art. 14 del TRLPI, en una de las

⁹⁴⁶ GONZÁLEZ LÓPEZ, M. *El derecho moral del autor en la Ley española de Propiedad Intelectual*. Madrid, Marcial Pons, 1993, p. 98; CARBAJO CASCÓN, F. “Régimen general de la transmisión de derechos de Propiedad Intelectual...” *op.cit.*, p. 289 y ss.

⁹⁴⁷ ROMÁN PÉREZ, R. “Naturaleza jurídica del Derecho de Autor...”, *op.cit.*, p. 40.

⁹⁴⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Bienes de la personalidad...”, *op.cit.*, pp. 95-110, pp. 95-110; MARÍN LÓPEZ, J. J. *El conflicto entre el derecho moral del autor...*, *op.cit.*, p. 60; DIEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I, 11ª ed., Madrid, Editorial Técnicos, 2003, p. 319 y ss.; MARÍN LÓPEZ, J. J. *El conflicto entre el derecho moral del autor...*, *op.cit.*, p. 61.

⁹⁴⁹ RODRÍGUEZ TAPIA opina que la naturaleza jurídica del derecho moral de autor es propia de los derechos de la personalidad. “*Creo (...) que el derecho moral de autor (...) es algo más que un mero derecho personalísimo y ello se traduce en la práctica en que al derecho moral de autor le son aplicables y predicables todas las características propias de los derechos de la personalidad de irrenunciable, intransmisible, personalísimo y vinculado inescindiblemente a la persona de su autor*”. RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 2ª ed., Navarra, Civitas, 2009, p. 154. Sin embargo, algunos autores sostienen que el derecho moral del autor es, en contrario, un derecho de la personalidad como, por ejemplo, ESPÍN CÁNOVAS, D. Las facultades del derecho moral..., *op.cit.*, p. 19 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J. “Los Derechos de la Personalidad”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto, 1952, p. 59.

⁹⁵⁰ ESTEVE PARDO, M. A. “Los derechos morales del autor...”, *op.cit.*, p. 119; ROGEL VIDE, C. *Estudios completos de Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 163. Hay que señalar, sin embargo, que el art. 14 de la LPI habla de derechos, y no de facultades. Lo que originariamente constituye un derecho único a favor del autor, integrado por un conjunto de facultades, que se convierte en una multitud de derechos autónomos. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Manual de Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 18. En el mismo sentido MARTÍNEZ ESPÍN, P. “Comentarios al art. 14”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, p. 213.

protecciones más extensas de dicho derecho⁹⁵¹. Este artículo señala qué estas facultades recaen sobre la decisión de divulgación de la obra o derecho de inédito, así como en que forma se hará la divulgación; el derecho de exigir la paternidad de la obra; el respeto a la integridad de la obra; el derecho de modificación⁹⁵²; el derecho de retirada o arrepentimiento; y, el de acceder al ejemplar único o raro de la obra⁹⁵³.

En realidad, estas siete facultades que integran el derecho moral se pueden dividir en dos grandes grupos: facultades positivas, que comprenden el derecho a divulgar la obra, derecho de modificar y destruir, derecho a proclamar

⁹⁵¹ En el mismo sentido de la TRLPI, la Ley brasileña nº. 9.610, de 19 de febrero de 1998, establece en su art. 24 que “*son derechos morales del autor: I - el de reivindicar, en cualquier tiempo, la autoría de la obra; II - el de tener su nombre, seudónimo o signo convencional indicado o anunciado, como siendo el del autor, en la utilización de su obra; III - el de conservar la obra inédita; IV - el de asegurar la integridad de la obra, oponiéndose a cualesquiera modificaciones o al ejercicio de actos que, de cualquier forma, puedan perjudicarla o afectarlo, como autor, en su reputación o en su honor; V - el de modificar la obra, antes o después de utilizada; VI - el de retirar de circulación la obra o de suspender cualquier forma de utilización ya autorizada, cuando la circulación o utilización impliquen una afrenta a su reputación e imagen; VII - el de tener acceso al ejemplar único y raro de la obra, cuando se encuentre legítimamente en poder de otro u otros, para preservar su memoria, por medio de proceso fotográfico o similar, o audiovisual, de manera que cause el menor inconveniente posible a quien la detenta, el cual, en todo caso, será indemnizado de cualquier daño o perjuicio que pueda causársele*”.

⁹⁵² Con relación al derecho de modificación de la obra, ANGUIA VILLANUEVA llama a la atención para el hecho de que tal modificación que se concede al autor de la obra, con carácter de derecho moral, no es absoluta y se “*encuentra condicionado por dos extremos: el respeto de los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de los bienes de interés cultural*”. ANGUIA VILLANUEVA, L. “Derechos Fundamentales y Propiedad Intelectual el acceso a la cultura”, en IGLESIAS REBOLLO, C. (Coord.). *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial*. Madrid, Editora Reus, 2005, pp. 49-87, p. 68.

⁹⁵³ Sobre el régimen del derecho moral en el ordenamiento jurídico español ver MARÍN LÓPEZ, J. J. *El conflicto entre el derecho moral del autor...*, *op.cit.* p. 106 y ss.; MARTÍNEZ ESPÍN, P. “Comentarios al art. 14...”, *op.cit.*, p. 213 y ss.; PÉREZ DE CASTRO, N. “Inédito y divulgación. Paternidad. Integridad de la obra. Obras musicales, publicidad y derechos de los autores. Obras audiovisuales, cortes y páginas de crédito. El coloreado e películas en blanco y negro”, en ROGEL VIDE, C. (Coord.). *En torno a los derechos morales de los creadores*. Madrid, Editorial Reus, 2003, pp. 43-72; ROGEL VIDE, C. *Estudios completos de Propiedad Intelectual*. Vol. 3º..., *op.cit.*, p. 91 y ss.; CARRASCO PEREIRA, A. “Comentario a la STS, 1ª, de 14 de diciembre de 1993”, *CCJC*, nº. 33, p. 1117; RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 162 y ss.; ROGEL VIDE, C.; SERRANO GÓMEZ, E. *Manual de Derecho de Autor...*, *op.cit.*, p. 38 y ss.; ESPÍN CÁNOVAS, D. “Las obras de artes plásticas...”, *op.cit.*, p. 333 y ss.; MARTÍN VILLAREJO, A. “El derecho moral de los artistas intérpretes o ejecutantes”, en ROGEL VIDE, C. (Coord.). *En torno a los derechos morales de los creadores*. Madrid, Editorial Reus, 2003, pp. 189-230; RIBERA BLANES, B. *El derecho de reproducción en la Propiedad Intelectual*. Madrid, Dykinson, 2002, p. 169 y ss. Sobre la protección del derecho moral del autor, con especial referencia a la protección penal, ver VEGA VEGA, J. A. “Reflexiones sobre la protección del derecho moral”, en ROGEL VIDE, C. (Coord.). *En torno a los derechos morales de los creadores*. Madrid, Editorial Reus, 2003, pp. 111-146; ENCABO VERA, M. A. “Acciones y procedimientos civiles en relación con los derechos morales de los creadores”, en ROGEL VIDE, C. (Coord.). *En torno a los derechos morales de los creadores*. Madrid, Editorial Reus, 2003, pp. 147-160.

la paternidad de la obra y derecho de retirada; y facultades negativas, que son el derecho a la defensa de la integridad de la obra, el derecho de inédito y el derecho a no revelar la identidad del autor oculto tras el anónimo o seudónimo⁹⁵⁴.

Asimismo, estas facultades pueden ser divididas en dos categorías de carácter personal. La primera categoría está en relación con los derechos que subsisten *ad perpetuitatem*, o sea, el derecho de ser reconocido como autor de la obra⁹⁵⁵, el derecho a la integridad de la misma, el derecho de divulgación, y el derecho de divulgar bajo seudónimo o anónimamente⁹⁵⁶; y, la segunda que está integrada por los derechos que se extinguen al fallecimiento del autor, como el derecho de modificar la obra, el derecho de arrepentimiento y el derecho de acceder al ejemplar único o raro de la obra⁹⁵⁷.

Igualmente, de acuerdo con el art. 14 del TRLPI, el derecho moral de autor posee como características fundamentales la irrenunciabilidad y la inalienabilidad⁹⁵⁸. Sin embargo, junto a estas características es habitual señalar otras relacionadas con ellas como la inembargabilidad, la imprescriptibilidad y la inexpropiabilidad⁹⁵⁹.

La irrenunciabilidad es la primera nota característica de las facultades morales. El derecho moral es irrenunciable porque no se puede ceder o dar en

⁹⁵⁴ MARTÍNEZ ESPÍN, P. "Comentarios al art. 14...", *op.cit.*, p. 213.

⁹⁵⁵ Sobre el derecho moral de paternidad ver MARÍN LÓPEZ, J. J. *El conflicto entre el derecho moral del autor...*, *op.cit.*, p. 129 y ss.

⁹⁵⁶ Sobre la titularidad de las obras anónimas y seudónimas ver RAGEL SÁNCHEZ, L. F. "Titularidad y ejercicio de los derechos morales en el caso de obras anónimas, seudónimas, colectivas y en colaboración. Los derechos morales de los directores de escena, de orquesta y de fotografía. El asunto respecto de las bases de datos y los programas de ordenador", en ROGEL VIDE, C. (Coord.). *En torno a los derechos morales de los creadores*. Madrid, Editorial Reus, 2003, pp. 161-187, p. 161 y ss.

⁹⁵⁷ FERNÁNDEZ-NOVOA, C. "El derecho moral de los autores", *Actas de Derecho Industrial*, 1987-1988, pp. 17-36, pp. 20-21. Sobre el ejercicio *post mortem* de las facultades morales que perviven tras el fallecimiento del autor ver MARÍN LÓPEZ, J. J. *El conflicto entre el derecho moral del autor...*, *op.cit.*, p. 86 y ss.; CÁMARA ÁGUILA, M. del P. *El derecho moral del autor...*, *op.cit.*; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A.; ELZABURU. "Divagaciones en torno al ejercicio del derecho moral *post mortem auctoris*", en ROGEL VIDE, C. (Coord.). *En torno a los derechos morales de los creadores*. Madrid, Editorial Reus, 2003, pp. 73-93.

⁹⁵⁸ En el mismo sentido, la Ley brasileña n.º. 9.610, de derecho de autor, establece en su art. 27 que "los derechos morales del autor son inalienables e irrenunciables".

⁹⁵⁹ MARÍN LÓPEZ, J. J. *El conflicto entre el derecho moral del autor...*, *op.cit.*, p. 72; MARTÍNEZ ESPÍN, P. "Comentarios al art. 14...", *op.cit.*, p. 210.

licencia; los únicos derechos que se pueden dar en licencia o ser cedidos son los derechos patrimoniales⁹⁶⁰. La declaración de irrenunciabilidad significa que el autor no puede renunciar a sus prerrogativas morales con carácter general y previo, pues todo pacto en este sentido será nulo de pleno derecho por contravención de una norma imperativa, y tal nulidad podrá ser apreciada de oficio por el juez (art. 6.3 CC)⁹⁶¹.

El siguiente hito, la inalienabilidad, es la nota más característica de los derechos morales que diferencia radicalmente de los derechos patrimoniales que, por regla general, son transmisibles *inter vivos*. Los derechos morales por su parte no pueden ser transmitidos *inter vivos* a tercera persona, ni de forma onerosa ni gratuita. Es decir, los derechos morales son pues bien *extra commercium*⁹⁶² que no puede ser objeto de negocios jurídicos. Por ello, el derecho moral no se puede vender, ni renunciar, ni hipotecar.

La inembargabilidad, a su vez, es la consecuencia lógica de la nota de inalienabilidad (art. 605.1 de la LEC). Este artículo establece que no serán embargables, “*los bienes que hayan sido declarados inalienables*”. Por lo tanto, cualquier embargo trabado sobre los derechos morales es nulo de pleno derecho.

A continuación, la imprescriptibilidad de los derechos morales también es una derivación de su inalienabilidad⁹⁶³. La condición de creador no se extingue con el transcurso del tiempo, ni entra en el dominio público, ni es susceptible de prescripción. Así que la condición de autor no puede transmitirse *inter vivos* ni *mortis causa*; y tampoco es posible la adquisición de la titularidad original de derecho de autor por usucapión⁹⁶⁴. Eso significa que el mero transcurso del

⁹⁶⁰ Sin embargo, es importante señalar que también algunos supuestos de ejercicio de las facultades patrimoniales se declaran irrenunciables por la LPI. En el art. 24.3, por ejemplo, establece la irrenunciabilidad del derecho de participación de los autores de las obras de artes plásticas. MARTÍNEZ ESPÍN, P. “Comentarios al art. 14...”, *op.cit.*, p. 210.

⁹⁶¹ ESTEVE PARDO, M. A. “Los derechos morales del autor...”, *op.cit.*, p. 120; MARTÍNEZ ESPÍN, P. “Comentarios al art. 14...”, *op.cit.*, pp. 210-211; RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 152.

⁹⁶² ESPÍN CÁNOVAS, D. *Las facultades del derecho moral de los autores...*, *op.cit.*, p. 57; MARÍN LÓPEZ, J. J. *El conflicto entre el derecho moral del autor...*, *op.cit.*, p. 77; MARTÍNEZ ESPÍN, P. “Comentarios al art. 14...”, *op.cit.*, p. 211.

⁹⁶³ MARÍN LÓPEZ, J. J. *El conflicto entre el derecho moral del autor...*, *op.cit.*, p. 78.

⁹⁶⁴ CARRASCO PEREIRA, A. “Comentarios al art. 5...”, *op.cit.*, p. 98.

tiempo sin ejercitar el derecho no supone pérdida de las prerrogativas morales, no teniendo un término expreso de prescripción como los derechos patrimoniales⁹⁶⁵.

Por fin, la inexpropiabilidad de los derechos morales es consecuencia de su inembargabilidad, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de explotación y con los soportes materiales de las obras, salvo cuando éstas no hayan sido divulgadas⁹⁶⁶.

Para concluir este punto, cabe señalar que para ejercer los derechos provenientes del derecho de autor, el titular del derecho tiene varios recursos a su disposición, dependiendo de la jurisdicción y reglamentación de cada país. De forma resumida, pues no es objetivo de este trabajo profundizar este tema, el titular puede considerar para defender sus derechos las medidas de conservación o provisionales, recursos civiles, sanciones penales y medidas de frontera⁹⁶⁷.

6.2. Límites del derecho de autor

A lo largo de la historia la propiedad fue calificada tradicionalmente como el derecho de disponer de las cosas de manera absoluta. Característica ésta que con relación a la propiedad fue cambiando a lo largo del tiempo. A pesar de que en el concepto de derecho subjetivo existía incluso la idea de que algunos derechos son “*absolutos*”, esto no es verdad, pues la facultad o poder de hacer, poseer o exigir algo lícitamente está limitado a lo que determina la ley. Así, incluso aquellos derechos caracterizados como absolutos pueden ser objeto de determinadas restricciones a favor del interés público, como ya señalado en el capítulo primero. Esto ocurre, por ejemplo, con los derechos de propiedad intelectual y, por lo tanto, con el derecho de autor.

⁹⁶⁵ Hay que señalar que la imprescriptibilidad de los derechos morales “*no debe confundirse con la de la acción. El derecho en sí es imprescriptible, pero las acciones reales sobre bienes muebles prescriben a los seis años de pérdida de la posesión (art. 1.962 CC), y el ejercicio de la acción para la reclamación de daños y perjuicios prescribe en el plazo de cinco años señalado por la Ley (art. 140.3)*”. MARTÍNEZ ESPÍN, P. “Comentarios al art. 14...”, *op.cit.*, pp. 211-212.

⁹⁶⁶ MARTÍNEZ ESPÍN, P. “Comentarios al art. 14...”, *op.cit.*, p. 212.

⁹⁶⁷ Para profundizar sobre el estudio de estos recursos, consultar BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Manuel de Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 273 y ss.

Hoy, las limitaciones del derecho de propiedad en función del interés público están expresadas en muchas leyes, incluso en las constituciones de varios países, a través del concepto de función social. Con relación al derecho de autor, PLAZA PENADES señala que el interés público tiene un doble y paradójico papel: como fundamento y como límite del derecho de autor⁹⁶⁸.

Por estas consideraciones, queremos destacar que el derecho exclusivo de explotación que tiene el autor en relación a su creación, como bien inmaterial, está sometido a determinadas limitaciones legales⁹⁶⁹. Es decir, que pese a los derechos de explotación conferidos por el derecho de autor, señalados en el epígrafe anterior, la Ley puede imponer algunos límites al disfrute total del autor sobre su obra.

No obstante, estas limitaciones tampoco pueden ser ilimitadas, sino que deben estar sometidas a determinadas reglas y observadas concretas situaciones de hecho. Como el derecho de explotación comprende la utilización de la obra por todo medio o forma, como ya hemos visto anteriormente, las limitaciones a ese derecho exclusivo tienen que ser interpretadas restrictivamente⁹⁷⁰.

Como fórmula genérica y con poco valor práctico el art. 13 del ADPIC se limita a declarar que los Estados miembros pueden establecer limitaciones o excepciones a los derechos exclusivos del autor en casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos⁹⁷¹. Eso significa que los Estados miembros gozan de amplia libertad para determinar los casos especiales en que pueden imponer límites o excepciones para la protección de la obra por

⁹⁶⁸ PLAZA PENADES, J. *El Derecho de Autor...*, *op.cit.*, p. 113.

⁹⁶⁹ “En la doctrina se ha propuesto reservar la denominación de ‘límites’ o ‘limitaciones’ para referirse a los casos en los que la ley impide al titular de los derechos de propiedad intelectual hacerlos valer frente a terceros, pero a cambio se le reconoce el derecho a recibir una compensación económica, y la expresión ‘excepciones’ para aquellos otros supuestos en los que no existe tal compensación”. GARCÍA VIDAL, A.; MAROÑO GARGALLO, M. M. “Los límites a la Propiedad Intelectual en la Ley nº. 23/2006 de 7 de julio”, *Noticias de la Unión Europea*, año XXIV, nº. 286, noviembre de 2008, pp. 45 y ss., p. 45.

⁹⁷⁰ ANTEQUERA PARILLI, R. “Los límites del derecho subjetivo...”, *op.cit.*, pp.10-11; ROGEL VIDE, C. *Estudios completos de Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 171.

⁹⁷¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “El Derecho de Autor en el Acuerdo TRIPs...”, *op.cit.*, p. 37; BOTANA AGRA, M. “Las normas sustantivas del A-ADIPC...”, *op.cit.*, p. 116; GÓMEZ SEGADÉ, J. A. “En torno a la Directiva sobre el Derecho de Autor...”, *op.cit.*, p. 1439.

las normas del derecho de autor, así como la apreciación de si unas y otras atentan contra la explotación normal de la obra y causan perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de los derechos.

Ahora bien, como el art. 9.1 del ADPIC hace remisión a los arts. 1 a 21 del CUB, es obvio que los miembros podrán imponer los límites que este Convenio contempla en relación con determinados derechos de los autores⁹⁷². De acuerdo con el art. 9.2 del CUB⁹⁷³, por lo que se refiere al derecho de reproducción, y el art. 10 del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor⁹⁷⁴, las limitaciones o excepciones al derecho exclusivo del autor de autorizar o no la explotación de su obra por cualquier procedimiento y en cualquier forma deben estar sometidas a tres niveles: primero, las limitaciones deben responder a supuestos específicamente determinados en ley; segundo, los supuestos tienen que ser interpretados en forma restrictiva; y, tercero, las limitaciones no pueden atentar contra la explotación normal de la obra ni causar un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del autor (es la llamada teoría de los tres pasos – Three step test)⁹⁷⁵.

⁹⁷² GÓMEZ SEGADE, J. A. “En torno a la Directiva sobre el Derecho de Autor...”, *op.cit.*, p. 1439. En los Estados Unidos, por ejemplo, el derecho de reproducción del autor sufre algunas limitaciones. Ellos tienen vigente el concepto de “Fair Use”, el cual permite que el derecho de reproducción del autor sea limitado en función de la diseminación del conocimiento. CORNISH, W. *Intellectual Property: omnipresent, distracting, irrelevant?* New York, Oxford University Press, 2004, pp. 64-66; BAINBRIDGE, D. I. *Intellectual Property*. London, Pitman, 1992, pp. 135-138.

⁹⁷³ Art. 9.2: “Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras (literarias y artísticas) en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.

⁹⁷⁴ “1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. 2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.

⁹⁷⁵ ANTEQUERA PARILLI, R. *Estudios de Derecho de Autor...*, *op.cit.*, p. 121. A cerca de las limitaciones del derecho de autor ver DELGADO PORRAS, A. “Derechos de Autor...”, *op.cit.*, p. 853 y ss.; IDEM, *Derechos de Autor y Derechos Afines al de autor*. Tomo 1..., *op.cit.*, pp. 20-22; GARCÍA VIDAL, A.; MAROÑO GARGALLO, M. M. “Los límites a la Propiedad Intelectual...”, *op.cit.*, p. 45 y ss.; VÁSQUEZ LÓPEZ, V. “Perspectivas de futuro en torno a los límites del Derecho de Autor. Las tendencias internacionales y la posición de la OMPI”, en ROGEL VIDE, C. (Coord.). *Los límites de Derecho de Autor*. Madrid, Editorial Reus, 2006, pp. 295-308 (Colección de Propiedad Intelectual), p. 296 y ss.; MARTÍN VILLAREJO, A. “El ámbito de aplicación de la Ley como límite de los Derechos de Propiedad Intelectual”, en ROGEL VIDE, C. (Coord.). *Los límites*

Estas limitaciones pueden ser clasificadas, de manera genérica, en dos grupos⁹⁷⁶: 1) utilizaciones permitidas sin autorización del titular y sin pago (excepciones a la protección)⁹⁷⁷; 2) disposiciones que permiten una determinada utilización del material protegido por el derecho de autor, previo pago al titular de dicho derecho⁹⁷⁸.

Debe tenerse presente de todos modos que en cada una de esas limitaciones hay un fundamento político y jurídico diferente. En las excepciones las libertades y derechos fundamentales o el interés público justifican la anulación de los derechos exclusivos que tienen los autores sobre sus obras en estas circunstancias particulares. En las licencias obligatorias⁹⁷⁹, por ejemplo, los derechos de autor siguen protegidos aunque de una manera mucho más restringida ya que, aunque la insuficiencia del mercado o el interés público sigan justificando su utilización, independientemente del consentimiento del autor, dicha autorización está sujeta al pago de una adecuada remuneración.

de Derecho de Autor. Madrid, Editorial Reus, 2006 (Colección de Propiedad Intelectual), p. 309 y ss.; ROGEL VIDE, C. *Estudios completos de Propiedad Intelectual*. Vol. 3º..., *op.cit.*, p. 104 y ss.; ROGEL VIDE, C.; SERRANO GÓMEZ, E. *Manual de Derecho de Autor...*, *op.cit.*, pp. 56-57.

⁹⁷⁶ VÁSQUEZ LÓPEZ, V. "Perspectivas de futuro en torno a los límites del Derecho de Autor...", *op.cit.*, p. 296. En el mismo sentido ROGEL VIDE, C. *Estudios completos de Propiedad Intelectual*. Vol. 3º..., *op.cit.*, p. 105 y ss.

⁹⁷⁷ Estas excepciones están previstas en los siguientes artículos del Convenio de Berna art. 9.2 (reproducción en ciertos casos especiales), art. 10 (citas y utilización de las obras a título de ilustración de la enseñanza), 10*bis* (reproducción de artículos de periódicos o similares y utilización de las obras a los efectos de informar sobre acontecimientos de actualidad) y, art. 11*bis*3 (grabaciones efímeras con fines de radiodifusión).

⁹⁷⁸ Estas disposiciones, que suelen denominarse "licencias obligatorias", así como las normas que permiten su aplicación, aparecen recogidas en los arts. 11*bis* 2) (en relación con el derecho de radiodifusión y comunicación al público por hilo, comunicación pública de una obra radiodifundida, o comunicación pública mediante altavoz o cualquier otro instrumento análogo de la obra radiodifundida) y 13 del Convenio de Berna y en el Anexo del Acta de París del Convenio de Berna que permite a los países en desarrollo implementar las licencias no voluntarias respecto a la traducción de obras en ciertos casos relacionados con la actividad docente o investigadora.

⁹⁷⁹ Según ANTEQUERA PARILLI, las licencias obligatorias son "las cuales por mandato legal la autorización para el uso de la obra de concederla necesariamente la autoridad nacional competente (...) para determinados casos (...) y en las condiciones definidas por ley". ANTEQUERA PARILLI, R. "Los límites del derecho subjetivo...", *op.cit.*, p. 13.

6.3. Insuficiencia de la protección conferida por el derecho de autor para proteger las expresiones culturales tradicionales

Inicialmente, si tenemos en consideración la protección conferida por las normas de derecho de autor al autor de una obra sobre su creación, el sistema de derecho de autor parece ser la solución más adecuada o una opción lógica para la protección de las ECTs, ya que trata de evitar, entre otras cosas, la reproducción no autorizada de las obras protegidas por este sistema.

No obstante, pese a que el contenido de protección de las normas del derecho de autor sea muy amplio hay que hacer algunas observaciones, no cuanto al contenido en sí, sino en relación con la titularidad de los derechos morales y con la temporalidad de los derechos patrimoniales.

La primera observación está en relación la temporalidad de los derechos patrimoniales. Los derechos patrimoniales garantizados por las normas del derecho de autor son derechos que poseen “vida útil”, o sea, son temporales. Las ECTs, por su parte, como ya hicimos referencia en el capítulo primero, se perpetúan en el tiempo. Así que, si lleváramos en consideración la protección a través del derecho de autor, esas manifestaciones ya se encontrarían en el dominio público, y, por tanto, las comunidades tradicionales ya no tendrían más el derecho exclusivo de explotación sobre sus manifestaciones culturales, como consecuencia las comunidades tradicionales ya no podrían exigir una retribución a quienes accedan y disfruten de ellas. O sea, el planteamiento no está con relación al contenido del derecho patrimonial del derecho de autor, sino que las comunidades no pueden beneficiarse de estos derechos.

A ese respecto, MARTÍN VILLAREJO hace una importante observación con relación a las obras de la cultura popular que se encuentran en el dominio público, y que puede ser perfectamente extendido a las ECTs. Según el autor, las obras populares (en nuestro caso las manifestaciones culturales tradicionales) al estar en dominio público admiten su libre utilización e incluso que sirvan de “inspiración” para la creación de nuevas obras (manifestaciones). Estas obras derivadas de las manifestaciones culturales generan derechos patrimoniales y morales para los autores de las mismas, sin que las comunidades en las que originaron y desarrollaron las manifestaciones culturales – de las que aquéllas

derivan – gocen de derecho o beneficio alguno. “*Incluso pueden desarrollarse en contextos ajenos y opuestos al de la obra originaria y, con ello, perjudicar el patrimonio cultural y tradicional de un país*”⁹⁸⁰.

Entre los casos más representativos de esto se encuentra, a título de ejemplo, el de Paul Simon, quien, en sus discos *Graceland* y *Rhythm of the Saints*, utilizó música tradicional africana y latinoamericana respectivamente. Con ello se puso de manifiesto los rendimientos económicos que se generaban cuando músicos occidentales incorporaban sonidos no occidentales en sus canciones. *Graceland* permaneció 31 semanas en la lista de discos más vendidos. El disco llegó al número 3 de las listas de éxitos y se convirtió en disco de platino. Supuso la consagración mundial de P. Simon como uno de los mayores artistas de la canción popular⁹⁸¹. En este caso, como en muchos otros, y apoyado en el derecho de transformación, se valió de las manifestaciones culturales tradicionales perteneciente al dominio público para beneficiarse de las mismas⁹⁸².

Por otra parte, otra limitación para proteger las ECTs vía derecho de autor está en relación con la titularidad de los derechos morales sobre las manifestaciones tradicionales. Como ya hemos destacado en este capítulo, las ECTs son creadas colectivamente, por tanto, no pertenecen a ningún miembro de la comunidad en particular, y eso plantea un serio problema. “*Tratándose de las obras de folclore (que en este trabajo denominamos expresiones culturales tradicionales), el derecho de paternidad se enfrenta a un primer obstáculo importante para su aplicación pues los autores de estas obras son de identidad desconocida*”⁹⁸³.

De acuerdo con las normas del derecho de autor, el derecho de paternidad es el derecho del autor a que se reconozca su condición de creador de la obra y

⁹⁸⁰ MARTÍN VILLAREJO, A. “Integridad e identidad de las obras procedentes de la cultura popular. Derechos morales sobre las obras de dominio público. Legitimación para el ejercicio de los derechos morales”, en VALDÉS, C.; ROGEL, C. (Dirs.). *Cultura Popular y Propiedad Intelectual*. Madrid, Editorial Reus, 2011 (Colección de Propiedad Intelectual), pp. 63-93, p. 84.

⁹⁸¹ Información disponible en http://es.wikipedia.org/wiki/Paul_Simon>. Consultada el 18 de mayo de 2011.

⁹⁸² MARTÍN VILLAREJO, A. “Integridad e identidad de las obras procedentes de la cultura popular...”, *op.cit.*, p. 85.

⁹⁸³ MARTÍN VILLAREJO, A. “Integridad e identidad de las obras procedentes de la cultura popular...”, *op.cit.*, pp. 74-75.

solamente a él le incumbe exigir que figure en la obra su nombre o el modo de identificación que ha elegido; como también corresponde al autor perseguir cualquier atentado a la integridad de la obra que perjudique sus intereses legítimos. ¿Qué ocurre cuando nos enfrentamos a las manifestaciones culturales de las comunidades tradicionales y las ponemos en relación con el derecho a la paternidad y a la integridad? ¿Quién sería el titular de las manifestaciones culturales para ejercer esos derechos llevando en consideración que las ECTs no poseen un creador individualizado y que las normas del derecho de autor no contempla la protección de creaciones creadas colectivamente en el contexto tradicional?

La existencia y el reconocimiento de los derechos morales no plantean problemas cuando estos son conocidos y individualizados, *“pero el tema cambia radicalmente cuando se diluye la frontera del reconocimiento de la autoría y cuando esta se traslada en el tiempo. Estos obstáculos los presentan las obras del folclore, la autoría de la obra es mayormente desconocida y, además, la misma se pierde en la memoria colectiva”*⁹⁸⁴. Está claro, entonces, que en el caso de se proteger las ECTs a través de las normas de derecho de autor las comunidades tradicionales serían lesionadas en sus derechos morales por no poder ejercerlos.

En relación con los límites del derecho de autor la observación está relacionada a las manifestaciones consideradas secretas y confidenciales por las comunidades tradicionales. Entre los límites del derecho de autor establecidos legalmente no se lleva en consideración que algunas de las manifestaciones culturales caso fuera utilizada, mismo dentro de los límites de la Ley, estaría lesionando las comunidades tradicionales cuanto las comunidades consideran que esas manifestación tiene carácter secreto y/o confidenciales.

En todos los casos, además de las limitaciones señaladas en los epígrafes anteriores, otras limitaciones que hacen del derecho de autor un sistema inadecuado para proteger las ECTs pueden ser destacadas.

Inicialmente, existen divergencias operativas. Así como hemos señalado en otro supuesto, en la protección de las ECTs por vía del derecho de autor debe ponerse en relieve que entre los obstáculos que impiden el uso efectivo por el

⁹⁸⁴ MARTÍN VILLAREJO, A. “Integridad e identidad de las obras procedentes de la cultura popular...”, *op.cit.*, pp. 82.

derecho de autor, por las comunidades tradicionales cabe mencionar, quizás como uno de los más importantes, los obstáculos operativos y prácticos, como es el caso de la dificultad de acceder a un asesoramiento jurídico competente y a medios de financiación para adquirir derechos sobre sus ECTs y hacerlos valer.

Por otro lado, nos encontramos con el problema de la preservación y salvaguardia. Más que proteger sus creaciones, las comunidades tradicionales reivindican la preservación y la salvaguardia de sus conocimientos, innovaciones y prácticas. Así que es importante señalar la diferencia entre la protección mediante el derecho de autor de los conceptos de “preservación” y “salvaguardia”.

El derecho de autor, por ejemplo, protege los productos de la creatividad, en forma de obras literarias y artísticas originales, contra ciertos usos como la reproducción, la adaptación, la interpretación o ejecución en público, la radiodifusión y otras formas de comunicación al público. El titular del derecho de autor sobre una obra goza del derecho exclusivo a impedir o autorizar a terceros realizar dichos actos, con sujeción a ciertas excepciones y limitaciones. La protección mediante derecho de autor tiene por objeto alentar la creatividad y la divulgación de las obras, así como permitir a los titulares de derechos controlar la explotación comercial de sus obras.

Por el contrario, la preservación y la salvaguardia en el contexto del patrimonio cultural tradicional suele referirse a la identificación, catalogación, transmisión, revitalización y promoción del patrimonio cultural (tangibles o intangibles), a fin de garantizar su conservación y viabilidad⁹⁸⁵.

Otra cuestión está con relación a las demandas más frecuentes y se refiere a la imitación o la apropiación indebida del “estilo” de una producción indígena. Las leyes sobre derecho de autor no protegen el “estilo” de las obras literarias y artísticas ni el de los diseños y autorizan la imitación de elementos no originales o de las ideas y los conceptos en los que se basan las obras, lo que constituye una práctica generalizada debido a que la creatividad se inspira y se nutre de otras

⁹⁸⁵ “La propiedad intelectual es esencialmente un ‘sistema con visión de futuro’, destinado a recompensar la innovación y la creatividad y no meramente a preservar el pasado”. OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/6/3..., *op.cit.*, p. 18.

obras⁹⁸⁶. Así que, aunque se confiera el derecho de autor sobre una nueva expresión cultural basada en la tradición, la protección por derecho de autor no puede *per sí* impedir la apropiación del “estilo” tradicional de la obra protegida.

La cuestión de la protección por plazo limitado, previsto en el sistema de derecho de autor (lo que en sí ya es una limitación, como veremos adelante), promueve otras limitaciones que generalmente se prevén en las legislaciones en materia de propiedad intelectual que en el caso de las ECTs no son convenientes. Por ejemplo, las excepciones que se prevén habitualmente en el ámbito del derecho de autor en virtud de las cuales una escultura u obra de artesanía artísticas expuestas con carácter permanente en un lugar público puede ser reproducida en fotografías, dibujos y por otros medios sin autorización pueden ofender la sensibilidad indígena y socavar los derechos consuetudinarios en virtud de las leyes y los protocolos pertinentes.

Del mismo modo, en las legislaciones nacionales relativas al derecho de autor se suelen autorizar a los servicios de archivos, las bibliotecas y otras instituciones públicas a realizar reproducciones de obras y a ponerlas a disposición del público lo que en muchos casos también ofende a los titulares de las ECTs.

Hay que advertir aún, tal como no quiere entenderse en el campo de las patentes, que el bien común pueda ser un fin para la actividad inventiva, el sistema legal dominante en materia de derechos de autor intenta ignorar que el ser humano es capaz de crear, de construir sus imágenes, de relacionarse con su entorno y su comunidad sin tener la realización mercantil como objetivo supremo. La creatividad colectiva de las expresiones culturales tradicionales, sin pretensiones ni posibilidades de difusión y reproducción comercial, constituyen, entonces, deudas por saldar. Por supuesto, no debe entenderse con esto que

⁹⁸⁶ *“Pinturas, incluido el arte rupestre, realizadas por indígenas han sido reproducidas por personas ajenas a esa comunidad en alfombras, telas, camisetas, trajes y otros accesorios, así como en tarjetas de felicitación, y ulteriormente distribuidas y puestas a la venta. El arte tradicional también se ofrece en línea como papel pintado. Los tatuajes indígenas también se han reproducido y utilizado fuera del contexto tradicional (...) a los fines del mercado de objetos turísticos de recuerdo, se han reproducido, imitado y producido en serie objetos artísticos y artesanales (como cestas, pequeñas pinturas y tallas), caracterizados por estilos artísticos tradicionales, en objetos no tradicionales, como camisetas, repasadores, mantelitos individuales, naipes, tarjetas postales, posavasos y refrescos, calendarios y almohadillas de computadora”.* OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev..., *op.cit.*, Anexo I, p. 22.

creadores tradicionales no quieran que sus obras sean valoradas en el mercado, o renuncien a posibles royalties por su utilización, sino que hay que tener en cuenta la existencia de sistemas de valores diferentes a los del mercado que deben ser respetados y garantizados.

Por lo general, estas excepciones y limitaciones han sido objeto de críticas por las comunidades indígenas y locales⁹⁸⁷. La protección mediante el derecho de autor no ofrece control alguno sobre conocimientos que no se plasmen en una expresión externa o hayan sido delineados precisamente, no cuenten con un autor identificable, no aporten elementos de originalidad y para los que no exista un plazo de protección.

Tanto para POSEY y DUTFIELD, como para LEWINSKI, el sistema de derecho de autor actual tiene utilidad limitada como instrumento para impedir la explotación de las creaciones culturales tradicionales, y por lo tanto, no puede proteger adecuadamente las ECTs, aunque algunos países han intentado incorporarlas en las leyes nacionales de derechos de autor y aunque en algunos casos se ha utilizado el mismo para proteger creaciones tradicionales⁹⁸⁸.

Parece evidente, entonces, que el sistema de derecho de autor tal como está estructurado hoy, por las razones desarrolladas a lo largo de este capítulo, no es adecuado para proteger las ECTs. Una protección eficaz para las ECTs, además de no producir obstáculos a su utilización y desarrollo, debe estar sujeta a un régimen específico distinto al establecido para las obras en el sentido establecido por las normas del derecho de autor. Así, es necesario un sistema *sui generis* que contemple las peculiaridades y especificidades de esas expresiones.

⁹⁸⁷ **OMPI.** Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “Proyecto de análisis de carencia en materia de protección de conocimientos tradicionales...”, *op.cit.*, p. 12.

⁹⁸⁸ “En 1989, John Bulun Bulun (un aborigen) que descubrió a un fabricante de camisetas que había impreso, sin su autorización, una reproducción de dos de sus pinturas en las camisetas, inició un proceso por violación de derechos de autor. La compañía y dos tiendas que habían vendido las camisetas, aceptaron ante el tribunal retirarlas de la venta. Posteriormente otros 14 artistas demandaron a la misma compañía. Los caos se arreglaron por vía extrajudicial y los artistas recibieron 150.000 dólares australianos como compensación y para cubrir los costos”. POSEY, D. A.; DUTFIELD, G. *Más allá de la Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, pp. 89-90. En el mismo sentido, DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 101; LEWINSKI, S. v. “An analysis of WIPO’s latest proposal and the Model Law 2002 of de pacific community...”, *op.cit.*, p. 110.

7. Temporalidad de la protección conferida por el derecho de autor y las dificultades para aplicarla a la protección de las expresiones culturales tradicionales

7.1. Fundamentos de la protección temporal del derecho de autor

Como ya queda dicho, una de las características esenciales del derecho de autor es su inmaterialidad, y como se ha dicho también, el derecho de autor es una especie de propiedad especial. Esta propiedad, por las características que presenta, posee una especialidad, no sólo por causa de la inmaterialidad, sino también de la temporalidad de su protección, o sea, los derechos sobre los bienes inmateriales protegidos por la propiedad intelectual no son un derecho indefinido sino temporal.

Son varias las razones que justifican la temporalidad de la protección de los derechos patrimoniales del autor sobre su obra⁹⁸⁹. Sin embargo, la más utilizada es la siguiente: *“el autor, al crear, se inspira, toma datos y cosas de la sociedad, que le suministra, por decirlo así, el caldo de cultivo de su creación, siendo lógico, en consecuencia, que, la obra del espíritu, surgida en y de la sociedad, vuelva a ésta, una vez transcurrido el tiempo necesario para que, el autor, pueda obtener los beneficios que, legítimamente, le corresponden sobre la misma”*⁹⁹⁰. En otras palabras, el fundamento de la protección temporal de los derechos patrimoniales del autor es muy sencillo: enriquecimiento cultural común a cambio de exclusiva de explotación⁹⁹¹.

⁹⁸⁹ Según ROGEL VIDE, las razones que justifican la temporalidad del derecho de autor son sintéticamente las siguientes: *“similitud con la propiedad industrial, que es temporal; dificultad de circulación de la obra, derivada de la perpetuidad; la perpetuidad solo beneficia a los herederos del autor; la perpetuidad supone un mayor coste de las obras; la temporalidad, en fin, es el pago de una deuda que el autor tiene contraída con la comunidad”*. ROGEL VIDE, C. *Estudios completos de Propiedad Intelectual*. Vol. 3º..., *op.cit.*, p. 100.

⁹⁹⁰ ROGEL VIDE, C. *Estudios completos de Propiedad Intelectual*. Vol. 3º..., *op.cit.*, pp. 100-101.

⁹⁹¹ *“La idea que subyace a la temporalidad del derecho de autor es el reconocimiento de un derecho de exclusiva sobre la explotación, y consiguientes beneficios, de la obra a cambio de obtener su divulgación, es decir, su aportación al acervo cultural de la sociedad”* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 517.

A través de la protección que el Derecho concede al autor se promueve la cultura, propiciando la creación de obras, así como su difusión; favoreciendo así el enriquecimiento del acervo cultural de la sociedad. Se trata de asegurar que quien cree y divulgue una obra tendrá el derecho de exclusiva sobre su explotación durante un período de tiempo, transcurrido el cual, la obra pasará al dominio público⁹⁹², será de todos, podrá ser libremente explotada por todos, sin perjuicio del respeto debido a su integridad y al reconocimiento de su autoría (derecho moral).

7.2. Plazo de protección del sistema de derecho de autor

En la mayoría de las legislaciones el plazo de protección del derecho de autor es totalmente independiente del momento de divulgación de la obra, la protección empieza en el momento en que se ha creado la obra. Y, en general, la protección continúa hasta cierto tiempo después del fallecimiento del autor. El propósito es garantizar el disfrute de los derechos de autor al mismo, mientras viva, y permitir a los sucesores del autor beneficiarse económicamente de la explotación de la obra después de la muerte del mismo.

De conformidad con lo establecido en los arts. 9.1 y 12 del ADPIC es posible diferenciar tres supuestos con relación a la duración de la protección derivada del acuerdo⁹⁹³; a saber: que el plazo de duración se calcule sobre la

En la misma línea de pensamiento RANGEL SÁNCHEZ señala que *“la razón más profunda de la temporalidad de la mayor parte de las manifestaciones de la propiedad intelectual obedece a la necesidad de coherencia los intereses del autor y de sus sucesores mortis causa en los derechos de explotación con el derecho a la cultura que tienen todas las personas”*. RANGEL SÁNCHEZ, L. F. *“La Propiedad Intelectual como propiedad temporal”*, en ROGEL VIDE, C. (Coord.). *La duración de la Propiedad Intelectual y las obras en dominio público*. Madrid, Editorial Reus, 2005, pp. 17-32, p. 29.

⁹⁹² ROGEL VIDE, C. *Estudios completos de Propiedad Intelectual...*, op.cit., p. 168.

⁹⁹³ Art. 9.1. *“Los Miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) y el Apéndice del mismo. No obstante, en virtud del presente Acuerdo ningún Miembro tendrá derechos ni obligaciones respecto de los derechos conferidos por el artículo 6bis de dicho Convenio ni respecto de los derechos que se derivan del mismo”*. Art. 12: *“Cuando la duración de la protección de una obra que no sea fotográfica o de arte aplicado se calcule sobre una base distinta de la vida de una persona física, esa duración será de no menos de 50 años contados desde el final del año civil de la publicación autorizada o, a falta de tal publicación autorizada*

base de la vida de una persona física; que el cálculo de ese plazo se realice sobre una base que no sea la vida de una persona física; y que la duración se refiera a la protección de una obra fotográfica o de arte aplicado.

Cuando el plazo de duración tenga como base de cálculo la vida de una persona física, el régimen al que han de ajustarse los miembros será el contenido al respecto en el CUB. En consecuencia, la regla general a seguir será formulada en el art. 7.1 del CUB. Así que en muchos países, en especial los países que son parte del Convenio, la duración prevista en las leyes nacionales para la protección del derecho de autor se extenderá, en términos generales, durante la vida del autor y no menos de 50 años después de su fallecimiento⁹⁹⁴.

Si se trata de obras, que no sean fotográficas o de arte, con cálculo de su duración sobre una base distinta de la vida de una persona física, los miembros tendrán que respetar lo dispuesto en el art. 12 del ADPIC. Es decir, el plazo de duración de la protección será no menos de cincuenta años, cuyo punto de partida dependerá de si la obra ha sido o no objeto de publicación autorizada: en el primer caso, ese plazo se contará desde el final del año civil de la publicación; y en caso de que falte la publicación autorizada dentro de los cincuenta años siguientes a partir de la realización de la obra, el plazo de duración se contará a partir del final del año civil de la realización⁹⁹⁵.

El imperativo formulado en el art. 12 del ADPIC excluye las obras fotográficas y de arte aplicado. Esto significa, por tanto, que para estas obras será de aplicación el art. 7.4 del CUB, el cual reserva a las legislaciones nacionales la facultad de establecer el plazo de duración de la protección; plazo que sin

dentro de un plazo de 50 años a partir de la realización de la obra, de 50 años contados a partir del final del año civil de su realización”.

⁹⁹⁴ GÓMEZ ROSENDO DEL TORO, A. *El Derecho de Autor en la Unión Europea*. Madrid, Fundación Autor, 2006, p. 112.

⁹⁹⁵ “En realidad, el artículo 12 A-ADPIC viene a conferir carácter imperativo para los miembros y a extender a todas las obras que no sean fotográficas o de arte aplicado, la previsión contenida en el artículo 7.2 del CUB para las obras cinematográficas; para estas obras, en efecto, se prevé la posibilidad de que los países de la Unión establezcan en sus legislaciones que el plazo de protección expire cincuenta años después de que la obra haya sido hecha accesible al público con el consentimiento de su autor, o que si tal hecho no ocurre durante los cincuenta años siguientes a la realización de la obra, la protección expire el término de esos cincuenta años”. BOTANA AGRA, M. “Las normas sustantivas del A-ADIPIC...”, *op.cit.*, p. 117.

embargo no podrá ser inferior a un período de veintiún años contados desde la realización de las mismas⁹⁹⁶.

El cómputo de los plazos de duración de la protección establecido en el art. 12 del ADPIC se efectuará en el siguiente precepto: desde el final del año civil de la publicación autorizada o, en su caso, de la realización de la obra. En los casos de obras fotográficas o de arte aplicado, el plazo de duración computará a partir del primero de enero del año que siga a la realización de las mismas. Cuando el plazo se fije sobre la base de la vida de una persona física, de acuerdo con el art. 7.5 del CUB, el cómputo se hará a partir del primero de enero del año que siga a la muerte de la persona física⁹⁹⁷.

Por último, es de señalar que por fuerza de la remisión del art. 9.1 del ADPIC al CUB, respecto a los plazos de duración que los miembros establezcan, sea por aplicación del CUB o por aplicación del art. 12 del ADPIC, rige la disposición del art. 7.6 del CUB que permite conceder plazos de protección más amplios. Es decir, los plazos de protección previstos en el ADPIC, lo mismo que los señalados en el CUB, tienen la condición de mínimos. Así que hay una tendencia de ampliación de la duración de este derecho.

La LPI española (art. 26), por ejemplo, fija la protección a los derechos del autor en 70 años después de la muerte del autor de la obra (como consecuencia de la adopción de una Directiva Comunitaria que regula la duración de los derechos de autor⁹⁹⁸). Asimismo en EE.UU. la protección de los derechos del autor sobre su obra dura la vida del autor más 70 años después de su muerte⁹⁹⁹.

⁹⁹⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "El Derecho de Autor en el Acuerdo TRIPS...", *op.cit.*, p. 34.

⁹⁹⁷ "Aunque a primera vista podría parecer que en el CUB y en el A-ADPIC no es coincidente la fijación del término a quo de los plazos, es lo cierto que en ambos ese término es el día primero de enero del año siguiente al evento que sirve de punto de cálculo (muerto del autor, publicación autorizada o realización de la obra)". BOTANA AGRA, M. "Las normas sustantivas del A-ADIPIC...", *op.cit.*, p. 118.

⁹⁹⁸ Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (versión codificada). Para el análisis de la directiva ver GÓMEZ ROSENDO DEL TORO, A. *El Derecho de Autor en la Unión Europea...*, *op.cit.*, p. 111 y ss. En especial sobre el plazo de protección del derecho de autor BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 513 y ss.

⁹⁹⁹ Oficina de Derechos del Autor de los Estados Unidos. "Fundamentos de los Derechos de Autor", p. 06. Disponible en <<http://www.copyright.gov/espanol/circ01-espanol.pdf>>. Consultada el 06 de mayo de 2011.

Hay que señalar, que la protección temporal sólo puede ser establecida para los derechos patrimoniales, una vez que algunos de los derechos morales no están sometidos a plazo, son perpetuos. Como ya hemos señalado en este trabajo, el derecho moral del autor, de forma general, se concreta en tres facultades: derecho del autor de ser identificado como tal, o derecho de paternidad; derecho de objetar cualquier trato que deteriore la obra, o derecho de integridad; y el derecho a no tener una obra falsamente atribuida, o derecho a la reputación. Es decir, son derechos del creador perpetuos, inalienables y oponibles a todos en relación especialmente con la reivindicación de la paternidad de la obra, con la conservación de la obra inédita o divulgarla; y con la integridad de su obra pudiendo oponerse a la deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

Algunos de los derechos morales no se extinguen jamás, y deben ser respetados aunque la obra haya pasado al dominio público, y aunque mueran posteriormente las personas encargadas por él de velar por esos derechos o sus herederos: siempre quedará una persona pública que podrá velar por su protección¹⁰⁰⁰.

7.3. El plazo de protección en el derecho de autor con relación a las expresiones culturales tradicionales

La duración de la protección ha sido otro obstáculo principal para la aplicación del derecho de autor para proteger las ECTs. Un plazo de protección limitado requiere ciertamente que se conozca la fecha de creación de la obra o la primera publicación, lo que generalmente no es posible respecto a las ECTs por su creación colectiva en el tiempo y espacio. Además, las ECTs tienen una antigüedad mucho mayor que la duración del derecho de autor, de manera que la mayoría de ellas (si no todas), ya se encuentran desde el punto de vista de las normas de derecho de autor, en el dominio público. Así que, contraria a la protección conferida por el derecho de autor que es temporal, la protección de las

¹⁰⁰⁰ RAGEL SÁNCHEZ, L. F. "La Propiedad Intelectual...", *op.cit.*, p. 27. Para profundizar el tema ver CÁMARA ÁGUILA, M. P. *El derecho moral del autor...*, *op.cit.*, p. 21 y ss.

ECTs por ser elementos importantes de la identidad cultural de las comunidades tradicionales debe contar con una protección permanente¹⁰⁰¹.

La necesidad de proteger las ECTs se basa en su importancia como patrimonio cultural vivo o, en otras palabras, como un elemento esencial de la vida cotidiana de las comunidades tradicionales. Por ello, la protección de las ECTs no puede estar limitada en el tiempo.

Por fin, cuando, por ejemplo, la duración limitada de las patentes se debe a la finalidad de proporcionar un incentivo para la investigación con el fin de fomentar el progreso científico, y en el caso del derecho de autor para recompensar a los autores y asegurar un ingreso para las dos generaciones siguientes, el objetivo de proteger las expresiones culturales tradicionales es completamente diferente, es decir, la protección de las ECTs debe garantizar el control de las comunidades indígenas y locales sobre su patrimonio vivo con el fin de que puedan continuar a fundamentando sus vidas en sus costumbres ancestrales¹⁰⁰².

IV. LOS DERECHOS DE LOS ARTISTAS, INTÉRPRETES, EJECUTANTES Y PRODUCTORES Y SU RELACIÓN CON LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES

Pese a que no es objetivo de este trabajo agotar todos los problemas que se presentan en relación con la protección de los CTs a través de la propiedad intelectual, entendida en sentido amplio, y, por ello, hemos optado por centrarnos fundamentalmente en el análisis del derecho de autor y su inadecuación para proteger tales conocimientos, en un trabajo de investigación cuando se observa

¹⁰⁰¹ DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 101.

¹⁰⁰² LEWINSKI, S. v. "An analysis of WIPO's latest proposal and the Model Law 2002 of de pacific community...", *op.cit.*, p. 121.

una necesidad específica hay que plantearla. Por ello, en este epígrafe vamos a hacer una referencia, siquiera breve, a estos derechos teniendo en cuenta primero la necesidad de abordar la temática con relación a las grabaciones y ejecución de las canciones tradicionales y, aún más, porque los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes tradicionales es uno de los pocos casos que han recibido refrendo legal en el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)¹⁰⁰³.

Los cuentos populares, poesías, canciones, música instrumental, bailes, obras de teatro y expresiones similares de las ECTs siguen vivos gracias a las interpretaciones o ejecuciones regulares por parte de las comunidades tradicionales. No obstante, el problema no reside en las interpretaciones o en la ejecuciones tradicionales, el problema está cuando estas manifestaciones tradicionales son interpretadas o ejecutadas por terceros ajenos a las comunidades sin que ellas perciban ningún reparto de los beneficios. En el marco del WPPT, la protección está destinada a los artistas intérpretes o ejecutantes de las ECT, y no a la comunidad a que pertenecen las canciones, lo cual es especialmente grave en los casos en los que el artista intérprete o ejecutante no pertenece a esa comunidad¹⁰⁰⁴.

Otra cuestión muy específica se refiere a la titularidad de las producciones. En los casos de grabación de rituales, como señala ROMÁN PÉREZ, analizando la cuestión de la protección de las ECTs vía los derechos conexos, se concede un derecho de monopolio exclusivo al productor que graba el ritual, pero no le exigen, por ejemplo, identificar adecuadamente la procedencia del objeto grabado¹⁰⁰⁵. Por ello, es muy común hacer grabaciones audiovisuales de

¹⁰⁰³ Según el art. 2. a) del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, los “artistas intérpretes o ejecutantes”, son “*todos los actores, cantantes, músicos, bailarines u otras personas que representen un papel, canten, reciten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones del folclore*” (negrillas nuestras).

¹⁰⁰⁴ Un ejemplo: “*se ha reunido música tradicional y se ha fusionado digitalmente con ritmos ‘techno house’ para producir un álbum de ‘world music’ protegido por derecho de autor que tiene gran éxito*”, pero las comunidades que creados esas músicas no reciben ninguna compensación. OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev..., *op.cit.*, Anexo I, p. 22. Varios ejemplos de este tipo pueden ser visto en MARTÍN VILLAREJO, A. “Integridad e identidad de las obras procedentes de la cultura popular...”, *op.cit.*, pp. 85-86.

¹⁰⁰⁵ ROMÁN PÉREZ, R. “Las expresiones culturales tradicionales...”, *op.cit.*, p. 19. También en el “Proyecto de análisis de las carencias en la protección de las expresiones culturales

interpretaciones o ejecuciones en directo de canciones y danzas interpretadas o ejecutadas por indígenas, y ulteriormente reproducirlas y publicarlas en DVD y en Internet.

Esto ocurre principalmente por el inconveniente de que la protección a que hace referencia el derecho conexo se confiere al productor, que no necesita ser miembro, y que generalmente no lo es, de la comunidad en cuestión. El productor puede ser un etnomusicólogo, un especialista del folclore o un recopilador¹⁰⁰⁶, que a veces, muestra muy poco respeto o consideración a la comunidad tradicional que ha creado la ECT. Además, en la mayoría de los casos, la comunidad que ha creado la ECT no goza del beneficio económico o del reparto de los beneficios de la explotación, cuando también en muchas situaciones eso ocurre sin la autorización de la comunidad.

Consideremos también la siguiente situación, una productora discográfica envía emisarios a distintas poblaciones, escucha sus canciones y graba a un intérprete del mundo occidental ejecutando esas canciones. Puede hasta decir que la canción proviene de la comunidad tradicional, ¿en qué medida esa concreta interpretación puede ser protegida por un derecho conexo? El intérprete podrá exigir la protección que les dispensan las normas sobre el derecho de autor con relación a su actuación, pero no podrá prohibir que otros músicos interpreten esas mismas piezas musicales¹⁰⁰⁷. Esta interpretación, además de ser una forma de apoderamiento indebido, podría realizarse de tal forma que atentara a la dignidad de la comunidad, si consideramos que muchas de las canciones tradicionales son partes de rituales considerados sagrados por estas comunidades.

tradicionales/expresiones del folclore” se ha debatido que algunas hay muchas “grabaciones etnográficas que contienen material sensible en el que se describe la iniciación de ritos que ha puesto a disposición una institución cultural con fines educativos y comerciales”, sin que las comunidades tengan cualquier derecho de titularidad sobre ellas. **OMPI**. Doc. WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev..., *op.cit.*, Anexo I, p. 22.

¹⁰⁰⁶ Las comunidades locales e indígenas afirman que “no siempre están protegidos debidamente cuando los especialistas del folclore y otros agentes sobre el terreno graban y catalogan por primera vez sus ECT, o cuando se las expone posteriormente y quedan a disposición del público en museos, servicios de archivo y otras colecciones”. **OMPI**. Doc. WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev..., *op.cit.*, Anexo I, p. 22.

¹⁰⁰⁷ ROMÁN PÉREZ, R. “Las expresiones culturales tradicionales...”, *op.cit.*, p. 19.

Por ello, las comunidades tradicionales deben tener sus derechos e intereses garantizados también en virtud de sus leyes y prácticas consuetudinarias, lo que no siempre es protegido debidamente cuando los especialistas del folclore y otros agentes que actúan sobre el terreno graban y catalogan por primera vez sus ECTs, o cuando las exponen posteriormente y quedan a disposición del público¹⁰⁰⁸.

En realidad, por todo lo dicho previamente, tanto las normas de derecho de autor como las normas de los derechos conexos solamente representan una forma de protección indirecta¹⁰⁰⁹ y relativa¹⁰¹⁰ para las expresiones culturales de las comunidades tradicionales, lo que no es suficiente. Hay que considerar que los creadores tradicionales están sometidos a responsabilidades, normas, y reglamentos complejos y dinámicos, mucho más próximos a los derechos de utilización y de gestión, que son comunitarios por naturaleza, que a los “derechos de propiedad”¹⁰¹¹. Por ende, es necesario replantear los conceptos y luego las normas, poniendo en el centro la creación, el ser humano y la cultura como sus objetivos primigenios, y no el hombre y la mujer occidentales, ni la cultura comercializable, sino las manifestaciones culturales de toda la humanidad en su infinita riqueza. Reconocer un derecho sobre determinado CT no quiere decir establecer un monopolio exclusivo en su ejercicio, y mucho menos cuando este ejercicio se concentra en manos de monopolios que actúan en función de los

¹⁰⁰⁸ Algunos ejemplos de estas acciones lesivas del patrimonio cultural tradicional a las comunidades tradicionales son destacadas en el Proyecto de Análisis de carencia en materia de protección de conocimientos tradicionales de la OMPI. Destacamos solamente tres: “1) pinturas, incluido el arte rupestre, realizadas por indígenas han sido reproducidas por personas ajenas a esa comunidad en alfombras, telas, camisetas, trajes y otros accesorios, así como en tarjeta de felicitación, y ulteriormente distribuidas y puestas a la venta. El arte tradicional también se ofrece en línea de papel pintado. Los tatuajes indígenas también se han reproducido y utilizado fuera del contexto tradicional. (...) 2) grabaciones etnográficas que contienen material sensible en el que se describe la iniciación de ritos que se ha puesto a disposición una institución cultural con fines educativos y comerciales. La comunidad no es titular de los derechos sobre las grabaciones y no puede oponerse. (...) 3) se hicieron fotografías de interpretaciones o ejecuciones en directo, canciones y danzas interpretadas o ejecutadas por indígenas, y ulteriormente se reprodujeron y publicaron en CD, casetes, tarjetas postales y en Internet”. OMPI. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “Proyecto de análisis de carencia en materia de protección de conocimientos tradicionales...”, *op.cit.*, pp. 22-23.

¹⁰⁰⁹ OMPI. Doc. WIPO/GTKF/IC/3/10..., *op.cit.* p. 23.

¹⁰¹⁰ ROMÁN PÉREZ, R. “Las expresiones culturales tradicionales...”, *op.cit.*, p. 20.

¹⁰¹¹ OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev..., *op.cit.*, Anexo I, pp. 11-12.

intereses del capital. Por ello, hay que desarrollar herramientas de diferentes naturalezas, fomentando y estableciendo regímenes especiales que buscan lograr resultados diferentes a los hasta ahora obtenidos por las comunidades tradicionales.

Para concluir este punto, puede advertirse que el sistema de valores occidental constituye un sistema de valores válido, pero no el único, ni el único capaz de servir de base para engendrar normas universales, que contengan la respuesta conceptual y jurídica a tan diversas y heterogéneas formas de crear. En la exclusión de las formas expresivas de millones de seres humanos de la protección jurídica supuestamente dedicada a proteger la creación, en la ausencia de fórmulas de protección que se adapten a ello, parece que nos encontramos delante de una manifestación de los viejos conceptos de “civilización” y “dominación”¹⁰¹².

¹⁰¹² ÁLVAREZ NAVARRETE, L. *Derecho de ¿autor? El debate de hoy*. La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 2006, p. 47.

CAPÍTULO V

PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES: ELEMENTOS PARA EL DESARROLLO DE UN SISTEMA DE PROTECCIÓN *SUI GENERIS*

I. INTRODUCCIÓN

Como se ha demostrado a lo largo de este trabajo, tanto en el ámbito nacional como en el ámbito internacional, se reconoce la necesidad de proteger los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades tradicionales especialmente por su valor potencial y real para la utilización comercial e industrial, primordialmente para las empresas farmacéuticas¹⁰¹³. No obstante, pese a ese reconocimiento no se ha llegado hasta ahora a un acuerdo sobre cual es el mejor sistema de protección. De los debates sobre la materia se han despuntado dos visiones antagónicas: la primera, defendida por algunos países, especialmente por los países desarrollados, que pretende proteger los CTs por vía de los DPI vigentes, sin ninguna alteración significativa en sus conceptos centrales; y, la segunda, defendida especialmente por los países en desarrollo y

¹⁰¹³ Esta importancia ya la hemos demostrado en el capítulo segundo, pero no está demás recordar que el valor actual del mercado mundial de plantas medicinales derivados de las “pistas” de las comunidades tradicionales se estima en 43 billones de dólares. NIJAR, G. S. “Incorporating traditional knowledge in an international regime on access to genetic resources and benefit sharing: problems and prospects”, en *European Journal of International Law*, vol. 21, issue 2, may 2010.

por las propias comunidades tradicionales, a la cual nos afiliamos, que defienden la creación de un sistema *sui generis* totalmente distinto del sistema de PI, más específicamente de los sistemas de patentes y derechos de autor, tanto desde el punto de vista conceptual como valorativo.

En otras palabras, se defiende la creación de un sistema que reconozca y respete el carácter colectivo e intergeneracional de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales. Tal posición parte de la constatación, como hemos demostrado en los capítulos tercero y cuarto, de que las normas del sistema de patentes y del derecho de autor son insuficientes e inadecuadas para proteger los conocimientos generados colectiva e intergeneracionalmente; para preservar la cultura y la identidad de las comunidades tradicionales; para evitar la expropiación de los recursos de las comunidades tradicionales; y, para distribuir justa y equitativamente los beneficios derivados de la utilización de los CTs. En realidad, la utilización del sistema de PI se ha mostrado contrario a los intereses social, cultural, espiritual y económico de las comunidades locales e indígenas¹⁰¹⁴.

Por ello, en este capítulo intentaremos “diseñar” una “propuesta” de un sistema de protección *sui generis* para los derechos intelectuales colectivos de las comunidades tradicionales sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas que garantice, por encima de todo, la supervivencia de sus sistemas de creación y desarrollo de sus conocimientos, lo que significa a su vez la supervivencia de las comunidades mismas. Sistema de conocimientos que si bien comparte algunas características con los métodos de la ciencia moderna, tiene particularidades que lo convierten en una fuente viva de conocimiento social y cultural.

El argumento central que defendemos consiste en que al reclamar protección jurídica eficaz sobre los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales se persigue esgrimir argumentos de justicia y equidad para con las comunidades tradicionales que los han creado, preservado y desarrollado.

Por fin, debe aclararse que en este capítulo, dónde estaremos analizando algunos elementos para la construcción de un régimen *sui generis*, vamos a

¹⁰¹⁴ Los titulares de los CTs reivindican: 1) ser identificados como autores o inventores de sus conocimientos; 2) controlar el acceso a sus conocimientos; 3) ser indemnizados por el uso de sus conocimientos; 4) preservar su identidad cultural; y, 5) preservar la estructura organizativa que permite la continua producción, uso y conservación de sus conocimientos. BRAHY, N. *The property regime of biodiversity...*, *op.cit.*, p. 312.

utilizar el término “conocimiento tradicional” en sentido amplio, es decir, incluyendo en él los CTs de naturaleza técnica o CTs en sentido estricto y las expresiones culturales tradicionales.

II. SISTEMAS JURÍDICOS DIVERSOS PARA CONOCIMIENTOS DIVERSOS

En los capítulos precedentes, especialmente en los capítulos tercero y cuarto, hemos planteado que la protección de los conocimientos, de las innovaciones y de las prácticas tradicionales, creados y desarrollados en contextos distintos de los conocimientos y de las creaciones intelectuales occidentales, por vía de los DPI vigente, especialmente los sistemas de patentes y derechos de autor, chocan con los intereses, las prácticas y el derecho consuetudinario de las comunidades tradicionales.

Los actores de la sociedad moderna (grandes empresas multinacionales, entre ellas las farmacéuticas, institutos de investigación, universidades, empresas de cosméticos, entre otros) que utilizan los conocimientos de las comunidades tradicionales se mueven en un ambiente de mercado definido por la propiedad privada individual y por la motivación de lucro que (se) proyectan, en lo referente al conocimiento, en un sistema de DPI que otorga derechos exclusivos (monopolio) para la explotación comercial de las creaciones e invenciones.

Incluso tanto las instituciones como los institutos de investigación y las universidades que no persiguen en principio el beneficio económico en sí, sino el avance del conocimiento, por lo cual la retribución buscada es el reconocimiento, no la ganancia, presenta un lazo indirecto con las instituciones de mercado que utilizan los conocimientos con interés comercial, especialmente porque muchos investigadores tienen contratos con la industria, lo que les posibilita su actividad investigadora; así que en la mayoría de los casos no se tiene claro en qué circunstancias las investigaciones son para fines meramente académicos o para fines comerciales. Lo que significa que, de una forma general, con algunas excepciones, tanto las instituciones de mercado (empresas) como las

instituciones de investigación buscan los beneficios económicos oriundos de sus presupuestos de investigación.¹⁰¹⁵

En contraste con este contexto, el ambiente institucional de las comunidades tradicionales, en especial las comunidades indígenas, además de no perseguir las ganancias por la explotación de sus conocimientos¹⁰¹⁶ está definido por el derecho colectivo, que se expresa en su disposición a compartir, guiadas por principios de reciprocidad dentro de una visión holística del mundo y de la vida.

Los **CTs**, en esa visión holística, tienen cuatro **características** únicas. Los CTs están **entrelazados** entre sí. Los elementos espirituales y prácticos de los CTs están entrelazados y son, por tanto, inseparables (es en este sentido que cada elemento de los CTs sirve como factor inherente de identificación cultural de sus titulares). Es constatable que los componentes tangibles o materiales (territorios y recursos naturales) e intangibles (conocimientos, innovaciones y prácticas) de las comunidades tradicionales están íntimamente relacionados por una combinación de elementos, y no hay como disociar el conocimiento y la protección a los CTs de un sistema jurídico que efectivamente proteja los derechos territoriales, culturales y espirituales de esas comunidades¹⁰¹⁷. Es decir,

¹⁰¹⁵ Como destaca NIJAR, a menudo, las investigaciones con fines no comerciales abre nuevas oportunidades comerciales y se aprovecha con fines comerciales. NIJAR, G. S. "Incorporating traditional knowledge in an international regime on access to genetic resources...", *op.cit.*

¹⁰¹⁶ "Especialmente entre los pueblos y las comunidades indígenas, el peso que tienen la cultura, religión, ética y espiritualidad son particularmente relevantes y muchas veces escapan de la consideración de sectores 'no indígenas'. En ese sentido, la protección del CT plantea un reto adicional en la medida que es necesario tomar en cuenta estos elementos dentro del proceso político normativo, tradicionalmente y por lo general, extraño y poco receptivo de estos aspectos. En todo caso, es **claro que políticas y eventuales normas de protección de los CT no pueden centrarse exclusivamente en las cuestiones económicas y comerciales** sino que asimismo deben considerar estos temas" (negritas nuestras). RUIZ MULLER, M. La protección jurídica de los conocimientos tradicionales..., *op.cit.*, pp. 217-218. Además, como añade SANTILLI, "la simple transformación de los conocimientos tradicionales en mercancías o commodities, a ser negociados en el mercado, presenta la subversión de la lógica que preside la propia producción de esos conocimientos". SANTILLI, J. "Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime *sui generis* de proteção", en PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Orgs.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte, Del Rey, 2004, pp. 341-369, p. 356.

¹⁰¹⁷ Una breve fábula puede ayudarnos a demostrar la naturaleza compleja de los conocimientos tradicionales. "Imaginemos que un miembro de una tribu amazónica no se siente bien y solicita los servicios médicos del chamán. El chamán, luego de examinar al paciente, va a su jardín (muchos chamanes de la selva tropical amazónica cultivan sus propias plantas) y recoge algunas semillas y frutas de diferentes plantas. Mezcla esos ingredientes de acuerdo a un método que sólo él conoce y prepara una pócima de acuerdo a una receta solamente conocida por él. Mientras prepara la pócima, y posteriormente, mientras se la da al paciente (en una dosis también prescrita por él), el

los CTs no son la simple suma de sus distintos componentes; los CTs son más que eso. Son la combinación sistemática y coherente de sus elementos para formar una unidad indivisible de conocimientos y cultura. Para el chamán, por ejemplo, el mérito de la curación radica en la combinación del extracto con los rituales religiosos, y no en la pócima por sí sola.

Los CTs son **dinámicos**. Por el hecho de ser creados en respuesta a un medio cambiante, los CTs están en constante evolución y se perfeccionan progresivamente en el tiempo.

Los CTs son aún **complejos**. Los CTs abarcan diferentes campos, en la esfera de las expresiones culturales y en el ámbito técnico. Como se ha demostrado en este trabajo, diferentes saberes son producidos por las comunidades tradicionales de acuerdo con los diferentes hábitat que las envuelven. Nos es difícil, entonces, imaginar la enorme cantidad de conocimientos nacidos de las diferentes prácticas de las comunidades locales e indígenas. Es la enorme diversidad social y cultural que envuelve el globo terrestre. Diversidad social intrínsecamente relacionada a la diversidad biológica que, a su vez, es, sin duda, la esencia de los sistemas de los CTs, debido precisamente a que está muy estrechamente relacionada con la identidad cultural de las diversas comunidades. Por ello, hay que reconocer que, incluso en plena era de la cultura de masas, de la globalización económica y tendente homogenización de los patrones (políticos, institucionales, morales, estéticos), centenares de conocimientos y saberes surgen en el seno de sociedades no insertas en el contexto occidental de producción científica.

Y, finalmente, son **creados dentro de un contexto con normas y prácticas consuetudinarias**. Es decir, el proceso de creación de los CTs que suele aparentar un carácter menos formal y que aparentemente no conlleva necesariamente un procedimiento sistemático y formal no se constituye en la

chamán reza a los dioses de la jungla e interpreta una danza religiosa. También es posible que inhale el humo de las hojas de una planta mágica ("la vid del alma"). La pócima se sirve y se guarda en un recipiente con dibujos simbólicos y el chamán viste su atuendo ceremonial para proceder a la curación. En ciertas culturas, el chamán no se considera un curandero sino el instrumento a través del cual los dioses curan al paciente". OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/3/8. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. "elementos de un sistema sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales", 29 de marzo de 2002, p. 11. Disponible en <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_3/wipo_grtkf_ic_3_8.pdf>. Consultada el 06 de mayo de 2011.

práctica. En realidad, cuando se tiene un mayor conocimiento de los contextos culturales y de las normas que rigen la creación de esos conocimientos, se percibe que el proceso de creación de los CTs presenta naturaleza sistemática. De hecho, los CTs tienen sus propias especificidades, en especial en lo que se refiere a su producción, transmisión y titularidad.

Ahora bien, si no hay concordancia entre los fundamentos de las creaciones de los sistemas occidentales y las de los sistemas tradicionales de producción, tampoco podrá haber concordancia en los sistemas de protección de las creaciones de esos sistemas. Por ello, la cuestión entonces es determinar cuál es el mejor sistema para proteger los conocimientos, las innovaciones y las prácticas tradicionales.

Con relación a este punto, cabe apreciar como ni el CDB y ni los instrumentos de la Comunidad Andina de las Naciones hacen referencia a los instrumentos necesarios para una efectiva protección de los CTs, ni en forma de PI, ni de ningún otro tipo. Tampoco en el marco de la OMPI o de la OMC se han señalado específicamente los instrumentos jurídicos que deben ser utilizados para esta protección, de modo que los Estados miembros se encuentran en libertad para decidir los instrumentos de protección que mejor se adapten a la consecución de los objetivos que hayan definido en relación con la protección de esos conocimientos.

No obstante, a pesar de no haber instrumentos específicos, de las discusiones llevadas a cabo en los foros arriba mencionados, especialmente en el ámbito de la OMPI y de la OMC, parece deducirse que hay un entendimiento generalizado de que los CTs deben ser protegidos por los diferentes sistemas de DPI¹⁰¹⁸, como señalamos en el capítulo segundo. A ello se añade que países desarrollados con peso en el mercado como Estados Unidos, Japón y Australia también defienden la protección de los CTs por vía del sistema de PI.

Los defensores de la protección a través de los DPI afirman que este sistema aumentará el respeto y la atención hacia los CTs, tanto dentro como fuera

¹⁰¹⁸ Como patentes, derecho de autor y derechos conexos, modelos de utilidad, protección de las obtenciones vegetales, competencia desleal, secretos comerciales, diseños industriales, marcas de fábrica o de comercio y marcas de certificación e indicaciones geográficas. Recordemos que la competencia desleal se encuadra sistemáticamente en la llamada propiedad industrial en el art. 10 del Convenio de la Unión de París, de 1883.

de las comunidades tradicionales. Asimismo, consideran que así se logra no sólo su protección, sino también su promoción en la medida en que se estiman que *“esto hará que el aprendizaje y el desarrollo de estos conocimientos sean más atractivos para las generaciones más jóvenes de esas comunidades, y, por consiguiente, se preservará su existencia. La posibilidad de obtener retribuciones económicas por el uso de estos conocimientos por parte de terceros, constituye un incentivo adicional para los miembros de la comunidad para respetar sus conocimientos y seguir fomentando actividades en las cuales éstos son utilizados y generados”*.¹⁰¹⁹

Como una especie de concesión, algunos países expresan la posibilidad de complementar y/o adaptar los instrumentos y herramientas de la PI ya existentes en diferentes normas. Esto podría significar, por ejemplo, plantear ajustes en el sistema de patentes para incluir consideraciones sobre la protección de los CTs.

Por lo anterior, parece claro que la tendencia es incluso intentar proteger los CTs dentro de los mecanismos ya existentes de PI, con la sola inclusión de algunas medidas nuevas, sin ninguna alteración significativa en sus presupuestos conceptuales¹⁰²⁰. Al respecto podemos avanzar que introducir ciertas modificaciones en el sistema de PI vigente para proteger los CTs, dando origen a un mecanismo ligeramente diferente del sistema actual, tampoco es efectivamente la mejor solución, ni para las grandes multinacionales de los países desarrollados, ni para los titulares de los CTs.

A pesar de esta defensa por parte de algunos países, algunas preguntas incómodas deben ser planteadas: ¿Es compatible el sistema de PI con los valores e intereses de las comunidades tradicionales? o ¿Se dará prioridad a los derechos individuales por encima de los derechos colectivos de las comunidades sobre sus conocimientos? ¿Pueden los DPI consolidar la identidad cultural de las comunidades indígenas y locales, y ofrecerles la oportunidad de dar su opinión en cuanto a la cuestión y el uso de sus CTs? ¿Qué forma de protección se necesita para proteger y salvaguardar los intereses de las comunidades tradicionales en relación a sus conocimientos?

¹⁰¹⁹ The Crucible II Group. *Seeding solutions. Options for national laws governing control over genetic resources and biological innovations*. Vol. 2, Ottawa, IDRC, IPGRI and the Dag Hammarskjöld Foundation, 2001, p. 10.

¹⁰²⁰ RÊGO, P. A. *Biodiversidade e repartição de benefícios...*, *op.cit.*, p.156.

Intentando responder a estas y otras preguntas, otros países han llegado a la conclusión de que el sistema de PI no es suficiente y adecuado para proteger los CTs y defienden la protección a través de un sistema *sui generis*¹⁰²¹. Argumentan que el sistema de PI es inadecuado para proteger los CTs, dado que estos conocimientos tienen características y especificidades muy distintas de las creaciones intelectuales occidentales, con principios de creación, preservación y transmisión propios de las comunidades tradicionales¹⁰²², como demostramos previamente.

En este punto, cabe agregar, que la divergencia de opinión refleja también las posiciones económicas y sociales de los distintos países. Países desarrollados como Estados Unidos, Australia, Suiza y Japón (donde empresas con sede en estos países obtienen millones de ganancias provenientes de la explotación de conocimientos pertenecientes a las comunidades tradicionales que habitan en los países en desarrollo) obviamente defienden la utilización del sistema de PI para la protección de los CTs; en cuanto países en desarrollo como Brasil, India, Venezuela, Indonesia, Colombia, Malasia, Zimbabwe, Bangladesh, Perú, entre otros, defienden la protección de los CTs mediante un sistema *Sui Generis*¹⁰²³.

Asimismo, las comunidades tradicionales, a través de organizaciones no gubernamentales y por algún país en desarrollo, poseedores de la mayor parte de los recursos genéticos mundiales, también defienden el desarrollo de un sistema

¹⁰²¹ Comunicaciones de Brasil, Venezuela, India, Indonesia, Bolivia, Colombia, Ecuador, Nicaragua, Perú, Tailandia. OMC. Doc. IP/C/W/370/Rev.1..., *op.cit.*, p. 19.

¹⁰²² “Los DPI, como instrumentos jurídicos, pueden ser adecuados y eficientes bajo ciertas circunstancias, pero inadecuados o poco efectivos en otras. Por ejemplo, el reconocimiento o establecimiento de nuevos tipos de DPI sobre los CT puede reducir el uso de tales conocimientos, en vez de promocionarlos (por ejemplo, en medicinas o en el intercambio de materiales de los agricultores) y los que elaboran las políticas deben buscar un equilibrio entre los beneficios esperados y los costes de estas limitaciones. Otro problema para quienes se oponen al uso de DPI para la protección de los CT, es la incompatibilidad esencial entre los conceptos occidentales de los DPI y las prácticas y las culturas de las comunidades locales e indígenas. Por consiguiente, puesto que diversos objetivos (tales como equidad, conservación, prevención contra la apropiación indebida de los CT, etc.) pueden perseguirse a través de la ‘protección’ de los CT, la cuestión está en entender en qué medida formas particulares de DPI pueden ser adecuadas o no para alcanzar dichos objetivos”. CORREA, C. M. *Traditional knowledge...*, *op.cit.*, p. 02.

¹⁰²³ OMC. Doc. IP/C/W/370/Rev.1it..., *op.cit.*, p. 16. “Se resume la dicotomía, por lo tanto, como existiendo un debate entre la protección individualista de la información en cuanto fragmentación del conocimiento colectivo transformada en propiedad privada, reflejada en el instituto de patente, en contraposición a la dimensión colectiva, de interés común de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y otras poblaciones tradicionales”. LIMA, A.; BAPTISTA, F. M.; BENSUSAN, N. “Direitos intelectuais coletivos...”, *op.cit.*, p. 207.

sui generis para proteger sus conocimientos, innovaciones y prácticas¹⁰²⁴. Tal posicionamiento parte de la constatación de que dentro del sistema de PI vigente no hay espacio para la protección de los CTs por sus especificidades y características, especialmente el sistema de patentes y el derecho de autor definidos por el ADPIC¹⁰²⁵. En las normas del sistema de protección de la PI que se han desarrollado en la sociedad moderna no hay el suficiente espacio para dar cabida a un conocimiento que es producido en condiciones particulares y que significa para sus generadores la relación estrecha que tienen con la naturaleza, al tiempo que constituye uno de los componentes que garantiza su supervivencia como comunidad. Por ello, las comunidades tradicionales expresan que sus intereses no se coordinan con la protección conferida por los DPI, incluso en los casos en que intenten modificar el actual sistema para satisfacer a las necesidades de las comunidades tradicionales¹⁰²⁶.

Es constatable que la “propiedad intelectual” tiene que ver con los derechos de propiedad sobre creaciones de la mente, como invenciones, dibujos y modelos industriales, obras literarias y artísticas, símbolos, y nombres e imágenes que presentan determinados requisitos exigidos legalmente y, por ello, no pueden proteger todas las formas de creaciones y expresiones tradicionales. Nótese, por tanto, que si tenemos en cuenta esos requisitos, muchas formas que se consideran CT, como las creencias espirituales, los idiomas, los restos humanos,

¹⁰²⁴ A título de ejemplo podemos destacar que un grupo de representantes de los pueblos indígenas en los países andinos plantea la necesidad del desarrollo de un sistema *sui generis* para la “protección de los los conocimientos tradicionales colectivos e integrales de los pueblos indígenas”. CRUZ, R. *et. al. Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena*, p. 06. Disponible en <http://www.comunidadandina.org/public/libro_perspectiva_indigena.pdf>. Consultada el 06 de mayo de 2011.

¹⁰²⁵ SANTILLI, J. “Conhecimentos tradicionais associados...”, *op.cit.*, p. 357 y ss. **OMPI**. “Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de Propiedad Intelectual...”, *op.cit.*, p. 240. Además, “el introducir en el concepto de derechos de propiedad intelectual a la biodiversidad produciría impactos negativos en las comunidades que dependen de ella para su supervivencia. Adicionalmente, si una comunidad negocia con una empresa sus conocimientos ligados a la biodiversidad, en realidad está vendiendo su derecho a sobrevivir en un hábitat determinado”. BRAVO, E. “Etnobotánica, Derechos de Propiedad Intelectual...”, *op.cit.*, p. 131.

¹⁰²⁶ Esta posición queda clara en el habla de un participante de las misiones exploratorias de la OMPI realizada en una mesa redonda en Australia: “no se puede intentar modificar las legislaciones occidentales para satisfacer todas las necesidades de las poblaciones indígenas. Cualquier intento estará condenado al fracaso, porque el sistema de propiedad intelectual y las necesidades de las poblaciones indígenas son muy diferentes”. BRAVO, E. “Etnobotánica, Derechos de Propiedad Intelectual...”, *op.cit.*, pp. 74-75.

los recursos biológicos y genéticos en su estado natural, de entre muchos otros, difícilmente pueden ser objeto de protección vía los “derechos de propiedad intelectual”, como ya demostramos en los capítulos tercero y cuarto. Esto significa que existe la necesidad de crear nuevos instrumentos y herramientas, con objetivos y principios nuevos, e incluirlos en normas legales que logren desarrollar un mecanismo jurídico ajustado a las necesidades propias de las comunidades tradicionales y a las características propias de sus conocimientos, innovaciones y prácticas.

Cabe añadir a este debate que no es posible que en un sistema de protección sólo sean protegidos los conocimientos que, en su mayoría, están directamente relacionados con la utilización comercial o industrial dejando sin protección algunos conocimientos que no tienen estas aplicaciones directas. O sea, no es posible aceptar un sistema que no es capaz de proteger plenamente todas las formas de CTs, en especial su naturaleza integral, su creación y desarrollo colectivo y su transmisión y preservación oral.

Además, incluso en el caso de que aceptásemos solamente la protección de aquellos conocimientos que pueden ser objeto de protección por medio del sistema de PI, es necesario advertir que estos derechos no sólo tienen que ser adquiridos mediante un proceso que es difícil, largo y costoso, sino que tienen que ser defendidos. Igualmente, adquirir y defender los DPI requieren acceso a la información, asesoramiento jurídico y recursos financieros y todo ello está fuera del alcance de la mayoría de las comunidades tradicionales, como ya señalamos en el capítulo tercero.

Obviamente, por constituir manifestaciones de la creatividad intelectual, los CTs merecen ser protegidos, al igual que las producciones intelectuales occidentales. No obstante, esta protección no puede ser la misma que ofrece el sistema de PI, más específicamente el sistema de patentes o el derecho de autor, analizados en este trabajo, puesto que, como ya se ha señalado, no son capaces de proteger los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades locales e indígenas por sus características peculiares, por la sistemática de sus creaciones y por la naturaleza jurídica de los derechos sobre los mismos. Nada más correcto, entonces, que buscar la necesaria diversidad legal para la protección efectiva de los CTs.

Por ello, es urgente el planteamiento de la cuestión de la ineficacia del sistema de PI para proteger los CTs dado que, como ya se ha señalado en el capítulo primero, los derechos sobre los mismos tienen naturaleza jurídica de derechos intelectuales colectivos distintos, por tanto, de los derechos del sistema internacional de PI, que protege invenciones individualizadas.

Puede advertirse aún que no se pretende en este trabajo criticar el sistema de PI internacionalmente aceptado, más específicamente los sistemas de patentes y derecho de autor, sino demostrar que los mismos, en la forma en que están constituidos, por los más diversos acuerdos, en especial por el ADPIC, son inadecuados para la efectiva protección de los CTs. La protección establecida por este Acuerdo y por las prácticas de los diferentes países es incapaz de respetar todas las peculiaridades inherentes a las formas especiales de producción, transmisión y preservación de los conocimientos colectivos de las comunidades tradicionales.

Por ende, nuevos conceptos y nuevos paradigmas necesitan nuevas estructuras que vengán a acomodarlos. Cuando surgen nuevos institutos jurídicos, con nuevas características y naturaleza jurídica diversa de los institutos protegidos por el derecho positivo vigente, se hace necesaria la confección de un nuevo derecho¹⁰²⁷. Sistema jurídico diverso que respete la naturaleza holística de los conocimientos producidos por las comunidades locales e indígenas, en su contexto ambiental, cultural, espiritual y económico. Así se construye el Derecho que como ciencia social aplicada, que es llamado a proteger los bienes de la vida.

¹⁰²⁷ Nueva "situación social, en la que se producen nuevas relaciones sociales, produce (o debe producir) unas nuevas situaciones y posiciones jurídicas, nuevos derechos e intereses. El derecho como instrumento de ordenación jurídica de las relaciones sociales, debe adaptarse a esa nueva realidad y asumir una configuración y cometido nuevos". GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P.; CAVIEDES, H. de. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales...*, op.cit., p. 67.

III. SIGNIFICADO DEL TÉRMINO “PROTECCIÓN” EN RELACIÓN CON LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

1. Protección y salvaguarda de los conocimientos tradicionales

La primera medida a ser considerada con relación a la protección de los CTs es definir lo que se entiende por el término “protección”. Los CTs pueden ser objeto de “protección” de dos formas. Simplemente proteger los CTs contra la utilización no autorizada y la utilización indebida¹⁰²⁸. O se puede proteger desarrollando instrumentos que contemplan varios aspectos de la protección que responden a reivindicaciones en cuanto a la necesidad de adoptar un enfoque holístico para dicha protección. En este sentido, en el segundo enfoque, proteger los CTs significa que más que evitar la piratería, la utilización indebida o no autorizada, significa buscar la “*preservación*” y la “*promoción*” de ese patrimonio, así como la “*reglamentación de la adquisición*” de esos conocimientos.

La realidad ha demostrado que las comunidades tradicionales necesitan que la protección para sus conocimientos, innovaciones y prácticas tengan el sentido del segundo enfoque. Por ello, el término “protección” en relación con los CTs significa, más allá de proteger los CTs contra la utilización no autorizada y la utilización indebida, la preservación del patrimonio cultural tradicional que se refiere generalmente a la salvaguarda contra la pérdida, la identificación, la catalogación, la grabación, la transmisión, la revitalización y la promoción del patrimonio cultural tangible o intangible para garantizar su mantenimiento y viabilidad¹⁰²⁹; además de crear mecanismos para reglamentar el acceso y/o el uso de los CTs y para respaldar los sistemas de creación, generación y transmisión de

¹⁰²⁸ La OMPI, por ejemplo, centra su labor en la protección de los CTs “*desde un punto de vista jurídico, es decir, la protección contra formas de utilización ilegítima y de apropiación indebida contempladas por lo general en el sistema de protección de la PI*”. OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/11/5(c)..., *op.cit.*, p. 06.

¹⁰²⁹ OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/13/4(b)..., *op.cit.*, p. 07.

los conocimientos, habilidades, innovaciones y prácticas tradicionales, es decir, salvaguardar las estructuras sociales, económicas, políticas e espirituales de las comunidades que crean y desarrollan esos conocimientos.

Esto es especialmente importante porque, como demostramos en el capítulo primero, hay un creciente riesgo de extinción del acervo de los conocimientos de las comunidades tradicionales. A vista de ello, la sociedad enfrenta el reto de encontrar la forma en que se pueden proteger estos conocimientos e incentivar la generación, utilización y transmisión de los mismos, al tiempo que se previene su extinción y privatización. La magnitud del reto consiste en que la pérdida del sistema de CTs pondría en grave riesgo de extinción a las propias comunidades que los han creado y desarrollado.

Por ello, además de la protección, la salvaguardia de los CTs es indispensable para promover el desarrollo, el mantenimiento y la difusión de esos conocimientos, innovaciones y prácticas, tanto dentro como fuera de un país. Asimismo, resulta más viable plantear y concebir la idea de un sistema integral que permita proteger y resguardar todos los CTs en todas sus dimensiones y manifestaciones. Así que la protección complementa la salvaguardia dentro de un marco político y jurídico más amplio. Es decir, en esta dirección proteger los CTs significa adoptar medidas más allá de protegerlos contra la utilización ilícita o indebida, salvaguardarlos a través de medidas que promuevan el enriquecimiento de esos conocimientos.

Cabe agregar que muchas organizaciones, incluso las propias comunidades tradicionales, reclaman, además de la protección y la salvaguardia, la educación, el respeto y el reconocimiento de los derechos colectivos sobre los CTs. Igualmente, las comunidades tradicionales buscan el reconocimiento de su cultura, de sus derechos consuetudinarios, de sus formas particulares de autonomía y de organización social¹⁰³⁰.

A partir de ahí, las opciones pueden ser las siguientes: otorgar derechos exclusivos a los poseedores de los CTs que les conceden grados de control y autonomía para que decidan sobre el acceso y uso de los mismos; compensar (económicamente o de otras formas, conforme sea el caso y la preferencia de la

¹⁰³⁰ GROS, C. *Políticas de la etnicidad: identidad, Estado y modernidad*. Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología y Historia, 2000, pp. 188-189.

comunidad) a los titulares de los CTs por el uso de los mismos y garantizar una justa y equitativa distribución de beneficios; mantener y conservar los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades tradicionales a lo largo del tiempo; preservar el contexto tradicional en el cual los CTs son creados y desarrollados; respetar y fortalecer las normas y prácticas consuetudinarias de las comunidades tradicionales; y, reconocer formalmente la contribución intelectual de las comunidades tradicionales para el desarrollo de la biodiversidad, de la cultura, de la ciencia y de la tecnología.

Siguiendo esta premisa, en este trabajo utilizamos el término “protección” como el señalado por la UNESCO, en la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, de 2005, a la que hicimos referencia en el capítulo segundo. La Convención señala que el término “protección” *“significa la adopción de medidas encaminadas a la preservación, salvaguardia y enriquecimiento de la diversidad de las expresiones culturales”* (art. 4.7), además, obviamente, de establecer mecanismos para resguardar los CTs de la utilización indebida e ilícita. Por esta razón algunos expertos, a diferencia del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la OMPI, que centran sus trabajos solamente en la protección frente al uso no autorizado y ilícito o la distribución de los beneficios, y, por tanto, restringe el alcance de la protección de esos conocimientos¹⁰³¹, prefieren, con razón, hablar más de “*salvaguardia*” que de protección de los CTs¹⁰³², en especial cuando se va a analizar su tutela bajo un sistema *sui generis*.

No obstante, el término “protección” está profundamente difundido para ser sustituido, así que vamos utilizar el término “protección” pero con significado

¹⁰³¹ “Aunque los instrumentos y los programas destinados a la preservación y el fomento de las ECT como tales son valiosos y complementan la protección de las mismas, esa preservación y ese fomento no están en el centro de la labor del CIG. (...) 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 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)”. OMPI. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “Proyecto de análisis de las carencias en materia de los conocimientos tradicionales...”, *op.cit.*, p. 08.

¹⁰³² ANTEQUERA PARILLI, R. “La tutela del folclore...”, *op.cit.*, p. 521.

amplio. Es decir, **el término “protección”, en el ámbito de este trabajo, significa la necesidad de adopción de medidas encaminadas a la preservación y a la salvaguardia de los CTs, así como establecimiento e mecanismos que protejan esos conocimientos de la utilización no autorizada o de la utilización indebida con fines de denigración u ofensa de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales.**

2. Protección positiva y protección preventiva

De hecho, las comunidades indígenas y locales han reclamado la elaboración de mecanismos legales efectivos para proteger y cumplir sus derechos al uso, transmisión y promoción de su patrimonio cultural, y, por encima de todo, reconocer sus derechos intelectuales colectivos, lo que obviamente no puede desarrollarse ni implementarse a corto plazo. Pero es necesario empezar¹⁰³³.

Debe tenerse presente de todos modos que para garantizar los derechos intelectuales colectivos de los conocimientos de las comunidades tradicionales se debe realizar una combinación múltiple de acciones entre las cuales se distinguen algunas estrategias prioritarias, como fortalecer la reafirmación de la identidad y de la cultura de cada comunidad tradicional; adoptar medidas preventivas contra

¹⁰³³ SIMPSON reseña diferentes encuentros de comunidades indígenas celebrados desde comienzos de los noventas, en los cuales se han producido declaraciones relativas a la protección y manejo de la propiedad cultural e intelectual indígena. Las principales declaraciones son: Conclusiones y recomendaciones sobre pueblos indígenas y medio ambiente, de la Conferencia Técnica de las UN sobre la Experiencia Práctica en la Realización de un Auto desarrollo Sustentable y Ambientalmente Sano de los Pueblos Indígenas, Santiago, 1992; Carta de los Pueblos Indígenas – Tribales de los Bosques Tropicales (CITP) de 1992; Declaran la voluntad de compartir beneficios del conocimiento y el patrimonio cultural con otros, previo e informado consentimiento; Declaración de Mataatua sobre los Derechos de Propiedad Cultural e Intelectual de los Pueblos Indígenas, 1993. En ella piden moratoria de la comercialización hasta tanto las comunidades indígenas hayan desarrollado medidas apropiadas de protección. Reunión Regional COICA/DNUP, recoge el rechazo a las leyes de propiedad intelectual como mecanismos adecuados o apropiados para la protección de su conocimiento y patrimonio cultural, porque significa la legitimación de la malversación del conocimiento y de los recursos de los pueblos indígenas con propósitos comerciales. A la vez reflejan una concepción y práctica que es colonialista (apropiación de los recursos), racista (disminuye y minimiza el valor de los sistemas de conocimiento) y usurpatoria (práctica de robo). SIMPSON, T. *Patrimonio indígena y autodeterminación*. Gaia, 1997, pp. 43-48.

usos vejatorios, despreciativos, cultural y espiritualmente ofensivos a los CTs; preservar las prácticas y costumbres tradicionales; garantizar protección contra el uso indebido o no autorizado; salvaguardar el patrimonio cultural e inmaterial; fortalecer la garantía a la seguridad alimentaria; impedir la concesión de derechos de DPI sobre los CTs; apoyar y fortalecer a los ancianos y a los “médicos” tradicionales como los verdaderos detenedores de la cultura¹⁰³⁴.

Para garantizar los derechos intelectuales colectivos de las comunidades tradicionales no es suficiente una protección preventiva, sino también que es protección sea positiva. Como instrumento que busca impedir que un tercero ejerza ilícitamente los DPI puede ser que la protección exclusivamente preventiva sea valiosa y eficaz, sin embargo no impide que otros utilicen o exploten los CTs. De ahí que la protección preventiva necesite de alguna forma la protección positiva para impedir el uso no autorizado¹⁰³⁵. La protección preventiva, por ejemplo, puede disuadir a otros de patentar los CTs, pero puede también hacer que el conocimiento sea más accesible y ponerlo en dominio público, lo que paradójicamente puede facilitar a un tercero el uso del conocimiento contra los deseos de los titulares de esos conocimientos.

Por ello, un sistema eficaz de protección para los CTs es necesario que contemple tanto la protección preventiva como la protección positiva. La protección preventiva, de carácter defensivo, constituyense en medidas que objetivan evitar que terceros se apropien de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales sin el consentimiento fundamentado previo de las comunidades tradicionales. La protección positiva, a su vez, significa el establecimiento de derechos positivos sobre los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales que permitan a las comunidades tradicionales ejercer acciones concretas y eficaces contra quienes los utilizan indebidamente.

En conclusión, un **sistema** que busque ser **eficaz** en la **protección** de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, que logre responder satisfactoriamente a las necesidades y expectativas de las comunidades tradicionales, **debe considerar tanto la protección positiva como la**

¹⁰³⁴ POMBO, D.; VÁSQUEZ, L. “Derechos de los agricultores en el marco de la discusión sobre recursos filogenéticos”, en BRAVO, E. (Ed.). *Acción ecológica, biodiversidad y derechos de los pueblos*. Quito, Ecuador, Amazonia por la Vida, 1996, pp. 208-209.

¹⁰³⁵ BRAHY, N. *The property regime of biodiversity...*, *op.cit.*, p. 324.

protección preventiva, como dos caras de la misma moneda. Y esto nos reconducirá más bien a un sistema “*sui generis*” de protección de los CTs totalmente nuevo y no a una mera adaptación del sistema de PI o construcción de un sistema de PI *sui generis* para proteger los CTs.

IV. DISEÑO DE UNA PROTECCIÓN *SUI GENERIS* PARA LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

1. Planteamiento del tema

Aunque las leyes existentes desempeñan un papel importante en el fomento de la invención y la asignación de derechos de propiedad a los productos innovadores, como ya señalamos, no proporcionan suficiente protección jurídica a los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales¹⁰³⁶, por el hecho de que los CTs poseen características que no encajan en ciertas nociones aceptadas por el sistema de PI¹⁰³⁷.

Basados en esta constatación, algunos países han adaptado sus sistemas de PI en vigor con el objetivo de atender a las necesidades y expectativas de los titulares de los CTs¹⁰³⁸. Nótese que en estos casos no se trata de un sistema *sui*

¹⁰³⁶ Para JACOBY, la legislación actual ofrece pocas esperanzas de establecer un mecanismo viable de protección a los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales. JACOBY, C. D.; WEISS. C. “Recognizing Property Rights...”, *op.cit.*, p. 11.

¹⁰³⁷ KURUK señala que estas nociones están relacionadas con la propiedad, la originalidad, la duración, la fijación y la naturaleza inventiva del conocimiento. KURUK, P. “Goading a reluctant dinosaur...”, *op.cit.*, p. 08.

¹⁰³⁸ KRUMENACHER, T. J. “Protection for indigenous peoples and their traditional knowledge...”, *op.cit.*, p. 04. ALBAGLI advierte que “no existen hoy mecanismos legales de protección a los conocimientos y prácticas de las poblaciones tradicionales. Los actuales sistemas de garantía de derechos de propiedad intelectual reputase los efectos erosivos sobre esos conocimientos y prácticas, ya que en ellos no se incluyen las ‘innovaciones’ generadas de forma colectiva y a lo largo de generaciones, a través de una estrecha relación con el medio ambiente local. Al mismo tiempo que es cada vez más frecuente el patentamiento, por la industria, de productos derivados de esos materiales genéticos, lo que impide su uso por la sociedad en general, particularmente por

generis, sino de un “*sistema de propiedad intelectual adaptado*”. Otros países, así como la mayoría de las comunidades tradicionales, sin embargo, han llegado a la conclusión de que la adaptación de los sistemas de PI en vigor no es suficiente para dar cuenta del carácter holístico y singular de los CTs y han inducido la decisión de proteger estos conocimientos mediante un sistema de derechos exclusivamente *sui generis*¹⁰³⁹.

Debe tenerse presente de todos modos que, pese a la necesidad de desarrollo de un sistema distinto del sistema de PI actual para la protección de los CTs, la creación de un sistema *sui generis* para la protección de esos conocimientos no es tarea fácil¹⁰⁴⁰. A pesar de las dificultades, apuntar algunos principios esenciales que debe tener un sistema para proteger más

las comunidades localizadas en los territorios de donde se originaron”. ALBAGLI, S. Geopolítica da biodiversidad. Brasília, Edição IBAMA, 1998, p. 101.

¹⁰³⁹ “Cuando se aboga por la adopción de un régimen *sui generis*, es preciso observar que no tiene sentido tomar como modelos los derechos de propiedad intelectual e intentar ampliarlos, fraguando la noción de derechos colectivos de propiedad intelectual, para abarcar los conocimientos innovaciones y prácticas tradicionales”. SANTOS, L. G. “Direitos coletivos de Propriedade Intelectual ou direitos intelectuais coletivos?”, en *Taller acceso a recursos biológicos: subsídios para sua normatização*. Paineel 1: Soberania, propriedade e direitos de uso de recursos genéticos, 09 de outubro de 1996, p. 05. También para ARCANJO, “se trata de construir un sistema innovador para la salvaguarda de los derechos intelectuales comunales. Ninguna de las instituciones existentes de propiedad intelectual puede ser adoptada con plena adecuación para esta nueva categoría de derechos. El camino parece ser buscar en cada una de ellas – patentes, derechos de autor, certificado de inventor, ley modelo de la UNESCO sobre folclor, entre otros – alguna característica que sea aplicable al nuevo sistema. Un principio que debe prevalecer es que esa protección deberá superar la condición exclusivamente monetaria para alcanzar una característica de totalidad, inherente al conocimiento utilizado. La protección pretende salvaguardar prácticas comunitarias de utilización de la biodiversidad y, por lo tanto, las instituciones previstas deben proporcionar una valorización integral de las comunidades”. ARCANJO, F. E. M. “Convenção sobre Diversidade Biológica e prometo de lei do Senado nº. 306/95: soberania, propriedade e acesso aos recursos genéticos”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 34 (133), 1997, pp. 287-303, p. 302.

¹⁰⁴⁰ CORREA, C. M. “*In situ conservation and Intellectual Property Rights*”, in BRUSH, S. (Ed.). *Genes in the field: on-farm conservation of crop diversity*. IPGRI/IDRC/Lewis Publishers, 2000. FIRESTONE destaca que en definitiva hay muchas dificultades en la elaboración de políticas concretas que respeten los derechos colectivos de las comunidades tradicionales, especialmente el derecho de controlar el acceso y el uso de los recursos genéticos y de los conocimientos asociados a ellos dentro de sus territorios “Los mayores desafíos en la elaboración de tales políticas son las grandes diferencias entre comunidades, los diversos tipos de conocimientos tradicionales y los varios modos de uso de estos conocimientos. En cuanto algunos grupos negocian activamente emprendimientos comerciales, otros tienen la intención de permanecer prácticamente aislados del mundo exterior. Algunos grupos están interesados en patentar sus invenciones, en cuanto otros ven el conocimiento tradicional como parte inherente del dominio público”. FIRESTONE, L. “Consentimiento previo informado: principios orientadores e modelos concretos”, en LIMA, A. et al. *Quem cala consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*. São Paulo, Instituto Sócio Ambiental, 2003, p. 23.

concretamente estos conocimientos es necesario. Además, lo importante es proporcionar a los titulares de los CTs opciones pertinentes de formas de protección, así como darles los medios para que puedan defender sus propios intereses y decidir acerca de la orientación que prefieran para la protección y la utilización de sus conocimientos, innovaciones y prácticas.

A efectos de precisar las características, un sistema *sui generis* para proteger eficazmente los CTs debe ser nuevo y distinto¹⁰⁴¹. Es decir, es necesario desarrollar mecanismos jurídicos ajustados a las necesidades propias de las comunidades tradicionales y a las características propias de sus conocimientos, innovaciones y prácticas. Por ello, es importante advertir, que pese a que presentamos un diseño de propuesta de protección, a la hora de desarrollarse un sistema *sui generis*, sea a nivel nacional como internacional, es evidente que los titulares de los CTs deben participar en el desarrollo del referido sistema para evitar el establecimiento de un sistema inadecuado e inviable¹⁰⁴².

Puede advertirse, entonces, que en la formulación de un sistema *sui generis* para la protección de los CTs es necesario tener en cuenta principalmente las siguientes cuestiones: los objetivos a ser perseguidos; el objeto de la protección; el contenido de los derechos que serán conferidos; los requisitos para la protección; los beneficiarios y titulares de la protección; los modos de adquisición de los derechos; la duración; y, los mecanismos de protección de esos derechos. Elementos que pasaremos a analizar a continuación.

¹⁰⁴¹ “Un régimen *sui generis* no es una cuestión de plantear nuevos derechos, sino una nueva concepción de derechos”. CASTRO, E. V. “Seminário: proteção aos conhecimentos tradicionais: consentimento prévio e informado”. Primeira mesa: “Alternativas de proteção os conhecimentos tradicionais”, en LIMA, A.; BENSUSAN, N. (Orgs.). *Quem cala consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*. São Paulo, Instituto Sócioambiental, 2003, p. 107. La idea de que un sistema *sui generis* es nuevo y distinto y que no guarda relación con los sistemas de protección ya existentes es destacado también por BOUZA LÓPEZ, M. A. *El derecho sui generis del fabricante de bases de datos*. Madrid, Editorial Reus, 2001, pp. 52-53. Asimismo, según WANDSCHEER, el régimen *sui generis* “tiene como objetivo proteger y preservar los valores fundamentales y la coexistencia social y la integridad cultural de las comunidades con grande responsabilidad para la conservación y sustentabilidad en la utilización de la diversidad biológica (...) Ese régimen reconoce e incorpora formalmente todos los elementos de la cultura y los sistemas de prácticas de las comunidades locales, les concediendo el derecho sobre sus conocimientos”. Además, añade la autora, “el uso del consentimiento fundamentado previo (CFP) no excluye la posibilidad de la aplicación del régimen *sui generis* de protección del conocimiento tradicional, teniendo en vista que el CFP puede constituirse en importante mecanismos para verificar la manifestación de las comunidades tradicionales”. WANDSCHEER, C. B. *Patentes & conocimiento tradicional...*, *op.cit.*, pp.151-152.

¹⁰⁴² DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 117.

2. Objetivos de la protección

Desde hace siglos, se han desarrollado mecanismos y sistemas para proteger el esfuerzo intelectual de los hombres en casi todos los ámbitos de su quehacer. Es evidente pues que los CTs, por todo lo que representan social, cultural y económicamente, deben también ser protegidos. Hay, sin embargo, algunas divergencias en relación con los objetivos que han de ser alcanzados con la referida protección. Para algunos, en especial los defensores de protección a través del sistema de DPI, la protección esencialmente significa excluir el uso no autorizado de los CTs por terceros¹⁰⁴³. Otros consideran que la protección debe ser más positiva, en el sentido de apoyar la vida y las culturas de las comunidades tradicionales. En este caso, la protección sería un instrumento para preservar los CTs de usos que pueden erosionarlos o que tengan efectos negativos sobre la vida o la cultura de las comunidades que los han desarrollado y aplicado.

No obstante, las propuestas hasta aquí sugeridas, por lo general, no señalan de una manera evidente ni los actos contra los cuales se deben proteger los CTs, ni las razones perseguidas con su protección¹⁰⁴⁴. Así, para considerar el mecanismo o mecanismos eficaces para la protección de los CTs es fundamental, además de explicitar los actos contra los cuales se desean proteger, definir las razones por las cuales estos conocimientos deben ser protegidos. Por ello, el primer paso en el desarrollo de un sistema jurídico eficaz de protección es determinar los objetivos que se desean alcanzar. Únicamente después será posible determinar cómo lograr esta protección.

Por lo anterior, la forma que adopte un sistema de protección y su definición, dependerán en gran medida de los objetivos que se deseen alcanzar.

¹⁰⁴³ La OMPI, por ejemplo, que enfoca su labor en relación a la protección de los CTs por vía de los DPI vigente, expresa un sentido muy restricto al término protección: “*por protección se entiende la protección frente al uso o la explotación no equitativa de la materia protegida*”. **OMPI**. “Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de Propiedad Intelectual...”, *op.cit.*, p. 238.

¹⁰⁴⁴ La OMPI destaca las carencias en materia de objetivos además de otras relacionadas con la protección de los CTS en el documento **OMPI**. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “Proyecto de análisis de carencia en materia de protección...”, *op.cit.*, pp. 22-29.

Dependiendo de esos objetivos, será posible desarrollar los mecanismos y aplicar los instrumentos adecuados que respondan a los mismos. La protección de los CTs no es en sí misma una finalidad, sino un medio de alcanzar objetivos de política general más amplios, que articulados entre sí, deben garantizar la debida protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales.

En los debates sobre los principales argumentos para proceder a la protección de los CTs aparecen generalmente incluidas consideraciones sobre promoción de un derecho fundamental; equidad; valoración; prevención de la apropiación de componentes de los CTs por parte de interesados no autorizados; promoción del uso y desarrollo; y, reconocer la importancia de esos conocimientos para el desarrollo de las comunidades tradicionales. Y sobre estas consideraciones vamos reflexionar a continuación.

2.1. Proteger un derecho humano fundamental

Los sistemas de CTs son parte fundamental de la integridad y existencia de las comunidades tradicionales. No se trata únicamente de una reivindicación que hace parte de los derechos económicos y sociales de una comunidad, sino de una condición sin la cual una comunidad no podría existir como tal. Además, el art. 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que toda persona “...*tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razones de las producciones científicas, literarias y artísticas de que sea autora*”. Este derecho obviamente también debe ser extendido a los esfuerzos creativos e intelectuales de las comunidades tradicionales, aunque con relación a sus CTs estos no signifiquen o impliquen producciones científicas *per se*. La esencia de esta norma es que el esfuerzo intelectual debe ser protegido y premiado sin diferenciaciones en función de origen, raza, cultura, características o valor económico.

Por ello, se ha manifestado que el reconocimiento y la protección de los derechos de las comunidades tradicionales sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas se encuentran ligados a un derecho fundamental¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴⁵ CRUZ, R. *et. al. Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales...*, *op.cit.*, p. 14.

2.2. Promover justicia natural

La protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades tradicionales como una cuestión de justicia natural está previsto, por ejemplo, en la Ley Modelo para la Protección de los Derechos de Comunidades Locales, Agricultores y Obtentores, y para la Regulación de la Organización a los Recursos Biológicos de la Unidad Africana, que hace referencia al derecho natural de las comunidades tradicionales sobre sus conocimientos¹⁰⁴⁶. El Prof. EKPERE, Coordinador de la Organization of African Unity, Scientific, Technical and Research, al justificar la importancia de la Legislación Africana Modelo hace el siguiente comentario “*los derechos de la comunidad y las responsabilidades que norman el uso, manejo y desarrollo de la biodiversidad, así como los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas conexas, existían mucho antes de que surgieran los derechos privados sobre la biodiversidad y los conceptos de posesión y propiedad individual. Por lo tanto, los **derechos de la comunidad son considerados como naturales, preexistentes o primarios***”¹⁰⁴⁷ (negritas nuestras).

Es decir, las comunidades tradicionales poseen el derecho natural de tener garantizados sus derechos intelectuales colectivos sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas.

2.3. Promover la equidad

En las propuestas de protección a los CTs deben también necesariamente tener como base consideraciones de equidad, una vez que, casi siempre, hay una relación injusta y desequilibrada entre las comunidades tradicionales y las

¹⁰⁴⁶ En el segundo “considerando”, la Ley establece que “*los derechos que tienen las comunidades locales sobre sus recursos biológicos, conocimientos y tecnologías que representan sus sistemas de sostenimiento de vida y que han evolucionado durante generaciones de historia de la humanidad, son de naturaleza colectiva y, por lo tanto, **son derechos a priori precedentes sobre los derechos basados en intereses privados***” (negritas nuestras).

¹⁰⁴⁷ EKPERE, J. A. “African model legislation for the protection of the rights of local communities, farmers and breeders, and for the regulation of access to biological resources”. Lagos, Nigeria, Organization of African Unity, Scientific, Technical and Research Commission (OAU/ STRC), 2000, p. 20.

empresas o terceros que se benefician comercialmente del uso de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, sin retribuir a las referidas comunidades. Por ende, cualquier propuesta debe considerar que la debida protección a los CTs es necesaria para lograr la equidad, en una relación que es esencialmente injusta y desigual.

2.4. Valorar el conocimiento tradicional

En general, los CTs tienen un valor que no es adecuadamente reconocido, ni recompensado. Un sistema *sui generis* de protección de los CTs debe valorarlos integralmente; reconocerlos como constituyentes de todo un sistema de saberes ancestrales; considerar sus características peculiares; respetar la integridad intelectual, cultural y los valores espirituales asociados a ellos; reconocer su contribución a la conservación de los recursos biológicos, del medio ambiente¹⁰⁴⁸, de la seguridad alimentaria y de la agricultura sostenible; reconocer más allá de su valor económico su valor intrínseco; aceptar los saberes de las comunidades tradicionales como ciencia, dentro de sus patrones epistemológicos propios; tener en cuenta el “*valor de las culturas, la sabiduría, el saber, los modos de hacer, de conocimientos muy específicos sobre el mundo vegetal y animal, sobre modos de cura, etc.*”¹⁰⁴⁹; y, reconocer la contribución de los CTs para el avance de la ciencia y de la tecnología¹⁰⁵⁰

En este punto, es muy importante señalar que el respeto, la preservación y la protección de los CTs no deberían justificarse únicamente por su valor instrumental. En otras palabras, no deberían respetar, conservar y proteger solamente a los CTs vinculados los recursos biológicos¹⁰⁵¹ o que tiene algún valor

¹⁰⁴⁸ DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 99.

¹⁰⁴⁹ MORIN, E. *Saberes globais e saberes locais...*, *op.cit.*, p. 26.

¹⁰⁵⁰ KAMERI-MBOTE, P.; OTIENO-ODEK, J. “Genetic use restriction technologies and sustainable development...”, *op.cit.*, p. 228.

¹⁰⁵¹ Ejemplo de esto son las Leyes de Perú n°. 27.811 que en su art. 3, que trata del ámbito de la protección de la norma, señala que “*el presente dispositivo establece un régimen especial de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos*”. Y la Ley Provisional brasileña n°. 2.816-16 que en su art. 8 establece que “*está protegido por esta Ley Provisional el conocimiento tradicional de las comunidades indígenas y de las comunidades locales, asociado al patrimonio genético...*”.

comercial. Aunque una cantidad de CTs se trata de conocimiento que no tiene potencialidad comercial, esto no lo hace menos digno de respeto o protección integral¹⁰⁵².

2.5. Conservar el modo de vida tradicional

A pesar de su importancia, como ya hemos señalado en este trabajo, los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades tradicionales están desapareciendo a una elevada velocidad de aceleración¹⁰⁵³. Esa decadencia se debe en parte a la aniquilación de las poblaciones que crean y mantienen los sistemas de CTs. Por eso, otro aspecto muy importante que ha de ser considerado en la elaboración de políticas de protección es que proteger los CTs es preservar el modo de vida de las comunidades tradicionales.

Para muchos expertos, la protección de los CTs es un mecanismo para fomentar la conservación de conocimientos y prácticas del modo de vida tradicional. Los CTs nacen dentro de un contexto holístico y es necesario respetar y reconocer los vínculos entre los aspectos de la vida y de la cultura de las comunidades tradicionales con los modos de creación y desarrollo de sus conocimientos¹⁰⁵⁴. Especialmente entre las comunidades indígenas, el peso que tiene la cultura, la religión, la ética y la espiritualidad son particularmente

¹⁰⁵² SANTILLI, J. "Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados...", *op.cit.*, p. 59; LIMA, A. BAPTISTA, F. M.; BENSUSAN, N. "Direitos intelectuais coletivos...", *op.cit.*, p. 209 y ss.; FIRESTONE, L. "Consentimento prévio informado...", *op.cit.*, pp. 26-27.

¹⁰⁵³ La "erradicación generalizada de los pueblos indígenas es una triste realidad y en curso. Además de actos directos de violencia, muchas comunidades indígenas sufren el desplazamiento de sus territorios tradicionales, la desnutrición, la pobreza y la eliminación de la cultura que contribuyen para la desintegración de la comunidad y del conocimiento tradicional". AMIOTT, J. "Investigating the Convention on Biological...", *op.cit.*, p. 08. DUTFIELD añade que con la extinción de cada grupo indígena, el mundo pierde miles de años de conocimiento acumulado sobre la vida y la adaptación a los ecosistemas tropicales. Estas informaciones preciosas se pierde con apenas un abrir y cerrar de ojos: la marcha del desarrollo no puede esperar el tiempo suficiente para encontrar incluso a lo que está a punto de destruir. DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 124.

¹⁰⁵⁴ "El conocimiento, las innovaciones y las prácticas de los pueblos indígenas y comunidades locales son manifestaciones de sus culturas. Proteger la cultura de un pueblo significa mantener aquellas condiciones que le permiten a una cultura florecer y desarrollarse (...) Por lo tanto, proteger la herencia cultural de un pueblo implica, entre otros, el mantenimiento del lazo entre la población y las características naturales del medio ambiente y de las variedades animales y vegetales". CORREA, C. M. *Traditional knowledge...*, *op.cit.*, p. 06.

relevantes en el modo de creación de sus conocimientos, innovaciones y prácticas, que muchas veces escapan de la consideración de sectores “no indígenas”.

Asimismo, la preservación de los CTs no es sólo un componente de auto-identificación y condición de la preservación de la existencia de las comunidades tradicionales, sino que es un elemento central del patrimonio cultural de la humanidad y por qué no, de la economía de los países en desarrollo¹⁰⁵⁵.

Por ello, es importante reconocer que la protección de esos conocimientos además de llevar implícita la conservación de la cultura y del modo de hacer y pensar de las comunidades, coadyuva también a alcanzar objetivos de la sociedad en general, como la preservación del medio ambiente, la sostenibilidad de la agricultura, la seguridad alimentaria, la salud de un gran número de población¹⁰⁵⁶ y la preservación de las culturas de muchos países¹⁰⁵⁷.

En dicho contexto, el significado de “protección” es diferente al que se aplica bajo los DPI. La protección de los CTs plantea un reto adicional en la medida que es necesario tomar en cuenta todos esos elementos dentro del proceso político y normativo, tradicionalmente y, por lo general, extraño y poco receptivo por parte de la sociedad occidental. Se trata, claro está, de que las políticas públicas y las normas de protección de los CTs no pueden centrarse exclusivamente en las cuestiones económicas y comerciales sino que deben también considerar estos temas.

¹⁰⁵⁵ Las economías nacionales ya se benefician de los CTs y existe la posibilidad de beneficiarse aún más. Los productos basados en CTs como artesanías, plantas medicinales, productos agrícolas y productos forestales no madereros se negocian tanto en mercados nacionales como en los mercados internacionales y pueden proporcionar beneficios sustanciales para los exportadores de los países en desarrollo. DUTFIELD, G. *Intellectual Property... op.cit.*, p. 97 y ss.

¹⁰⁵⁶ Mismo que ya destacado en el capítulo primero, es importante señalar que de acuerdo con la OMS hasta el 80% de la población mundial depende de la medicina tradicional para sus necesidades de salud primaria. DUTFIELD, G. *Intellectual Property... op.cit.*, p. 97.

¹⁰⁵⁷ “La erosión de ese conocimiento crea una pérdida irrevocable de nuestro almacén de conocimiento de la diversidad biológica de la Tierra, su conservación, gestión y uso sostenible y representa una grave amenaza para la sociedad mundial con relación a la seguridad alimentaria y a la descubiertas de nuevos medicamentos”. AMIOTT, J. “Investigating the Convention on Biological...”, *op.cit.*, p. 08.

2.6. Prevenir la piratería

En muchos casos, la necesidad de un sistema activo de protección a los CTs está directamente relacionada con la prevención de la apropiación no autorizada, lo que comúnmente se llama piratería (o biopiratería cuando está relacionado con la biodiversidad)¹⁰⁵⁸. Es decir, existe la necesidad de impedir que terceros utilicen indebidamente los CTs. Y esto parece ser la motivación principal para proteger los CTs en muchos países¹⁰⁵⁹.

De hecho, la piratería es una amenaza real y grave, y recordatorios de esta amenaza son frecuentes en las comunidades tradicionales, especialmente las comunidades indígenas¹⁰⁶⁰. Hay un enorme número de patentes otorgadas sobre

¹⁰⁵⁸ Como los casos de apropiación no autorizada de CTs más conocidos están relacionados con la biodiversidad, es común entonces también utilizar el término biopiratería, que sería la piratería de conocimientos relacionados con la diversidad biológica. Así que el término biopiratería puede ser definido como “*un proceso complejo, en el cual los propietarios de los recursos económicos y la biotecnología acceden directamente o por intermediarios, de forma desleal, ilícita y en algunos casos ilegal, a los recursos biológicos y los conocimientos tradicionales a ellos asociados, para extraer y con posterioridad descomponer, sintetizar o modificar el recurso genético o composición química de plantas, animales y componentes humanos, con el propósito de patentarlos como inventos suyos y obtener de forma exclusiva las regalías obtenidas por la comercialización de aquellos, excluyendo bajo el amparo de la ley a los legítimos propietarios del recurso biológico o el conocimiento tradicional usurpado*”. CEBRIÁN, E.; PRADO, R. “Apropiación indebida de recursos genéticos, biodiversidad y conocimientos tradicionales: “biopiratería””, *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, nº 5, Colombia, diciembre de 2006, pp. 303-307, p. 304. Para KURUK, “*la biopiratería, se define en términos generales como la adquisición de los derechos de propiedad intelectual sobre los recursos biológicos de los pueblos indígenas o comercialización de sus conocimientos sobre los recursos biológicos, a menudo sin una compensación adecuada a las comunidades*”. KURUK, P. “Goading a reluctant dinosaur...”, *op.cit.*, p. 03. TUSTIN añade que la biopiratería en esencia es el robo de recursos genéticos o CTs asociados de las comunidades tradicionales, por lo general con fines comerciales. TUSTIN, J. “Traditional knowledge...”, *op.cit.*, p. 02.

¹⁰⁵⁹ DUTFIELD, G. *Intellectual property...*, *op.cit.*, p. 99.

¹⁰⁶⁰ A título de ejemplo podemos señalar las patentes sobre la ayahuasca y la cúrcuma. TUSTIN, J. “Traditional knowledge...”, *op.cit.*, p. 02 y ss. Otro caso de patentes perjudiciales muy conocido se refiere a una planta parecida con la mostaza llamada *maca* (*Lepidium meyenii*). La *maca*, conocida como “*viagra natural*”, es una planta tradicional que las poblaciones andinas cultivan hace siglos, la utilizan como alimento y como base de diversas fórmulas medicinales. Una de las patentes de EE.UU., adquirida por la empresa Pure World Botanicals Inc., reivindica el uso de un extracto aislado de la *maca* para tratamiento de cáncer y disfunciones sexuales, bien como su proceso de preparación. Este último uso ya es muy conocido. De hecho, la empresa hace muchos años exporta a EE.UU. la *maca* y la explota exactamente para esas finalidades. Este y muchos otros ejemplos de patentes concedidas erróneamente son destacados por DUTFIELD, G. “Repertorio beneficios de biodiversidad...”, *op.cit.*, p. 71 y ss. Otros ejemplos pueden ser visto en TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S. “Los pueblos indígenas en el orden internacional...”, *op.cit.*, p. 145. Especialmente sobre la biopiratería en la Amazona ver NASCIMENTO, D. L. *Biopirataria na Amazônia. Uma proposta de proteção transnacional da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados*. Curitiba, Juruá Editora, 2010.

recursos genéticos y conocimientos (relacionados con la biodiversidad, la MT, la agricultura, la seguridad alimentaria) obtenidos en países en desarrollo, sin el consentimiento de sus poseedores¹⁰⁶¹.

Por ello, hay que evitar la apropiación ilícita de los CTs y otras utilizaciones abusivas e injustas. Especialmente en el caso de que se concedan patentes de invención u otros DPI obtenidos a partir de conocimientos ancestrales¹⁰⁶². Es decir, hay que prever expresamente que son nulas y no producen efectos jurídicos, las patentes o cualquier otro DPI concedido sobre procesos o productos directa o indirectamente resultantes de utilización de conocimientos de comunidades tradicionales, como forma de impedir el monopolio exclusivo sobre los mismos.

No obstante, es importante señalar que la prohibición de la concesión de patente no impide que las comunidades poseedoras de los CTs puedan conceder bajo licencia sus saberes tradicionales (tema que será abordado más adelante). Ellas pueden optar por negociar sus conocimientos, desde que no quede estipulado derechos exclusivos sobre ellos, y en cualquier tiempo poder negociar con otros interesados, puesto que el **monopolio** es característica que **no es compatible** con el **régimen *sui generis*** de protección para los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales.

¹⁰⁶¹ “La biopiratería a través de los DPI ha surgido como resultado de la devaluación e invisibilidad de los sistemas de conocimiento indígena y su falta de protección efectiva. La protección de los sistemas de conocimientos indígenas como sistemas de innovación y la prevención de la piratería de la biodiversidad, requiere una ampliación del marco legal más allá de los regímenes actuales de DPI, tales como las patentes”. CORREA, C. M. *Traditional Knowledge...*, op.cit., p. 07.

¹⁰⁶² Según RIFKIN “de acuerdo con los países del Sur, lo que las empresas del Norte llaman ‘descubiertas’ son, en verdad, piratería de conocimientos acumulados por los pueblos y culturas nativos. Las empresas, de hecho, acrecientan algún valor al construir y modificar la composición genética de las plantas o al aislar, destilar y producir en gran volumen – a través de la propagación por clonaje y otros medios – genes que codifican determinadas proteínas útiles en alimentos, fármacos, fibras y pigmentos. Aún así, los países del Sur argumentan que una pequeña alteración genética en una planta o hierba realizada en laboratorio es insignificante, cuando comparada a los siglos de trabajo y cuidados necesarios para cultivar y preservar organismos que contienen aquellos trazos exclusivos y valiosos, tan deseados por los científicos en sus investigaciones”. RIFKIN, J. *O século da biotecnologia: a valorização dos genes e a reconstrução do mundo*. Tradução de Arão Sapiro. São Paulo, Makron, 1999, p. 52.

2.7. Promover el uso y el desarrollo de los conocimientos tradicionales

Más allá de ser requerido por el CDB, la promoción del uso de los CTs es un importante objetivo en sí mismo. En este sentido se puede argumentar que la protección contra la pérdida o la apropiación indebida de los CTs, o la garantía de una compensación justa para los poseedores de los mismos, son elementos necesarios para estimular un mayor uso de estos conocimientos. Dicho de otra forma, si los poseedores de CTs fueran recompensados de manera justa, con el debido reconocimiento de sus derechos, por el uso de sus conocimientos, estarían dispuestos a conceder mayores incentivos no sólo para permitir acceso a sus conocimientos sino que, además, para conservarlos y asegurar el futuro acceso.

La promoción de los CTs es, sin duda, de gran importancia en especial para los países en desarrollo. Incluso, aunque estos recursos sean poco utilizados en el proceso de desarrollo, los CTs pueden constituirse en un recurso crítico para el fortalecimiento de la innovación local¹⁰⁶³. En este sentido, la correcta protección jurídica de estos conocimientos puede ayudar a aprovechar las oportunidades que ofrecen los productos y servicios basados en ellos. Por lo tanto, más que proteger los CTs de una manera que limite el acceso a los mismos, los gobiernos deberían buscar su promoción, obviamente complementándola con medidas de prevención de su apropiación indebida¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁶³ DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 99.

¹⁰⁶⁴ Un ejemplo de este enfoque es la Ley de Filipinas n°. 8. 423, de 1997, sobre la “tradicional and alternative medicine”, que en la exposición de motivos señala que uno de los objetivos de la Ley es “*acelerar el desarrollo de los métodos tradicionales y alternativos de cuidado de la salud*” a través del mejoramiento de la fabricación, el control de calidad y la comercialización de productos tradicionales para el cuidado de la salud. Disponibles en <<http://www.prodiversitas.bioetica.org/8423fil.htm>>. Consultada el 08 de abril de 2011. Con relación a la promoción del uso de los CTs, las comunidades indígenas, por ejemplo, “*han declarado que están dispuestas a compartir sus conocimientos con la humanidad, siempre y cuando se puedan determinar cuándo, dónde y cómo serán usados estos conocimientos. Han manifestado también el apoyo al desarrollo de la investigación para el descubrimiento de nuevas alternativas de supervivencia para la humanidad, dentro del marco del respeto a las formas de vida propias de los pueblos indígenas, la diversidad cultural y la cosmovisión indígena. Pero para ello precisamente demandan medidas adecuadas de protección que les permitan asumir el control de tales conocimientos, decidiendo sobre su destino y participando equitativamente en la distribución de beneficios*”. CRUZ, R. *et. al. Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales...*, *op.cit.*, p. 22.

Por otro lado, es preciso poner de manifiesto que la protección a través de los DPI puede reducir, en vez de promover, el uso de los CTs. En el caso de la medicina tradicional, por ejemplo, el uso de los DPI ocasionaría una reducción en el acceso a productos y tratamientos que son esenciales para una gran mayoría de la población en los países en desarrollo, en especial para los pobres. También podemos señalar otro ejemplo de cómo la protección por vía de los DPI puede ocasionar una reducción en el acceso a los CTs está en relación con las variedades obtenidas por los agricultores. La protección en este caso puede ocasionar una disminución en el intercambio de materiales y en la biodiversidad creada en el campo¹⁰⁶⁵.

Debe interpretarse, entonces, que promover el uso y el desarrollo de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales es importante tanto para las comunidades tradicionales como para los países en que esas comunidades están localizadas, no obstante hay que tomar las medidas adecuadas de protección que permitan a esas comunidades asumir el control sobre sus conocimientos.

2.8. Otros objetivos de la protección

Aunque ya hicimos referencia a algunos objetivos que deben orientar la protección de los CTs, otros objetivos deben estar presentes en un sistema *sui generis* de protección, que, además, corresponden a los deseos de las comunidades locales e indígenas cuando se trata de protección y valoración de los conocimientos por ellos producidos, de acuerdo con la Carta de São Luís do Maranhão¹⁰⁶⁶.

- a) Reconocer el CT como saber y ciencia. Principio que busca hacer equivaler los CTs a los conocimientos científicos occidentales. Para esto, el Estado debe establecer políticas de ciencia y tecnología que reconozcan la importancia de los CTs, implicando a sus titulares en programas

¹⁰⁶⁵ En este sentido CORREA, C. M. *Traditional Knowledge...*, *op.cit.*, p. 08.

¹⁰⁶⁶ La carta de São Luis del Maranhão es una declaración surgida a partir de una reunión promovida por el Instituto Nacional de Propiedad Intelectual de Brasil que reunió a representantes indígenas de 220 pueblos de todo el territorio de Brasil, y tuvo lugar en la ciudad de São Luís, entre 04 y 06 de diciembre de 2001.

gubernamentales. Ofreciéndoles entrenamiento, cursos para su promoción, desarrollo y difusión¹⁰⁶⁷.

- b) Respetar las formas de organización social y representación política de las comunidades tradicionales. Existen entre esas comunidades centenas de tipos de organización social y representaciones políticas diferentes de aquellas conocidas por nosotros, y que deben ser respetadas. Así que la conservación, revitalización y el uso de los CTs deben ser un componente de la libre determinación¹⁰⁶⁸ de las comunidades tradicionales y de acuerdo con sus organizaciones sociales y políticas.
- c) Respetar el principio de la interculturalidad orientado al diálogo de saberes. Los CTs no son estáticos sino dinámicos. No se trata de conocimientos “antiguos” o “pasados”, sino de conocimientos también presentes y futuros que evolucionan y se transforman, a partir de prácticas dinámicas.
- d) Respetar la privacidad, la dignidad, las culturas, las tradiciones y las prácticas de las comunidades tradicionales. En cualquier sistema de protección relacionado con los CTs es básico tener respeto a la cultura, los modos de vida y las prácticas de las comunidades cuyos conocimientos se quiera proteger. Este respeto debe no ser solamente reconocido

¹⁰⁶⁷ LIMA, A.; BENSUSAN, N. “Direitos intelectuais coletivos...”, *op.cit.*, p. 210.

¹⁰⁶⁸ De acuerdo con el art. 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas “*los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural*”. Así que, por derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas entendemos la capacidad de estos grupos humanos de decidir libre y responsablemente su futuro no sólo desde un punto de vista político, sino también económico, social y cultural. Es importante advertir que cuando se habla de la libre determinación de las comunidades indígenas no se está refiriendo a un derecho de separación del Estado. “*Todo lo contrario, han entendido que la libre determinación de los indígenas asume su vertiente interna, que se concreta en el autogobierno (con doble expresión, territorial y personal) dentro del Estado cuya integridad territorial ha de ser respetada*”. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S. “Los pueblos indígenas en el orden internacional...”, *op.cit.*, p. 11. En el mismo sentido PONTE IGLESIAS. M. T. “Ciudadanía y consolidación democrática...”, *op.cit.*, p. 161. Aún dentro de la noción de libre determinación está obviamente incluso el concepto de autonomía. El derecho de autonomía, para SORIANO, representa las exigencias de las minorías, entre ellas las comunidades tradicionales, que puede ser distribuidas de la siguiente manera: “*a) derecho de representación especial en los organismos e instituciones del Estado (en este caso los organismos que desarrollan políticas direccionadas para la protección de los CTs); b) derecho a un sistema jurídico propio (normas, instituciones, autoridades jurídicas propias); y, derecho de autogobierno*”. SORIANO, R. *Los derechos de las minorías...* *op.cit.*, p. 21. En el mismo sentido OLIVA MARTÍNEZ, J. D. *La cooperación internacional con los pueblos indígenas...*, *op.cit.* p. 237. “*Libre determinación y autonomía constituye el marco indispensable para que los pueblos indígenas puedan promover y manejar su propio desarrollo*”. PONTE IGLESIAS. M. T. “Ciudadanía y consolidación democrática...”, *op.cit.*, p. 168.

legalmente sino además en la práctica por personas ajenas a las comunidades que quieren acceder a sus conocimientos. Por ello, en los casos de investigaciones junto a las comunidades tradicionales es importante que el investigador trabaje con un antropólogo u otra persona que esté familiarizada con las culturas y prácticas locales.

- e) Ofrecer anonimato y sigilo a algunos conocimientos. Algunas comunidades consideran que algunos conocimientos y prácticas son sagrados y no quieren que sean publicados¹⁰⁶⁹.
- f) Promover la participación efectiva de las comunidades tradicionales en el proceso de elaboración de leyes y políticas nacionales e internacionales. Los esfuerzos a nivel nacional e internacional serán inútiles si no estuvieran apoyados y complementados por la acción de las comunidades tradicionales. La participación de las comunidades tradicionales en la elaboración de leyes y políticas nacionales e internacionales, así como de los programas para la protección de los CTs, será vital para su éxito¹⁰⁷⁰.

3. Titularidad de la protección

Como hemos señalado en el capítulo primero, los CTs son creados colectiva y espontáneamente en el tiempo. El proceso de creación colectivo se da en la medida que cada generación le va incorporando sus propios elementos o variaciones, y se hace imposible atribuir las aportaciones creativas a una única persona o personas determinadas¹⁰⁷¹. Por ello, no se puede hablar de que esos

¹⁰⁶⁹ Tomemos como ejemplo el caso de los Kanis. “En el caso de los Kanis, Anuradla, un abogado de Nova Delhi, India, que investigó en detalles el modelo Kani para la Fundación de Desarrollo y Derecho Internacional – FIELD, informó que las tribus pensaban que el conocimiento que poseían de la planta Arogyapavha era un secreto sagrado”. FIRESTONE, L. “Consentimiento previo informado...”, *op.cit.*, p. 44.

¹⁰⁷⁰ TOBIN, B. “The role of customary law...”, *op.cit.*, p. 154.

¹⁰⁷¹ “Aunque haya una especialización – por ejemplo, por tratarse de conocimientos sobre usos medicinales de plantas que sólo los pajes o xamanes tienen el dominio, o de técnicas anticonceptivas o de parto que solo las mujeres conocen – tales conocimientos se reportan a referenciales culturales colectivos”. SANTILLI, J. “Conhecimentos tradicionais associados...”, *op.cit.*, p. 360.

conocimientos tengan un “propietario” individualmente considerado para atribuirle derechos absolutos y exclusivos. Los conocimientos, las prácticas y las innovaciones tradicionales no son “propiedad” de una única persona, sino patrimonio colectivo y se sostienen en la identificación del modo de producción de los CTs; o sea, un modo de producción colectivo.

Ello conlleva que un elemento importante a ser considerado es la naturaleza jurídica de los derechos sobre esos conocimientos, innovaciones y prácticas. Como también analizamos en el capítulo primero, los derechos sobre los conocimientos tradicionales poseen naturaleza jurídica de derechos intelectuales colectivos, distintos de los derechos individuales de los sistemas de PI.

Ahora bien, si los derechos sobre los CTs poseen naturaleza colectiva esto nos plantea que la titularidad de esos conocimientos no puede ser atribuida a una única persona¹⁰⁷². Pretender atribuir la titularidad de los derechos sobre determinados conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales a un único individuo es desconocer la forma en que ellos son generados y desarrollados. Además, el reconocimiento de titularidad en su forma individual a los CTs implica muy probablemente provocar competiciones y rivalidades altamente perjudiciales para los propios procesos inventivos colectivos que se pretenden proteger.

Así que, por la propia naturaleza de sus derechos, la titularidad de los conocimientos, innovaciones y prácticas debe ser atribuida a la comunidad tradicional, y no a un miembro individualmente¹⁰⁷³. En otras palabras, por estar relacionados con una identidad cultural de usos, costumbres y tradiciones colectivamente desarrolladas, reproducidas y compartidas, uno de los pilares

¹⁰⁷² “No tiene sentido hablar de un sujeto individual que tenga derechos colectivos, salvo que se mantengan demencias ético-política como la bondad de las dictaduras, en las que uno tiene los derechos del todo y de todos. (...) Los titulares de los derechos colectivos son grupos sociales, colectividades, sociedades, comunidades, etc.”. LÓPEZ CALERA, N. *¿Hay derechos colectivos?...*, op.cit., p. 119.

¹⁰⁷³ La propia OMPI señala que en un sistema *sui generis* de protección llevando en consideración que los CTs son el resultado de la creación e innovación de un creador colectivo, el titular de los derechos sobre esos conocimientos debe ser la comunidad. Más específicamente señalan que “los conocimientos tradicionales son el resultado de la creación e innovación de un creador colectivo: la comunidad. Esa misma lógica indicaría que se deberían conceder los derechos a las comunidades, más que a los individuos. Es este razonamiento el que explica la tendencia en algunas leyes nacionales y regionales que confieren protección a los conocimientos tradicionales, a designar como los titulares de los derechos a comunidades indígenas (...) y comunidades locales.” OMPI. Doc. WIPO/GTKF/IC/3/8..., op.cit., p. 21.

fundamentales de un régimen *sui generis* de protección para los derechos sobre los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales debe ser el reconocimiento de la titularidad colectiva a las comunidades locales e indígenas¹⁰⁷⁴.

Ello conlleva otro planteamiento que es la necesidad de atribuir o no personalidad jurídica a las comunidades tradicionales. El hecho de atribuir

¹⁰⁷⁴ Algunos países, como Ecuador, Brasil y Perú, por ejemplo, ya reconocen, en mayor o menor grado, algunos “derechos colectivos” sobre sus conocimientos a las comunidades tradicionales. La Constitución de Ecuador de 1992, revisada en 1998, garantiza a los pueblos indígenas algunos derechos colectivos. En concreto, establece en el art. 84 que “*el Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 1. Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico. 2. Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública. Estas tierras estarán exentas del pago del impuesto predial. 3. Mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita, conforme a la ley. 4. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras. 5. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen. 6. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. 7. Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad. 8. A no ser desplazados, como pueblos, de sus tierras. 9. A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley. 10. Mantener, desarrollar y administrar su patrimonio cultural e histórico. 11. Acceder a una educación de calidad. Contar con el sistema de educación intercultural bilingüe. 12. A sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de los lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital desde el punto de vista de aquella. 13. Formular prioridades en planes y proyectos para el desarrollo y mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales; y a un adecuado financiamiento del Estado. 14. Participar, mediante representantes, en los organismos oficiales que determine la ley. 15. Usar símbolos y emblemas que los identifiquen*” (negritas nuestras). Brasil, a su vez, en el Decreto n.º 4.339 de 2002, que establece la Política Nacional de Biodiversidad, señala que uno de los objetivos específicos de la directriz n.º 2 del componente n.º 5 de la Política Nacional es “*art. 14.2.1. Establecer e implementar un régimen legal sui generis de protección a los derechos intelectuales colectivos relativos a la biodiversidad de pueblos indígenas, quilombolas y otras comunidades locales, con amplia participación de estas comunidades y pueblos*” (negritas nuestras). Asimismo, en el párrafo único del art. 9 de la Ley Provisional n.º 2.186-16 establece que “*para efectos de esta Ley Provisional, cualquier conocimiento tradicional asociado al patrimonio genético podrá ser de titularidad de la comunidad, aunque solamente un individuo, miembro de esa comunidad, detenga ese conocimiento*”. Por fin, Perú, en la Ley n.º 27.811, de 2002, que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Vinculados a los Recursos Biológicos también utiliza el término “Conocimiento colectivo” para los conocimientos producidos por los pueblos indígenas. El art. 3 establece que “*el presente dispositivo establece un régimen especial de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos*” (negrilla nuestra). Y, además de reconocer los derechos sobre los CTs como derechos colectivos, añade en el art. 10 que la titularidad de los derechos sobre los CTs pertenece a las comunidades indígenas. El referido artículo señala que “*los conocimientos colectivos protegidos bajo este régimen son aquellos que pertenecen a un pueblo indígena y no a individuos determinados que formen parte de dicho pueblo. Pueden pertenecer a varios pueblos indígenas*”. (negritas nuestras).

personalidad jurídica a esas comunidades les “capacitaría formalmente” para postular todos los actos reconocidos como legales para el ejercicio de sus derechos. No obstante, para tener reconocida personalidad jurídica las comunidades tendrían que satisfacer todos los requisitos legales, además de cumplir con todas las formalidades también exigidas legalmente. Lo que es prácticamente imposible concretar en la práctica. Las comunidades tradicionales no disponen de condiciones suficientes, por sus limitaciones de conocimientos, por sus estilos de vida y por el contexto donde viven, para formalizar todas las exigencias legales necesarias para que se les atribuyan personalidad jurídica.

Además, creemos que esa exigencia iría en contra a todo lo que se pretende con un sistema *sui generis* de protección, que es proporcionar medios a las comunidades que les faciliten la protección de sus derechos. Tratándose de un sistema que busca proteger eficazmente los conocimientos de las comunidades tradicionales, exigir personalidad jurídica para que la comunidad tenga garantizada la titularidad de sus conocimientos y pueda ejercer los derechos sobre ellos es, como mínimo, inconveniente. Esta exigencia conllevaría probablemente una imposibilidad técnica y jurídica para que las comunidades ejerzan sus derechos. Es decir, la exigencia de que las comunidades tradicionales constituyan personalidad jurídica para que sean reconocidas como titular de los derechos sobre sus conocimientos no facilitaría la protección de los mismos, sino que la dificultaría¹⁰⁷⁵.

Asimismo, hay que agregar a este debate que muchas veces se han pronunciado en el sentido de que no es necesario la constitución de personalidad jurídica por parte de colectivos organizados para ejercer sus derechos. GUTIÉRREZ DE CABIEDES y CAVIEDES, por ejemplo, hacen tres importantes observaciones sobre la falta de necesidad de constitución de personalidad jurídica

¹⁰⁷⁵ Que pese a que vamos tratar de la legitimación para la tutela de los intereses colectivos más adelante, en este punto cabe poner de manifiesto la opinión de GUTIÉRREZ DE CABIEDES y CAVIEDES. Para los autores, “*la legitimación para la tutela de intereses supraindividuales puede ser concedida tanto a personas físicas como a personas jurídicas o grupos – sin personalidad-*”. Es decir, para el autor no hay la necesidad de que se tenga personalidad jurídica para se tutelar derechos. El autor añade que cuando habla de “grupo” se está haciendo alusión a la pluralidad de conjunto de sujetos, sin personalidad jurídica independiente – es decir, a un ente sin personalidad jurídica. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P.; CAVIEDES, H. de. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales...*, op.cit., p. 202.

por parte de los grupos para tener tutelados sus derechos¹⁰⁷⁶: a) un interés “colectivo” no se hace colectivo ni interés tutelable por el hecho de que lo porte un “ente colectivo”; 2) el que un grupo de personas no presente personalidad jurídica previamente no impide que pueda existir una afección unitaria de sus intereses. Habitualmente este tipo de intereses emergen como consecuencia de un determinado acto lesivo, por lo que, lógicamente, no siempre podrán encontrar un ente preexistente, una persona jurídica preconstituidas; y, 3) no puede obligarse a una colectividad a que realicen las formalidades exigidas para que el grupo cristalice en una organización personificada para que sus intereses sean tutelables.

De hecho, la experiencia social y política muestra que nuevas o distintas colectividades hacen acto de presencia y exigen su reconocimiento como tales y sus derechos independientemente de ser personas jurídicas reconocidas por un determinado ordenamiento jurídico. *“La experiencia política manifiesta continuamente la presencia de nuevos sujetos colectivos que jurídicamente no están reconocidos como tales, pero sociológica y políticamente tienen protagonismo y altos niveles de eficacia”*¹⁰⁷⁷; o sea, grupos y comunidades existen, están ahí, reivindicando y luchan por sus derechos.

Obviamente reconocer la titularidad colectiva de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales a las comunidades locales e indígenas no es tan simple. Sin embargo, como señala LOPEZ CALERA, el reconocimiento de la titularidad de los derechos colectivos debe ser fundamentado en criterios sociológicos (hay de hecho sujetos colectivos que tienen personalidad diferenciada de los individuos que los componen), políticos (los sujetos colectivos constituyen la quintaesencia de la vida política internacional) y jurídicos (los sujetos colectivos son también una experiencia indiscutible jurídicamente)¹⁰⁷⁸.

Además, la existencia de sujetos colectivos y la consiguiente posibilidad de que esos sujetos reivindicuen derechos puede tener la simple explicación de que

¹⁰⁷⁶ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P.; CAVIEDES, H. de. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales...*, op.cit., p. 301.

¹⁰⁷⁷ LÓPEZ CALERA, N. *¿Hay derechos colectivos?...*, op.cit., p. 129.

¹⁰⁷⁸ LÓPEZ CALERA, N. “Sobre los derechos colectivos...”, op.cit., pp. 66-67. El autor añade aún que los derechos colectivos son un dato incuestionables de la realidad política y jurídica contemporánea y de las ciencias sociales. IDEM, *¿Hay derechos colectivos?...*, op.cit., p. 34.

a veces hay intereses, valores, fines, que no pueden ser alcanzados individualmente o que por otras conveniencias deben ser logrados con un esfuerzo colectivo no individual¹⁰⁷⁹.

Igualmente, GARCÍA INDA, revisando la doctrina sobre el asunto, señala que un grupo debe ser considerado como tal, si cumple alguno de estos requisitos, o cuantos más requisitos cumpla¹⁰⁸⁰: a) reconocimiento interno en cuanto grupo; b) reconocimiento externo de la entidad como grupo específico y, por tanto, sujetos de derecho; c) estabilidad y posibilidad de sobrevivir como grupo; d) cierto nivel organizativo y democracia interna; y, e) que haya búsqueda de los intereses comunes de los miembros del grupo.

De este modo, es innegable que las comunidades tradicionales cumplen con todos estos requisitos; todas ellas se reconocen como grupos con identidad propia y se diferencian de otras culturas; poseen estabilidad y superviven como grupo; son muy organizadas y, en muchos casos, con alto nivel de democracia; buscan el interés del bienestar del grupo y no de los individuos considerados por separado. Y, como ya hicimos referencia en este trabajo, son reconocidas como grupo por varios organismos nacionales y internaciones¹⁰⁸¹. Por ello, no hay como no reconocer la titularidad de los derechos sobre los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales a las comunidades locales e indígenas, con independencia de que ellas constituyan personalidad jurídica.

En este punto debe aclararse que una cosa es la titularidad de los derechos que es atribuida a las comunidades tradicionales que han creado y desarrollado determinados conocimientos, otra cosa es la legitimación para el ejercicio de los derechos sobre esos conocimientos. Al respecto la legitimación procesal de las comunidades tradicionales, será analizada cuando destaquemos los mecanismos de protección a los CTs.

¹⁰⁷⁹ LÓPEZ CALERA, N. *¿Hay derechos colectivos?...*, *op.cit.*, p. 131.

¹⁰⁸⁰ GARCÍA INDA, A. "Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos...", *op.cit.*, pp. 97-98.

¹⁰⁸¹ A título de ejemplo podemos citar países como Brasil, Perú, Venezuela, Panamá que, como hicimos referencia en el capítulo segundo, reconoce el derecho colectivo de las comunidades tradicionales, especialmente las comunidades indígenas. A nivel internacional podemos destacar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Para profundizar en debate ver PONTE IGLESIAS, M. T. "Ciudadanía y consolidación democrática...", *op.cit.*, pp. 153-177.

Continuando con otro punto importante en relación a la titularidad está el hecho de que algunos conocimientos, innovaciones y prácticas son creados y compartidos en muchos casos por más de una comunidad, como ya hemos destacado en este trabajo. Los CTs pueden, por ejemplo, ser compartidos por comunidades indígenas que viven en países diferentes o por comunidades indígenas y comunidades locales que habitan la misma región etnográfica¹⁰⁸². Esto ocurre porque muchos pueblos de la misma etnia o descendientes de una misma comunidad pueden habitar regiones y países diferentes y porque puede ocurrir la hipótesis de que el conocimiento se genere sobre un recurso natural cuya área de incidencia puede variar, estando presente en varios territorios y perteneciendo a varias comunidades diferentes. Es decir, la naturaleza colectiva de los procesos inventivos y creativos de las comunidades tradicionales va más allá, trascienden los límites de una sola comunidad.

Por lo anterior, hay que considerar entonces que la titularidad de los derechos intelectuales colectivos sobre los CTs no puede, en muchos casos, ser atribuida solamente a una única comunidad, puesto que esto puede excluir otros coposedores, generando una lógica de competencia y rivalidad que se pretende evitar. Así que, conforme el caso, la titularidad de determinado conocimiento, innovación o práctica debe ser atribuida a todas las comunidades que los posean.

Por ende, debe interpretarse que en el reconocimiento de los derechos intelectuales colectivos el concepto “colectivo” sobre los CTs deben ser extendidos al máximo posible, para que incluya no sólo los conocimientos compartidos por una única comunidad sino también aquellos poseídos por más de una comunidad¹⁰⁸³. Es decir, la titularidad de los derechos intelectuales colectivos sobre los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, cuando son compartidos por más de una comunidad, debe ser atribuida a todas ellas, sin

¹⁰⁸² “Un ejemplo es la ayahuasca, cuyas propiedades medicinales son conocidas por decenas de pueblos indígenas en la Amazona, que viven no sólo en Brasil, como también en Perú, y por otras comunidades locales; por ejemplo, los indios Ashaninka, que viven tanto en territorio brasileño cuanto peruano y comparten una inmensa cantidad de conocimientos ecológicos”. SANTILLI, J. “Patrimônio imaterial...”, *op.cit.*, p. 127.

¹⁰⁸³ El reconocimiento de la extensión del concepto de colectivo para SANTILLI significa la ruptura “con el paradigma individualista de nuestro derecho, que se limita a prever la titularidad o cotitularidad individual de derechos, y reconocimiento de los pueblos tradicionales como sujetos colectivos de derechos, lo que mejor traduzca su realidad cultural”. SANTILLI, J. “Conhecimentos tradicionais associados...”, *op.cit.*, p. 361.

perjuicio de las demás. Además, se ha hecho hincapié en permitir que en los casos de divergencia sobre la titularidad de conocimientos tradicionales entre dos o más comunidades las leyes y protocolos consuetudinarios sean un factor determinante a la hora de definir la misma.

Para concluir este punto, cabe poner de relieve que la falta de una “paternidad” identificable no significa que no se pueda identificar la comunidad que ha originado determinado conocimiento, innovación o práctica, o determinar las comunidades que compartan esos conocimientos. Como señala JAUREGUI, en estos supuestos, es la teoría del interés de las comunidades tradicionales a la que debe, en primer lugar, jugar un papel fundamental a la hora de determinar esa titularidad¹⁰⁸⁴.

4. Beneficiarios de la protección

La protección de los CTs debe necesariamente beneficiar, además de la población en general que se beneficia directa o indirectamente con los aportes de los CTs, a los titulares de los mismos. Es decir, los beneficiarios directos de la protección sobre los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales deben ser las comunidades tradicionales en su conjunto.

Así, los beneficiarios de la protección *sui generis* para los CTs deben ser: a) el grupo, clan o comunidad de personas; o, b) el individuo reconocido por un grupo, clan o comunidad de personas, en los cuales la custodia o protección del CT es encomendado de conformidad con las leyes y prácticas consuetudinarias de ese grupo, clan o comunidad¹⁰⁸⁵.

Hay que considerar aún que, en los casos en los que más de una comunidad tengan la custodia de un conocimiento particular, todos los participantes a quien se confía la custodia, de acuerdo con sus leyes y prácticas

¹⁰⁸⁴ JAUREGUI, G. “Derechos individuales *versus* derechos colectivos...”, *op.cit.*, p. 59.

¹⁰⁸⁵ Esta definición debe tener en cuenta incluso la estructura interna de las comunidades donde los individuos son reconocidos por el grupo, clan o comunidad como los custodios de un conocimiento particular en el derecho consuetudinario. Un ejemplo son los casos de las comunidades indígenas, donde los chamanes poseen la custodia de determinados conocimientos.

consuetudinarias, se beneficiarían. No obstante, las comunidades deben ser reconocidas como beneficiarios sólo si la custodia, el cuidado y la salvaguardia del conocimiento, de la innovación o de la práctica se confían al respecto de la conformidad con sus propias leyes y prácticas consuetudinarias; y si mantienen, utilizan o desarrollan los CTs como características de su identidad cultural y social.

5. Objeto de protección

Una de las primeras dificultades en definir el objeto de protección en un sistema *sui generis* para los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales es la falta de una definición uniforme de qué manifestaciones están incluidas en los CTs. En este punto, es necesario determinar si todos los tipos de conocimientos o solamente algunos van a ser protegidos ya que, como destacamos en el capítulo primero, los CTs cubren una amplia gama de conocimientos, innovaciones y prácticas. A partir de ahí, podemos decir que hay dos opciones: delimitar los conocimientos que deben ser incluidos en la protección o dejar abierto el contenido del objeto de protección.

Ahora bien, por todo lo señalado a lo largo de este trabajo, entendemos que dentro del concepto de CT que ha de ser protegido deben estar incluidos todas las informaciones, habilidades, innovaciones y prácticas de las comunidades tradicionales, materiales o inmateriales, sin excepción, incluidos, por lo tanto, los conocimientos de naturaleza técnica o asociados a los recursos biológicos, a los recursos genéticos, a la medicina tradicional, a la seguridad alimentaria; conocimientos sobre localización, clasificación y uso de la flora y fauna útiles a la medicina tradicional; métodos para el establecimiento de diagnóstico de enfermedades, prevención y cura; métodos para encontrar las plantas; las prácticas de preparar y efectuar combinaciones de principios activos de la flora para administrar la medicina; procedimientos para establecer compuestos para la elaboración de productos alimenticios, colorantes, dietéticos y cosméticos; conocimientos sobre funciones del ecosistema; y las expresiones

culturales tradicionales, entendiendo como tales todas las formas de manifestaciones culturales de las comunidades indígenas y locales, como los procedimientos para la elaboración de obras de arte, diseño, pintura, danza, música, creaciones literarias, leyendas y mitos, palabras, creencias, mitos, rituales, artesanías y tejidos indígenas. Además de los sitios y lugares sagrados para los pueblos indígenas, como monumentos arqueológicos considerados patrimonios culturales, que representan verdaderos centros ceremoniales de reproducción de la identidad cultural con un alto contenido espiritual¹⁰⁸⁶; y si entendemos que en el término protección están incluidas las nociones de “*preservación*” y “*promoción*”, como proponemos en este trabajo, la lengua también debe ser uno de los objetos de protección. Es decir, **deben ser protegidos todos los conocimientos, las innovaciones y las prácticas que hacen parte del patrimonio cultural material¹⁰⁸⁷ e inmaterial de las comunidades locales e indígenas.**

Reconocer la necesidad de proteger los CTs a partir de una perspectiva amplia, que va más allá de la división conceptual ente conocimientos tradicionales asociados a la diversidad biológica y las expresiones culturales tradicionales, impuesta por la lógica de mercado en el contexto de los DPI, puede conducir a estrategias efectivas de protección que entienden y valoran esos conocimientos, no solamente como mercancías, sino también como creaciones culturales elaboradas durante millares de años, las cuales constituyen la esencia de la vida, de la identidad y de la razón de ser de las comunidades locales e indígenas¹⁰⁸⁸.

No obstante, pese a la amplitud del alcance de la protección, es necesario aclarar algunos requisitos para que determinado conocimiento sea protegido por el régimen en cuestión. Para ser elegible a fines de protección los conocimientos, las habilidades, las informaciones y las prácticas tradicionales deben satisfacer tres condiciones: 1) ser creados y transmitidos de generación en generación en

¹⁰⁸⁶ Los elementos que componen los conocimientos y las prácticas tradicionales pueden ser revisados en NIJAR, G. S. “Incorporating traditional knowledge in an international regime on access to genetic resources...”, *op.cit.*

¹⁰⁸⁷ la Cultura material de las comunidades tradicionales la que nos referimos serían las plasmaciones físicas de los conocimientos tradicionales.

¹⁰⁸⁸ GARCÉS, C. L. L. “Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais: tendências e perspectivas”, en BARROS, B. S.; GARCÉS, C. L. L.; MOREIRA, E. C. P.; PINHEIRO, A. S. F. (Orgs.). *Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais...*, *op.cit.*, pp. 71-84, p. 73.

un contexto tradicional; 2) representar la identidad cultural, social y espiritual de una comunidad tradicional; y, 3) ser mantenidos, utilizados y desarrollados por la comunidad o las personas de la comunidad con la responsabilidad de hacerlo de conformidad con sus leyes y prácticas consuetudinarias. Advirtiéndose que estas relaciones pueden expresarse por las prácticas, protocolos o leyes consuetudinarias.

Para mejor comprensión, ahora vamos a analizar por separado cada uno de esos requisitos. En primer lugar, el conocimiento, la información, la innovación o la práctica debe ser producto de la actividad intelectual creativa de una comunidad tradicional. De todos modos, debe aclararse que dicha actividad puede incluir además de la creatividad comunal, la creatividad de un miembro individual. O sea, en este contexto, está incluido los conocimientos, informaciones y prácticas efectivamente creados y desarrollados tanto por la comunidad en su conjunto cuanto por los individuos; pero, como se desprende de los requisitos segundo y tercero, en las creaciones individuales es necesario que dicha creación represente la identidad de la comunidad y pertenezca a la comunidad que, por su parte, es reconocida como su titular porque sobre ellas ejercen su custodia, conservación, titularidad colectiva o responsabilidad cultural. En otras palabras, cuando el conocimiento, la información o la práctica, incluso creado por un único miembro de la comunidad, si satisface las dos condiciones adicionales, es considerado como producto de un proceso creativo común, por lo que la comunidad (no el individuo) controla su acceso y uso. No obstante, el hecho de que un individuo pueda haber producido un CT y no ser considerado titular del derecho sobre lo mismo no significa que él no pueda ser uno de los beneficiarios directos de la protección, de acuerdo con el derecho consuetudinario de la comunidad¹⁰⁸⁹.

En el siguiente hito, los CTs deben tener como característica la identidad cultural, social y espiritual de una comunidad, o sea, hacer parte de su patrimonio cultural en sentido amplio. De hecho, esta característica refleja la verdadera razón de la necesidad de proteger los CTs; a saber, el hecho de que el CT, tal y como se desarrolla, constantemente re-establece los vínculos entre los miembros de la

¹⁰⁸⁹ Esto, por ejemplo, está previsto en el art. 10 de la Ley peruana n°. 27.811 que, al establecer la naturaleza jurídica de los derechos sobre los CTs, señala la posibilidad de algún tipo de beneficio a la persona que ha generado individualmente algún tipo de conocimiento, de acuerdo con el sistema tradicional consuetudinario de la comunidad.

comunidad entre sí y con el mundo circundante, y, por lo tanto, ayuda a reafirmar la identidad de la comunidad. Es decir, sólo los elementos de los CTs que continúan siendo “tradicionales”, en el sentido de que siguen unidos intrínsecamente a la comunidad en que se originaron, serían susceptibles de protección en el marco de un sistema *sui generis*.

En tercer y último lugar, es necesario que estos conocimientos sean mantenidos, utilizados y desarrollados por la comunidad o las personas de la comunidad con la responsabilidad de hacerlo de conformidad con sus leyes y prácticas consuetudinarias. Esta condición refleja la característica común de los CTs como patrimonio vivo, así como otra razón de la necesidad de proteger esos conocimientos, a saber: un CT es importante para una comunidad, siempre y cuando no es sólo característico de ella, sino también a medida que es “vivido” por ella, o bien, hace parte de la “práctica” de la comunidad, incluso a través de un mayor desarrollo.

En todos los casos, debe enmarcarse la importancia de reconocer que la diversidad de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales constituyen un factor importante que permite a las comunidades tradicionales y a las personas expresar y compartir con otros sus ideas y valores. De ahí, la necesidad de implementar medidas para asegurar la protección de la diversidad cultural, entendida como la multiplicidad de formas en que se expresan las creaciones de las comunidades, que se transmiten dentro de cada comunidad y entre comunidades diferentes.

Por ello, es necesaria la creación de instrumentos que logren una protección equitativa a todas las manifestaciones tradicionales, sean en relación con los factores de producción, comercialización o simplemente como una forma de manifestación de la identidad o de los valores de la comunidad, tanto en forma tangible como intangible. De hecho, clasificar los CTs en dos categorías (una que tenga utilidad comercial, potencial o efectiva, y otra que no la tenga) supone contrariar la naturaleza holística de esos conocimientos, según la cual, sus componentes espirituales y prácticos están entrelazados de tal manera que la mayoría de las veces es imposible distinguirlos.

6. Protección de los CTS mediante un sistema *sui generis*

6.1. Contenido general de la protección

Cabe advertir inicialmente, como demostramos previamente, que los CTs están compuestos por diferentes elementos entrelazados y que pertenecen a los ámbitos artístico, cultural, técnico, comercial, industrial e, incluso, espiritual. Por tanto, los derechos que han de adquirirse sobre esos componentes deben tender a proteger los legítimos intereses de los titulares sobre todos los elementos y no sólo parte de ellos.

Tras esa observación, hay que determinar el **contenido patrimonial** que debe ser asegurado a los titulares de los derechos intelectuales colectivos. Por ello, como punto de partida, resulta fundamental que sea reconocido de manera explícita el derecho a que las comunidades tradicionales puedan *oponerse* (de manera oportuna y efectiva) al acceso y al uso no autorizado de sus conocimientos, innovaciones y prácticas¹⁰⁹⁰. En rigor, el derecho mínimo que debe reconocerse es que las comunidades tradicionales, por razones de orden religioso, cultural, económico u otro, puedan impedir de manera efectiva su utilización por parte de terceros. Es decir, las comunidades tradicionales deben tener el derecho a veto, de oponerse a cualquier utilización que vaya en contra a sus voluntades, sea por cualquier razón.

Por otra parte, el derecho patrimonial puede ser traducido en la posibilidad de autorización de utilización de los CTs por terceros ajenos a las comunidades tradicionales. Así, los titulares de los CTs también deberían tener el derecho de conceder bajo licencia (sería la vertiente positiva del derecho) el contenido de sus conocimientos sea o no de tipo comercial e industrial. En este punto es importante señalar que las comunidades tradicionales pueden “negociar” sus conocimientos bajo licencia y no cesión. La licencia es entendida como el derecho de usar o explotar el objeto protegido, en nuestro caso los CTs. La cesión, a su vez,

¹⁰⁹⁰ La Ley peruana n.º. 27.811 en su art. 42, que hace referencia a los “*derechos de los pueblos indígenas que poseen conocimientos colectivos*”, señala que “*el pueblo indígena que posea un conocimiento colectivo estará protegido contra la revelación, adquisición o uso de tal conocimiento colectivo sin su consentimiento y de manera desleal, en la medida en que este conocimiento colectivo no se encuentre en el dominio público*”.

significa la transmisión total de titularidad de los derechos sobre el objeto protegido¹⁰⁹¹; esto es, en caso de que se contemple la cesión de los CTs la comunidad titular del conocimiento dejaría de serlo, pasando la titularidad a una persona. Por ende, por las características intrínsecas de los CTs, debe estar prohibido cualquier tipo de cesión que transforme esos conocimientos en monopolio¹⁰⁹². Se trata, claro está, de que **los CTs no pueden ser objeto de cesión sino de licencia**.

Asimismo, incluso en los supuestos de licencia los derechos privados deberán pues estar relacionados con el interés público de la comunidad en su conjunto, siempre y cuando se puedan determinar cuándo, dónde y cómo serán utilizados esos conocimientos. Esto se justifica una vez que los derechos sobre los CTs no pueden poseerse ni ejercerse de manera que perjudiquen los intereses legítimos de aquellos que los han creado y desarrollado.

En este punto, cabe poner de relieve aún, que los derechos de licencia sobre los CTs no deben ser exclusivos. Es decir, el tercero que acceda a los CTs no deberá obtener exclusividad en la utilización de los procesos y productos obtenidos a través de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales. Es decir, permitir que un tercero, sea persona física o jurídica, utilice un determinado conocimiento no significa que la comunidad tradicional poseedora y titular del referido conocimiento no pueda “negociar” este mismo conocimiento con otra persona o empresa. En cualquier momento las comunidades tradicionales pueden negociar el mismo conocimiento con las mismas facultades, para los mismos objetivos y dentro del mismo ámbito geográfico que la licencia ya otorgada.

En el caso de que la comunidad, tras conceder licencia de uso de un determinado conocimiento, prohibiera el acceso al mismo conocimiento a terceros, o no pudiendo además ser utilizado por la propia comunidad, estaríamos frente a un monopolio, al igual que en el sistema de patentes que, por su esencia,

¹⁰⁹¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “Los Derechos de Propiedad Industrial como objeto de propiedad...”, *op.cit.*, p. 1967.

¹⁰⁹² “Ningún derecho de monopolio o cualquier otro derecho exclusivo puede ser garantizado con respecto a los conocimientos tradicionales, hacerlo es poner en peligro su integridad y violar las bases sobre lo cual fue creado. (...) El pacto elemental de entre y entre los miembros de la comunidad se debilita, si no se destruye, por cualquier venta o menoscabo”. NIJAR, G. S. “In defense of local community knowledge...”, *op.cit.*

es contrario a la naturaleza colectiva y transgeneracional del patrimonio intelectual y cultural de las comunidades tradicionales.

Por lo anterior, es importante garantizar que la titularidad de los derechos sobre esos conocimientos no debe salir de la esfera de las comunidades tradicionales. Ello conlleva que deben ser nulas y no producir efectos jurídicos las patentes u otros derechos de propiedad intelectual sobre procesos o productos que utilizan los conocimientos de las comunidades tradicionales, por ser monopolio de algo que es esencialmente colectivo¹⁰⁹³. En síntesis, **los conocimientos, las innovaciones y las prácticas tradicionales deben ser inalienables**¹⁰⁹⁴.

Asimismo, cuando se piensa en el contenido normativo de los derechos intelectuales colectivos sobre los CTs debe tenerse presente que además de su contenido patrimonial hay que reconocer también su **contenido moral** (o sea el derecho a reivindicar la paternidad o autoría y a oponerse a un trato indigno). Unos derechos morales sólidos respecto de los CTs es, en efecto, un componente vital de un sistema *sui generis*, debido a su función específica en la protección y la conservación de la identidad cultural de las comunidades tradicionales, incluidos aquellos elementos de los conocimientos tradicionales que no deben ser utilizados comercialmente.

Uno de los problemas que más preocupa a la mayoría de las comunidades tradicionales es justamente la custodia de la integridad de sus conocimientos. Para ellos, la protección a los CTs no puede tener finalidades solamente económicas; es necesario el reconocimiento moral de la autoría. Este reconocimiento de los derechos morales por parte de las comunidades tradicionales sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas debe implicar la posibilidad jurídica – que debe ser expresamente asegurada - de negar acceso a sus creaciones cuando entienden que hay el riesgo o amenaza a la integridad de sus valores y creencias¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁹³ SANTILLI, J. “Biodiversidade e conhecimentos tradicionais...”, *op.cit.*, p. 59.

¹⁰⁹⁴ La inalienabilidad es sin duda una de las principales características de los CTs. NIJAR, G. S. “Incorporating traditional knowledge in an international regime on access to genetic resources...”, *op.cit.*

¹⁰⁹⁵ SANTILLI, J. “Patrimônio imaterial...”, *op.cit.*, pp. 130-131.

Por ello, la protección debe garantizar a las comunidades tradicionales el derecho de oponerse a deformaciones, mutilaciones u otras transformaciones que atenten contra el decoro de sus conocimientos, innovaciones y prácticas, o desvirtúen los valores culturales y espirituales encarnados en estas manifestaciones. Así que la protección debe proporcionar a las comunidades tradicionales medios jurídicos para prevenir cualquier acto que modifique la paternidad o afecte la integridad de los CTs y la garantía del control sobre su destino y utilización, con todas las consecuencias de ahí derivadas.

Entre los derechos morales, aún se deben asegurar a las comunidades los derechos a la indicación y al reconocimiento público de los poseedores del CT, en cualquier forma de divulgación, utilización, comercial o no, y la garantía a la integridad intelectual y cultural de esos conocimientos, de forma que impidan cualquier acto que pueda atentar contra ellos.

Los derechos morales de los poseedores de los CTs deben constituir el vínculo entre las comunidades indígenas y locales y sus conocimientos, innovaciones y prácticas. Como señala BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, el derecho moral nace y tiene pleno sentido en la medida que se manifiesta la personalidad del autor¹⁰⁹⁶. Así parece claro que el derecho moral cobra mayor importancia en la medida en que en la obra marca el cuño de la personalidad del autor. Esto es lo que ocurre con los CTs. Los conocimientos, las innovaciones y las prácticas tradicionales son esencialmente creados y desarrollados de acuerdo con la identidad social, cultural y espiritual de la comunidad. Así que el derecho moral sobre los CTs tiene relevante importancia.

Incluso aunque un determinado CT haya sido negociado, a título gratuito u oneroso, y esté siendo utilizado por terceros, el derecho moral tampoco puede ser perjudicado y debe continuar perteneciendo a la comunidad titular de los derechos, que tiene pleno derecho de ejercerlo en cualquier momento.

Hay que señalar aún que la naturaleza colectiva de los CTs en muchos casos trascienden los límites de una sola comunidad. Como ya señalamos, hay innumerables situaciones en que los conocimientos relativos a las características,

¹⁰⁹⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "Riesgo de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del Derecho de Propiedad Intelectual. Soluciones jurídicas", en *El Derecho de Propiedad Intelectual y las nuevas tecnologías*. Ministerio de Cultura, Colección Análisis y Documentos, n.º. 10, pp. 71-151, 1996, p. 78.

propiedades y usos de CTs son poseidos y/o producidos por diferentes comunidades. Esos conocimientos pueden ser compartidos por comunidades que viven en diferentes países o por comunidades que habitan una misma región. Por ello, hay que garantizar también el libre intercambio de conocimientos e información entre las comunidades tradicionales¹⁰⁹⁷. Este tipo de previsión debe plantearse como un derecho también inalienable e imprescriptible, que no puede estar sometido a ningún tipo de restricción una vez que el intercambio de ideas e informaciones es la base en la cual se asienta la creación y el desarrollo de los CTs. Impedir o dificultar el intercambio de informaciones es contrariar la propia esencia de los procesos culturales dado que en muchos casos los CTs son regenerados a partir del libre intercambio y difusión de informaciones y de recursos biológicos.

Otra cuestión muy importante referente a los contenidos de la protección de los CTs está con relación a la **imprescriptibilidad de los de derechos**, tanto morales como patrimoniales. Debido a la naturaleza intergeneracional de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, nuestra propuesta sostiene que sería apropiado que los derechos intelectuales colectivos también tuviesen una **duración** perpetua.

ANTEQUERA PARILLI, por ejemplo, defiende la perpetuidad de los derechos morales, pero solamente sobre las ECTs en sentido estricto, es decir, para las manifestaciones tradicionales constituidas por obras literarias o artísticas, en el mismo sentido del derecho moral del autor sobre su obra¹⁰⁹⁸. Esta idea incluso está expresada en algunos ordenamientos jurídicos. La Ley paraguaya sobre Derecho de Autor, por ejemplo, establece la perpetuidad de la integridad de las expresiones del folclore y pauta aún que corresponde al Estado hacer la defensa de posibles mutilaciones de esas manifestaciones¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁷ NIJAR, G. S. "In defense of local community knowledge...", *op.cit.*

¹⁰⁹⁸ ANTEQUERA PARILLI, R. "La tutela del folklore...", *op.cit.*, pp. 528-530.

¹⁰⁹⁹ De acuerdo con el art. 83 de la Ley de Paraguay nº. 1.328, de derecho de autor y derechos conexos, "*las expresiones del folclore publicadas o no, serán protegidas permanentemente de su explotación inadecuada y de sus mutilaciones o deformaciones. Corresponde al Estado, a través de la Dirección Nacional del Derecho de Autor y de las demás instituciones encargadas de velar por el patrimonio cultural tradicional, la defensa contra su explotación abusiva a los atentados a su integridad*". Disponible en http://www.cej.org.py/games/Leyes_por_Materia_juridica/CIVIL/LEY%20%201328.pdf. Consultada el 29 de marzo de 2011.

Puede advertirse, entonces, que esos dispositivos legales sirven solamente para las ECTs en sentido estricto. Es decir, las ECTs que se pueden constituir en una “obra”, tomando por base el derecho de autor. Pero si se amplía el objeto de la protección a las demás manifestaciones que no se constituyen necesariamente en “obra”, como defendemos en este trabajo, la solución transcrita resulta insuficiente. Así que a nuestro entender esos dispositivos demuestran simplemente la necesidad de asegurar el derecho a perpetuidad de la integridad de los CTs, puesto que entendemos que la protección a la paternidad e integridad debe ser extendida a todas las manifestaciones, innovaciones y prácticas tradicionales, y no solamente a aquellas que pueden ser definidas como obras en el marco del derecho de autor.

La imprescriptibilidad de los derechos colectivos sobre los CTs es asegurada, por ejemplo, en el art. 12 de la Ley peruana n°. 27811 que establece que “*por ser parte de su patrimonio cultural, los derechos de los pueblos indígenas sobre sus conocimientos colectivos son inalienables e imprescriptibles*”. Esta idea es defendida también por SANTILLI, para quien los derechos morales y patrimoniales de los poseedores de los CTs deben ser inalienables, irrenunciables e imprescriptibles, no quedando sujetos a cualquiera lapso temporal¹¹⁰⁰.

6.2. Protección preventiva

6.2.1. Planteamiento general

La vertiente negativa del derecho de protección jurídica de los bienes inmateriales es el ejercicio del *ius prohibendi* a terceros, sin perjuicio de su contenido exclusivo en cuanto derecho susceptible de ser objeto de negocios jurídicos varios, que hablaremos más adelante. En relación con los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales el *ius prohibendi* o derecho

¹¹⁰⁰ SANTILLI, J. “Conhecimentos tradicionais associados...”, *op.cit.*, pp. 364-365. La defensa de que las comunidades tradicionales tengan derechos inalienables e imprescriptibles sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas también es hecha por KAMERI-MBOTE, P.; OTIENO-ODEK, J. “Genetic use restriction technologies...”, *op.cit.*, p. 228; NIJAR, G. S. “In defense of local community knowledge...”, *op.cit.*

de veto debe ser el primer contenido de los derechos de protección y está relacionado con la facultad de impedir que terceros no autorizados por las comunidades tradicionales hagan uso de los conocimientos protegidos. Es decir, el *ius prohibendi* en relación con la protección de los conocimientos tradicionales debe ser expresado en el derecho de las comunidades de ser consultadas previamente antes del acceso y del uso de los CTs, a negar el acceso y a prohibir el uso no autorizado de sus conocimientos, innovaciones y prácticas.

Este es especialmente importante porque, como hemos señalado en este trabajo, uno de los principales problemas enfrentados por las comunidades tradicionales es la apropiación ilegítima de sus conocimientos, innovaciones y prácticas. Por ello, se hace urgente la adopción de una normatividad positiva que proteja los derechos de estas comunidades sobre sus conocimientos. Efectivamente, la única forma de luchar contra la piratería es garantizar a las comunidades tradicionales el derecho al pleno ejercicio de acciones legales (jurisdiccionales y administrativas) en defensa de sus derechos intelectuales colectivos lo que requiere, a su vez, el reconocimiento de que el bien jurídico protegido es derecho (propiedad) de las comunidades tradicionales como consecuencia de sus esfuerzos creador e innovador.

6.2.2. Actos concretos contra los que se deben proteger los conocimientos tradicionales

6.2.2.1. Apropiación indebida

De forma general, hay dos categorías de actos contra los que se deben proteger los CTs “la apropiación indebida” y “otras acciones lesivas”. Por “apropiación indebida” debe entenderse cualquier forma de utilización que se haga con o sin fines lucrativos y fuera del contexto tradicional o habitual en el cual el conocimiento fue desarrollado, es decir, fuera de la comunidad tradicional, sin

autorización de la comunidad respectiva¹¹⁰¹. Por ello, la utilización, aunque sea por parte de miembros de la comunidad en la que la expresión se ha desarrollado y perpetuado, exige autorización si se hace fuera de la comunidad tradicional.

Entre las formas específicas de utilización que requieren autorización, conforme el tipo de conocimiento, innovación o práctica, están la publicación, la reproducción, la comercialización, la explotación, la distribución, la recitación, la ejecución o interpretación pública y cualquier otra forma de comunicación al público. Asimismo, hay que considerar apropiación indebida toda adquisición o utilización de conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales por medios desleales o ilícitos; obtención de beneficios comerciales derivados de la adquisición, apropiación o utilización de los CTs cuando la persona que los utiliza es negligente al no saber que se trata de CT adquirido por apropiación o medios desleales; y, otras actividades comerciales contrarias a los usos honestos de los CTs, en particular la comercialización que distorsione la cultura tradicional.

Además de esas acciones podemos incluir en los actos de apropiación indebida la utilización de los CTs que no sean para los fines para los que se tuvo acceso. Se entiende que esa infracción se puede cometer utilizando el conocimiento, la innovación o la práctica más allá de los límites establecidos en las condiciones de la utilización obtenida o de forma contraria a esa autorización. Igualmente, comete infracción de apropiación indebida quienes practican los siguientes actos: robo, soborno, coacción, fraude, incumplimiento de contrato, incumplimiento de las obligaciones fiduciarias, violación de los términos de los acuerdos de acceso, afirmaciones falsas e incumplimiento de obligaciones sobre el consentimiento fundamentado previo.

6.2.2.2. Otras acciones lesivas

Con relación a las “*otras acciones lesivas*”, hay que considerar tres supuestos. Primero, la protección de las “*denominaciones de origen*” de los CTs. Esto significa que en todas las publicaciones impresas y en relación con

¹¹⁰¹ El art. 3 de las Disposiciones Tipo señala que la autorización puede ser dada tanto por la comunidad como por una autoridad competente. Nosotros, sin embargo, acreditamos que la autorización debe ser concedida solamente por la comunidad.

cualesquiera comunicaciones al público de un CT deberá indicarse el origen de ese conocimiento de forma apropiada, mencionando claramente la comunidad y el lugar geográfico del que procede el conocimiento utilizado. La referencia a la comunidad y el lugar geográfico tienen en cuenta que un mismo conocimiento puede ser desarrollado en más de un territorio, por diferentes comunidades.

Segundo, es también sancionable inducir a error al público presentando creaciones como si fueran creación de una comunidad tradicional de la que, de hecho, no son originales. Esto es esencialmente una forma de “sustitución”.

Y, en tercero, se incurre en una infracción si se utilizan en público, de forma directa o indirecta, conocimientos, innovaciones o prácticas tradicionales desnaturalizándolos de una forma lesiva u ofensiva para los intereses culturales y espirituales de la comunidad. El término “desnaturalizar” se refiere a cualquier acto de distorsión o mutilación en relación con el CT¹¹⁰².

Debe tenerse presente de todos modos, con independencia de los actos descritos arriba, las comunidades tradicionales tienen pleno derecho a defender sus conocimientos, innovaciones y prácticas contra cualquier acto contrario, perjudicial o lesivo a los intereses de la comunidad. Así que los actos planteados pueden ser considerados como mínimos una vez que las comunidades locales e indígenas deben tener asegurada la defensa de su patrimonio material e inmaterial de cualquier acto que ellas consideraren contrario a la cultura, a la identidad de la comunidad y a los derechos y prácticas consuetudinarios.

Obviamente, como todo derecho no es absoluto, los derechos garantizados a las comunidades tradicionales sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas pueden también presentar algunas excepciones. Proponemos que esas excepciones puedan darse especialmente cuando está en “juego” el “bienestar” general. Así que los derechos intelectuales colectivos sobre los conocimientos tradicionales no pueden ser poseídos ni ejercerse de manera que perjudiquen los intereses legítimos de la sociedad en su conjunto, como, por ejemplo, la utilización por terceros con fines académicos o culturales. No obstante, debe advertirse que incluso en esos supuestos, hay que comunicar a la comunidad sobre el respectivo uso y respetar la cultura y la identidad de la misma. Además,

¹¹⁰² OMPI. “Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de Propiedad Intelectual...”, *op.cit.*, p. 45.

en especial cuando del uso para fines cultural o educativo, hay que hacer referencia a la comunidad que ha creado y desarrollado el conocimiento.

6.2.3. Mecanismos de protección para los conocimientos tradicionales

La protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales no sería efectiva sin la disponibilidad de medidas eficaces y expeditivas que sancionen los actos violatorios de los bienes intelectuales protegidos. Por ello, no es suficiente establecer las acciones lesivas o ilícitas, es necesario asimismo determinar qué tipos de acciones se pueden impetrar, cómo será la legitimación procesal para interponer las referidas acciones y cuáles serán las sanciones en caso de incumplimiento.

6.2.3.1. Legitimación procesal de las comunidades tradicionales

Ahora bien, como analizamos en el capítulo primero, los derechos sobre los CTs poseen naturaleza jurídica de derechos intelectuales colectivos. Posteriormente, cuanto tratamos de la titularidad de los derechos sobre los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, afirmamos que la titularidad de esos derechos debe ser la comunidad tradicional y no un miembro de la comunidad en particular. Además, incluso concediendo la titularidad de los derechos a la comunidad tradicional, afirmamos aún que no habría necesidad de constitución de personalidad jurídica por parte de la misma, ya que esa exigencia no facilitaría la protección de los derechos sobre los CTs sino que la dificultaría, hecho que sería contrario a la naturaleza del sistema *sui generis* que debería ser eficaz en la protección de los CTs. Así que la cuestión que ahora se presenta es cómo las comunidades tradicionales (sujetos colectivos) pueden ejercer sus derechos, toda vez que la naturaleza colectiva de esos derechos obviamente dificulta la legitimación procesal y una vez que no siempre las comunidades tradicionales poseen personalidad jurídica.

Por ello, el primer planteamiento es cómo se manifiesta, cómo actúan los sujetos colectivos, cómo se expresan las razones y los deseos de las

colectividades y, en definitiva, cómo los sujetos colectivos ejercen sus derechos. Obviamente esta es una cuestión compleja.

No obstante, la dificultad no significa que los sujetos colectivos no puedan demandar y ejercer sus derechos¹¹⁰³. La posibilidad de que un ente colectivo sin personalidad jurídica tenga capacidad y, por tanto, legitimación procesal es defendida por GUTIÉRREZ DE CABIEDES y CAVIEDES que defienden la idea de que puede existir “*capacidad sin personalidad*”. Según los autores, la personalidad jurídica es un procedimiento de unificación de ciertos fenómenos de asociación o de organización del Derecho subjetivo, pero no puede ser el único¹¹⁰⁴.

La cuestión entonces es cómo se expresarán los sujetos colectivos. Según LOPES CALERA, la respuesta “*es muy simple: los sujetos colectivos se expresan, en relación a sus derechos, por medio de representantes*”¹¹⁰⁵. Sin representación los sujetos colectivos se quedarían reducidos a entes de ficción. El autor añade aún que considerando los sujetos colectivos complejos (entre esos colectivos complejos podemos incluir las comunidades tradicionales), “*cualquier teoría de los derechos colectivos ha de reconocer que tales derechos no existirían, no podrían existir, si unos determinados sujetos individuales (los representantes) no los formularan, no los expresaran, no los representarían (...) hay que afirmar rotundamente la inevitable condicionalidad representativa de los sujetos colectivos y consecuentemente del ejercicio de sus derechos. No hay sujetos colectivos sin representación*”¹¹⁰⁶.

Igualmente, GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ señala que la “*legitimación colectiva significa el **reconocimiento del derecho** de acudir a los tribunales por parte de dichos grupos **mediante la intervención de determinados miembros,***

¹¹⁰³ “La existencia de sujetos colectivos y la consiguiente posibilidad de que esos sujetos reivindiquen derechos puede tener la simple explicación de que a veces hay intereses, valores, fines, que no pueden ser alcanzados individualmente o que por otras conveniencias deben ser logrados con un esfuerzo colectivo o no individual”. LÓPEZ CALERA, N. *¿Hay derechos colectivos?... op.cit.*, p. 131.

¹¹⁰⁴ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P.; CAVIEDES, H. de. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales...*, *op.cit.*, p. 313.

¹¹⁰⁵ LÓPEZ CALERA, N. “Sobre los derechos colectivos...”, *op.cit.*, p. 38.

¹¹⁰⁶ LÓPEZ CALERA, N. *¿Hay derechos colectivos?... op.cit.*, pp. 139-140. En el mismo sentido, IDEM, “El concepto de derechos colectivos”..., *op.cit.*, p. 69.

sin necesidad de representación formal especial, alegando un interés jurídico relevante, sin exigencias en orden a la titularidad y ostentación de derechos ejercitados o a ejercitar en cuanto suponen cuestiones de fondo” (negritas nuestras)¹¹⁰⁷. O sea, la legitimación para ejercer y defender sus derechos por parte de los sujetos colectivos se justifica por los intereses, valores y fines comunes que no pueden ser defendidos o alcanzados individualmente, como es el caso de las comunidades tradicionales, y se logra por medio de representación.

Asimismo, GÓMEZ DE LIAÑO GÓNZALEZ subraya con acierto que la **legitimación colectiva** comprende la del grupo organizado, que confiere a sus gestores (que en los casos de las comunidades tradicionales tiene otros nombres, como jefe, líderes, chamanes, etc.) una **representación** que, por medio de diversos instrumentos están expresamente autorizados para defender los intereses del grupo, incluso **en virtud de un mandato verbal y hasta tácito**¹¹⁰⁸.

Por ello, claro está que las comunidades tradicionales, como grupos organizados, podrán ejercer y defender sus derechos por medio de sus representantes. Serán los representantes de las comunidades los que tendrán el encargo de “hablar” y “actuar” en nombre de la comunidad en todas las esferas, tanto administrativa como judicial, además de ser los legitimados para firmar contratos para licencia de acceso y uso de CTs. Así que la legitimidad en juicio para proponer acción en virtud de alguna infracción practicada contra los derechos de las comunidades tradicionales referentes a sus conocimientos, innovaciones y prácticas será de la(s) persona(s) que representan a la comunidad o por organizaciones representativas de las comunidades tradicionales¹¹⁰⁹, respetando, obviamente, las diferentes formas de organizaciones y los derechos y prácticas consuetudinarios de las comunidades.

¹¹⁰⁷ GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F. “La legitimación colectiva...”, *op.cit.*, p. 568.

¹¹⁰⁸ GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F. “La legitimación colectiva...”, *op.cit.*, p. 568.

¹¹⁰⁹ En Brasil las comunidades indígenas tienen la Fundación Nacional del Indio (FUNAI) que representa los intereses de las comunidades indígenas. La Ley peruana n°. 27.811, que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos, también señala que “*para efectos de este régimen, los pueblos indígenas deberán ser representados a través de sus **organizaciones representativas**, respetando las formas tradicionales de organización de los pueblos indígenas*”. Sólo no deja claro quienes son las organizaciones representativas.

Por lo anterior, las acciones propuestas por las comunidades tradicionales deben ser interpuestas por líderes o persona representativas de acuerdo con el derecho consuetudinario interno de la comunidad. Hay casos en los que prevalece la autoridad del miembro mayor de la comunidad, o del chamán o del jefe, que puede llegar a la función de mando por ser el mejor guerrero, por tener más experiencia, por tener mayores habilidades, etc., o la dirección de la comunidad es función de un grupo de mujeres. Es decir, no es cualquier miembro que puede defender en juicio los intereses de la comunidad, sólo pueden hacerlo aquellas personas que, de acuerdo con la organización interna de la comunidad y con el derecho consuetudinario, tienen legitimación para la representación de los intereses de la colectividad¹¹¹⁰ o por las organizaciones representativas de las comunidades tradicionales. Hay que advertir también que esos representantes no sólo son los legítimos para defender los derechos de la comunidad en juicio sino delante terceros. Por ello, las formas de representación deben ser aceptadas también por los interesados en acceder o utilizar los CTs.

Otro aspecto importante en relación a la legitimación procesal de las comunidades tradicionales está en relación con los hechos que envuelven a más de una comunidad. En estos supuestos, por razones operativas, cuando se tenga la necesidad de acceder a la esfera administrativa o judicial, la pretensión, además de poder ser ejercida por las organizaciones representativas de las comunidades, puede ser ejercida en conjunto o por cualquiera de ellas, pero los efectos de la decisión o sentencia debe ser extensiva a todas las comunidades afectadas por los hechos, incluso cuando la comunidad no haya participado como demandante en el proceso. Así que, cuando los CTs estén compartidos por más de una comunidad tradicional, el ejercicio de los derechos por uno o más poseedores no debe perjudicar o restringir los derechos de otras comunidades.

El hecho de que las comunidades tradicionales, por medio de sus representantes, puedan demandar acciones tanto administrativa como

¹¹¹⁰ Hemos hecho cuestión de señalar que ha que considerar la organización consuetudinaria de la comunidad una vez que “no hay representación auténtica o legítima sin algún grado o nivel organizativo cuando se trata de representar a un grupo”. LÓPEZ CALERA, N. *¿Hay derechos colectivos?...*, op.cit., p. 140; IDEM, “El concepto de Derechos Colectivos”..., op.cit., p. 70. O como afirma PITKIN, “sin la institucionalización el ideal de representación no pasaría de ser un sueño vacío, o como mucho ocurriría de manera ocasional como una caprichosa e inexplicable bendición sobre la que no tenemos capacidad alguna de producirla o prolongarla”. PITKIN, H. F. *El concepto de representación*. Madrid, CEC 1985, pp. 265-266.

judicialmente independientemente de otra comunidad que también es titular de un mismo conocimiento nos plantea otro problema. Llevando en consideración, como hemos adelantado, que las comunidades tradicionales titulares de un mismo conocimiento pueden habitar en diferentes regiones, puede ocurrir que distintas acciones sean iniciadas ante tribunales distintos en virtud de la competencia territorial de los tribunales.

Cuando las comunidades habitan en regiones diferentes pero en un mismo país que posee un sistema de protección a nivel nacional este tipo de problema puede ser evitado con el arbitramento de mecanismos de inhibición del tribunal posterior a favor del primero en el sistema de protección. La dificultad mayor está cuando esto ocurre en comunidades que habitan en diferentes países. De ahí la importancia de un sistema de protección internacional, que será analizado posteriormente, que tendría la función primordial de armonizar determinados aspectos de la protección. En un sistema de protección internacional el problema podría ser evitado también con el arbitramento de mecanismos de inhibición del tribunal posterior a favor del primero, así como de mecanismos de reconocimiento de las resoluciones extranjeras.

6.2.3.2 Acciones ejercitables por las comunidades tradicionales

El siguiente hito, una vez resuelta la cuestión de la legitimación de las comunidades tradicionales para ejercer sus derechos, y por consiguiente la legitimación procesal, es establecer qué tipos de acciones deberían interponer esas comunidades a favor de terceros que cometan alguna infracción y/o lesión contra sus derechos intelectuales colectivos garantizados por el régimen de protección.

Siguiendo la tónica de este trabajo, creemos que se deben poner a disposición de las comunidades tradicionales mecanismos para que ellas puedan defender sus derechos tanto administrativa como judicialmente, como ya adelantamos. Así que ellas deben poder interponer acciones que tienden a

impedir, de modo provisional y definitivo, la actividad infractora y/o lesiva y a remediar sus efectos tanto administrativa como civilmente¹¹¹¹.

A) Acciones administrativas

Las comunidades tradicionales, antes de acceder a los tribunales o con independencia de acceder a los tribunales pueden acceder al órgano competente¹¹¹² por vía de un proceso administrativo para tratar asuntos o controversias relativos a la protección de sus conocimientos, innovaciones y prácticas. Las acciones administrativas son medidas de carácter optativo que pueden dar lugar a la imposición de sanciones¹¹¹³ o facilitar el ejercicio posterior de una acción judicial. Las acciones administrativas pueden presentar aún como medidas de facilitación probatoria.

No obstante, hay que hacer dos observaciones importantes con relación a la posibilidad de acciones administrativas. Primera, la falta de reclamación administrativa previa no puede reputarse defecto insubsanable para la interposición de acciones judiciales. Es decir, la posibilidad de acceder a la vía administrativa por parte de las comunidades tradicionales es una opción más y no una condición para acceder a los tribunales. Segunda, la acción administrativa no constituye un presupuesto para las medidas cautelares, que podrán promoverse sin necesidad de cumplimentar dicho trámite.

¹¹¹¹ Las acciones de orden penales hasta puede ser establecidas en algunos casos, no obstante es necesario tener en cuenta lo que señala NASCIMENTO. El autor al desarrollar un profundo análisis de la viabilidad de criminalizar la biopiratería sostiene que la criminalización “*es un importante e indispensable instrumento para la defensa de los bienes jurídicos expoliados por la biopiratería, pero la norma penal, no resolverá el problema que debe ser abordado también a partir de otras perspectivas*”. Así que la criminalización de la biopiratería no puede y ni debe ser aceptada “*como la primera o única razón, sino como una propuesta que es necesaria y complementaria a la realización de otros instrumentos que son, igualmente, importantes para la eficacia de la protección jurídica*”. NASCIMENTO, D. L. *Biopirataria na Amazônia...*, op.cit., p. 98.

¹¹¹² Dicho órgano competente o entidad de gestión será analizada en el epígrafe 7.1.

¹¹¹³ De acuerdo con el art. 49 de la Ley peruana n°. 27.811, que regula el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos, establece que el INDECOPI (que es la autoridad administradora en Perú, que trata de la temática en cuestión) podrá, dentro del ámbito de su correspondiente competencia, dictar una o varias medidas cautelares destinadas a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva. El art. 50 añade que, en caso de incumplimiento de la medida cautelar, el INDECOPI impondrá automáticamente una sanción de multa.

B) Acciones judiciales

Más allá de las acciones administrativas, las comunidades tradicionales deben tener garantizado el ejercicio de medidas judiciales por parte de sus representantes para que los derechos garantizados a las mismas sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas puedan hacerse efectivos. En el ámbito del poder judicial estas acciones pueden ser concretadas en acciones de cesación e indemnizatorias, además de las medidas cautelares¹¹¹⁴.

La acción de cesación es aquella de que dispone el titular de los derechos reconocidos por la ley para instar el cese de la actividad ilícita que violen sus derechos y la adopción de medidas para evitar que se repitan y que tiene como presupuesto la titularidad de un derecho sobre una cosa - la creación intelectual - frente a quien la discute o se niega a reconocerla. Por ello, la acción de cesación es un importante instrumento en la defensa de los derechos sobre bienes inmateriales y, por tanto, puede ser un importante instrumento en la defensa de los derechos de las comunidades tradicionales sobre sus creaciones intelectuales.

En general, las acciones de cesación son un procedimiento encaminado a obligar a terceros (personas físicas o jurídicas) a poner fin a un comportamiento que atente contra la protección de los derechos asegurados legalmente. Su objetivo es neutralizar a las actividades desarrolladas ilícitamente y que, por tanto, atentan a los intereses de los titulares del derecho reconocido por la ley. Por ello,

¹¹¹⁴ Un buen ejemplo de legislación que establece ese tipo de acciones es la Ley n.º 27.811, de Perú, que en el art. 45 establece que *“las organizaciones representativas de los pueblos indígenas que poseen conocimientos colectivos podrán iniciar las acciones reivindicatorias e indemnizatorias que les confiera la legislación vigente contra el tercero que, de manera contraria a lo establecido en este régimen, hubiere utilizado, directa o indirectamente, dichos conocimientos colectivos”*. En el art. 62 se añade que *“las infracciones a los derechos de los pueblos indígenas que poseen conocimientos colectivos darán lugar a la aplicación de una sanción de multa, sin perjuicio de las medidas que se dicten para la cesación de los actos de infracción o para evitar que éstos se produzcan. Las multas que podrán establecerse serán de hasta ciento cincuenta (150) UIT. La imposición y graduación de las multas será determinada, teniendo en consideración el beneficio económico obtenido por el infractor, el perjuicio económico ocasionado a los pueblos y comunidades indígenas y la conducta del infractor a lo largo del procedimiento. La reincidencia se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente. Si el obligado no cumple en un plazo de tres (3) días con lo ordenado en la resolución que pone fin a un procedimiento, se le impondrá una sanción de hasta el máximo de la multa permitida, según los criterios a los que hace referencia el artículo precedente, y se ordenará su cobranza coactiva. Si el obligado persiste en el incumplimiento, se podrá duplicar sucesiva e ilimitadamente la multa impuesta hasta que se cumpla la resolución, sin perjuicio de poder denunciar al responsable ante el Ministerio Público para que éste inicie el proceso penal que corresponda”*.

la acción de cesación va encaminada a ordenar el cese o prohibir, cualquier conducta o comportamiento contrario a la ley; adoptar las medidas necesarias para eliminar los efectos de la infracción; y multar a quien haya infringido si no ejecuta la decisión.

En nuestro caso, la acción de cesación puede ser utilizada para hacer frente a un acto ilícito o lesivo practicado contra los derechos de las comunidades tradicionales que no pueden reparar en si el demandado ha actuado dolosa o negligentemente ni si en su actuación genera un daño. Se trata, por tanto, de erradicar cualquier comportamiento que se contraponga a los derechos de exclusiva de las comunidades tradicionales sobre sus conocimientos. En estos supuestos, el objetivo de las acciones consistiría en conseguir la cesación de la infracción y/o lesión contrarias a los intereses colectivos de las comunidades tradicionales.

La cesación puede estar integrada por dos acciones distintas, una de *inhibición* - la suspensión de la actividad infractora o lesiva y la prohibición de reanudarla - y otra de *remoción* - inutilización y destrucción de los medios y resultados de la violación. En el primer supuesto, la acción de cesación comprende medidas dirigidas a la inhibición de la conducta infractora. Las medidas de inhibición tienden, en suma, a impedir la persistencia de la actividad ilícita y/o su repetición en el futuro. La cesación comprende, en segundo término, la remoción de los efectos y de los instrumentos de la violación. Hay que comenzar por señalar que la acción de remoción está estrechamente ligada a las medidas de inhibición. La remoción de los resultados e instrumentos de la violación exige una condena previa a la inhibición de la conducta infractora y esta carecería de toda eficacia sin la consiguiente remoción de los actos causantes de la violación. Con ello quiere señalarse que la acción de remoción aunque constituye un fin en sí misma, representa también una garantía como medida de ejecución al servicio del cumplimiento forzoso de la acción de inhibición¹¹¹⁵.

Siguiendo esta premisa, las comunidades tradicionales podrán interponer la acción de cesación para preservar sus derechos de legítimos titulares sobre los CTs contra todos aquellos comportamientos que ignoren la exigencia de contar

¹¹¹⁵ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A. "Artículo 139. Cese de la actividad ilícita", en RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 2ª ed., Navarra, Civitas, 2009, p. 859 y ss.

con la autorización previa de la comunidad para utilizar un CT, además de poder utilizarla para hacer frente a todos aquellos actos de utilización lesiva hacia un CT, y a la remoción de los instrumentos u objetos que violen los valores y las creencias de las comunidades tradicionales, como, por ejemplo, algunas obras de arte que se negocian como obras indígenas originales y no lo son.

Cabe añadir, que en un sistema *sui generis* de protección a los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, la acción de cesación estaría basada en la lesión de los derechos de las comunidades tradicionales sobre sus conocimientos, con independencia de que dicha lesión haya provocado daños y perjuicios a las comunidades titulares del derecho lesionado. Ahora bien, cuando esa actividad ilícita o lesiva ha originado efectivamente daño material o moral, la comunidad perjudicada podrá obtener la restitución de los daños materiales y/o compensación por los daños morales a través de la acción indemnizatoria¹¹¹⁶.

En principio serían indemnizables todos los conceptos pertinentes para reparar los daños y perjuicios causados, o sea, el objetivo es conseguir la más completa indemnización a la comunidad titular del derecho infringido. Obviamente, a la hora de detallar el elenco de conceptos indemnizables, cualquier acto que atente material y/o moralmente contra los derechos de las comunidades tradicionales deben ser objeto de la pretendida acción, en especial, las pérdidas sufridas y la ganancia dejada de obtener por parte de la comunidad por utilización ilícita de sus conocimientos. No obstante, hay que destacar que los daños morales no dependen de los daños materiales, así que el daño moral es un concepto indemnizatorio independiente, pues se puede reclamar con independencia del daño patrimonial¹¹¹⁷.

El alcance de la indemnización por daños y perjuicios al titular del derecho infringido (en nuestro caso las comunidades tradicionales) debe ser valorado según las circunstancias de la infracción, la gravedad de la acción lesiva y el grado de difusión ilícito del conocimiento tradicional protegido. Algunos criterios a

¹¹¹⁶ Sobre los presupuestos de la indemnización de daños y perjuicios vid. DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M. "Comentario al artículo 42 LM", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLES, J. A (Dir.). *Comentarios a la Ley de Marcas*. Tomo I (Artículos 1 a 50). 2ª ed., Pamplona, Arazandi, 2008, pp. 681-698.

¹¹¹⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Manual de Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 281.

la hora de valorar el daño pueden ser llevados a consideración, como: a) beneficios que la comunidad tradicional hubiera obtenido de no haberse producido la actuación del infractor; b) ganancia espuria obtenida por parte del infractor; c) precio que el infractor hubiera debido satisfacer a la comunidad tradicional titular del conocimiento por la utilización comercial de un CT de acuerdo con lo estipulado en el contrato de cesión sobre el reparto justo y equitativo de los beneficios; d) el daño moral sufrido por la comunidad tradicional con relación a la actividad lesiva (especialmente sí el conocimiento objeto de la lesión es considerado sagrado por motivos religioso o espiritual por parte de la comunidad tradicional).

Más allá de las acciones de cesación e indemnizatorias, las comunidades tradicionales deben tener asegurado el derecho de adoptar las medidas cautelares, que también constituyen un instrumento básico en la defensa de los derechos sobre los bienes inmateriales y que también pueden ser perfectamente utilizadas en la defensa de los derechos intelectuales colectivos de las comunidades tradicionales. Según BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, sólo la interrupción cautelar de la actividad ilícita puede evitar un perjuicio a quien ve atacado ilegítimamente su derecho de exclusiva sobre un bien inmaterial ¹¹¹⁸.

Una de las ventajas de las medidas cautelares es su naturaleza anticipatoria y su contenido negativo, por cuanto adelanta provisionalmente la tutela de cesación o prohibición solicitada. Además, las medidas pueden ser interpuestas tanto en caso de infracción como cuando exista temor racional y fundado a que esta vaya a producirse. Es decir, no sólo en los casos de infracción consumada sino también en los supuestos de infracción inminente de derechos del titular del objeto protegido, que en nuestro caso son las comunidades tradicionales ¹¹¹⁹.

¹¹¹⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "Las medidas cautelares en la nueva legislación sobre bienes inmateriales y Derecho de la Competencia", en *Estudios sobre Derecho Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia en homenaje a Hermenegildo Baylos Corroza. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 1992, pp. 49-78, p. 53.

¹¹¹⁹ Este situación es garantizada en el art. 43 de la Ley peruana, n°. 27.811, según el cual "los pueblos indígenas que poseen conocimientos colectivos pueden interponer acción por infracción contra quien infrinja los derechos que se precisan en el artículo anterior. También procede la acción por infracción cuando exista peligro inminente de que estos derechos puedan ser infringidos...".

La Ley peruana n°. 27.811 también es un buen ejemplo en cuanto al establecimiento de las medidas cautelares. En su art. 49, que establece las medidas cautelares, asegura las siguientes medidas: “a) *la cesación de los actos materia de la acción; b) el decomiso, el depósito o la inmovilización de los productos desarrollados a partir del conocimiento colectivo materia de la acción; c) la adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduaneras impidan el ingreso al país y la salida del país de los productos desarrollados a partir del conocimiento colectivo materia de la acción; d) el cierre temporal del establecimiento del denunciado; y, e) cualquier otra medida que tenga por objeto evitar que se produzca algún perjuicio derivado del acto materia de la acción o que tenga como finalidad la cesación de éste*”.

6.2.3.3. La aplicación del principio de hiposuficiencia en relación con la protección de los conocimientos tradicionales y sus consecuencias

Tratándose de mecanismos de protección a los derechos de las comunidades tradicionales sobre sus conocimientos, es importante destacar aún que en un sistema *sui generis* de protección a los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales hay que considerar la vulnerabilidad de esas comunidades y, por lo tanto, incorporar el principio de la hiposuficiencia, consagrado en muchas leyes nacionales en la protección del derecho del consumidor.

Así que, teniendo en consideración la posición de hiposuficiencia de las comunidades tradicionales, las acciones que tienen como parte alguna comunidad tradicional también pueden ser interpuestas de oficio, además de las organizaciones representativas de esas comunidades, a que ya nos referimos, por la entidad de gestión competente, que mencionaremos posteriormente.

Todavía dentro del principio de hiposuficiencia de las comunidades tradicionales, un sistema *sui generis* debe partir de la premisa de que una relación entre partes desiguales debe contener mecanismos de frenos y contrapesos para equilibrar la relación contractual. Entre esos mecanismos, el más importante es la previsión de la inversión de la carga de la prueba en favor de los creadores de los CTs, facilitando su defensa, tanto administrativa como judicialmente, una vez que

las comunidades tradicionales no tienen condiciones materiales para ello, además de las especificidades culturales de esas comunidades¹¹²⁰.

Además, para facilitar la constatación de la prueba, cualquier declaración de los ancianos u otros miembros legalmente reconocidos de la comunidad de manera y forma aceptadas por las prácticas culturales de esa comunidad será prueba suficiente de la existencia del derecho a aquel conocimiento. Corresponde entonces a la persona/empresa contendientes otra manera de probar su alegación¹¹²¹.

Pese a todas las garantías anteriormente señaladas, hemos que reconocer que un elemento poco considerado en el debate sobre la protección de los CTs es el rol del Poder Judicial. Salvo en pocas circunstancias, no se han llevado casos específicos a los tribunales para iniciar el proceso de desarrollo de jurisprudencia en materia de protección de los CTs. Sin embargo, en la mayoría de los países, incluso donde no se aborda de manera directa y explícita el tema de la protección de los CTs, le asisten especialmente a los pueblos indígenas y sus comunidades medios para alcanzar justicia en una serie de áreas que, por extensión, podrían incluir los CTs.

Asimismo hay que considerar que el acceso al Poder Judicial no es tan simple para las comunidades tradicionales pues, además de necesitar de una serie de conocimientos, han de disponer de recursos y tiempo porque los litigios judiciales son costosos y largos¹¹²². Así que los medios extrajudiciales de solución de controversias entre comunidad tradicional y un tercero, que puede ser persona física o jurídica, sería lo más apropiado.

Por lo anterior, el sometimiento de las partes a arbitraje, mediación, conciliación o mecanismos mixtos de resolución de disputas a cargo de terceros

¹¹²⁰ De acuerdo con el art. 44 de la Ley peruana n°. 27.811, “en los casos en que se alegue una infracción a los derechos de un pueblo indígena poseedor de determinado conocimiento colectivo, la carga de la prueba recaerá en el denunciado”.

¹¹²¹ NIJAR, G. S. “In defense of local community knowledge...”, *op.cit.*

¹¹²² TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO trae un ejemplo interesante. Según la autora, la tribu alutiiq de Larsen Bay, Alaska, consiguió en la justicia el derecho de enterrar de nuevo sus antepasados de acuerdo con sus costumbres, sin embargo ese proceso tuvo un coste alrededor de 100.000 dólares americanos. “Esta cifra, con carácter general, dista mucho de ser desdeñable, pero resulta especialmente elevada para los pueblos indígenas que, normalmente, viven en una situación económica cuando menos difícil...”. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S. “Los pueblos indígenas...”, *op.cit.*, p. 140.

sería viable en la medida en que sería menos oneroso y más célere. Si las partes decidieran someterse a arbitraje, por ejemplo, podrían suscribir inmediatamente el convenio arbitral correspondiente, de conformidad con el reglamento que para dicho efecto aprobará el órgano competente¹¹²³. Cabe agregar que para una mayor aceleración del proceso, el sometimiento a las formas de resolución de conflicto apuntadas puede admitirse antes del trámite de la denuncia, e incluso en cualquier estado del procedimiento.

Por fin, en cuanto al tipo de arbitraje, de derecho o de equidad, creemos que se deben acordar entre las partes en el contrato de licencia de acceso y/o uso del CT. En caso de omisión, abogamos por el arbitraje de derecho. Cabe agregar que cuando una comunidad tradicional va a negociar con una persona física o jurídica que no es de su propio país, y si opta por el instrumento arbitral como mecanismo de resolución de conflictos, por tener mayor neutralidad, flexibilidad y celeridad, significará que las partes que conforman la transacción internacional pueden diseñar la cláusula de resolución de controversia en su convenio contractual para proporcionar arbitraje internacional, de manera que cubra sus necesidades particulares.

6.3. Protección positiva: autorización para el uso de los conocimientos tradicionales

6.3.1. Planteamiento general

La preservación de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales que constituye, además de otras cosas, una fuente para la conservación de la diversidad biológica y del sistema de cultura tradicional, una opción para que amplias capas de la población mundial se beneficien de

¹¹²³ Esto es perfectamente posible y está previsto en el art. 51 de la Ley peruana n.º. 27.811 que señala que *“en cualquier estado del procedimiento, e incluso antes de admitirse a trámite la denuncia, las partes podrán someterse a arbitraje, mediación, conciliación o mecanismos mixtos de resolución de disputas a cargo de terceros. Si las partes decidieran someterse a arbitraje, podrán suscribir inmediatamente el convenio arbitral correspondiente, de conformidad con el reglamento que para dicho efecto aprobará el Directorio del Indecopi. En cualquier caso, la autoridad administrativa del Indecopi podrá continuar de oficio con el procedimiento, si del análisis de los hechos denunciados considera que podría estarse afectando intereses de terceros”*.

desarrollos científicos para la salud, tiene sentido y es viable sólo en la medida en que estén presentes las condiciones en que son generados, conservados y desarrollados, o sea, dentro del sistema de innovación de las comunidades indígenas y locales.

Por ello, para conservar el sistema tradicional de producción y desarrollo de conocimientos, innovaciones y prácticas es necesario reconocer explícitamente el derecho específico de las comunidades tradicionales para conceder o negar de manera oportuna y efectiva el acceso y el uso a sus conocimientos, innovaciones y prácticas¹¹²⁴. De ahí se deriva que las comunidades deben tener control pleno sobre cómo se publican y subsecuentemente son usados y explotados sus conocimientos. Este punto de partida es fundamental para el proceso de salvaguardia y protección de los CTs.

6.3.2. Consentimiento fundamentado previo para acceso y uso de los conocimientos tradicionales

El proceso de consentimiento de acceso y uso de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales en muchas declaraciones de las comunidades, leyes nacionales y recomendaciones de protección se conoce como consentimiento fundamentado previo¹¹²⁵. Ese principio es defendido y conceptualizado tanto por leyes nacionales como por instrumentos internacionales, en especial referencia al CDB, que hemos analizado en el capítulo segundo, como también por estudiosos en el área. Según NIJAR, el requisito del consentimiento fundamentado previo por parte de las comunidades indígenas y locales para el acceso a los CTs se ha desarrollado también como parte del derecho consuetudinario internacional¹¹²⁶. Además, como añade el propio autor,

¹¹²⁴ LEWINSKI, S. v. *Indigenous heritage and Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 144; KAMERIMBOTE, P.; OTIENO-ODEK, J. "Genetic use restriction technologies...", *op.cit.*, p. 228; SANTILLI, J. "Biodiversidade e conhecimentos tradicionais...", *op.cit.*, p. 59

¹¹²⁵ De acuerdo con el art. 6 de la Ley peruana 27.811, "*los interesados en acceder a los conocimientos colectivos con fines de aplicación científica, comercial e industrial deberán solicitar el consentimiento informado previo de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas que posean un conocimiento colectivo*" (negritas nuestras).

¹¹²⁶ NIJAR, G. S. "Incorporating traditional knowledge in an international regime on access to genetic resources...", *op.cit.*

eso es una regla asegurada en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹¹²⁷.

FIRESTONE define el consentimiento fundamentado previo como “*la exigencia de que las comunidades locales e indígenas sean consultadas para dar su consentimiento voluntario antes que una persona, institución o empresa tenga acceso a los conocimientos tradicionales o recursos genéticos dentro de su territorio*”¹¹²⁸. La Ley peruana n°. 27.811, a su vez, conceptúa este principio como “*autorización otorgada, dentro del marco del presente régimen de protección, por la organización representativa de los pueblos indígenas poseedores de un conocimiento colectivo, de conformidad con las normas por ellos reconocidas, para la realización de determinada actividad que implique acceder y utilizar dicho conocimiento colectivo, previo suministro de suficiente información relativa a los propósitos, riesgos o implicancias de dicha actividad, incluyendo los eventuales usos del conocimiento y, de ser el caso, el valor del mismo*” (art. 2.c).

De forma general, actualmente se entiende que el consentimiento fundamentado previo, para fines de protección, debe ser comprendido como la exigencia de que las comunidades tradicionales sean consultadas para dar el consentimiento voluntario antes que una persona, institución o empresa tenga acceso y/o utilización de algún CT, tanto los de naturaleza técnica como las ECTs, dentro de su territorio.

El término “consentimiento” significa el derecho de las comunidades poseedoras a oponerse al acceso y/o uso de los CTs¹¹²⁹, cuando entendieren que la actividad tiene riesgos ambientales, culturales, espirituales o económicos para la comunidad, o cuando no sientan que los beneficios serán satisfactorios. Algunos incluso defienden la idea de que el derecho a utilizar los recursos debe ir

¹¹²⁷ De acuerdo con el art. 31 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, “1. Los pueblos indígenas (...) tienen **derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales**” (negritas nuestras).

¹¹²⁸ FIRESTONE, L. “Consentimiento previo informado...”, *op.cit.*, p. 24.

¹¹²⁹ Según NIJAR, si el conocimiento pertenece a más de una comunidad tradicional, entonces debe ser obtenido necesariamente el consentimiento de todas las comunidades. NIJAR, G. S. “In defense of local community knowledge...”, *op.cit.*

acompañado del correspondiente deber o compromiso hacia la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica¹¹³⁰.

El término “fundamentado”, por su parte, significa que todas las partes deben ser concientes de los factores implicados en el acceso; esto significa decir que las comunidades (o comunidad) poseedoras del conocimiento en cuestión deben ser alertadas sobre los riesgos y beneficios del acceso y/o del uso, entre otros aspectos, para entonces dar de hecho su autorización voluntaria y libre. Asimismo, los interesados en la utilización del conocimiento deben conocer, por lo menos, las principales características de las prácticas culturales de las comunidades poseedoras de ello, a saber, su forma de organización política, su forma de representación, sus tradiciones; es decir, los interesados deben, como mínimo, tener noción de las prácticas consuetudinarias de la comunidad tradicional cuyo conocimiento desea acceder o usar.

Este conocimiento mínimo por parte de un tercero interesado en acceder y/o usar determinado CT es especialmente importante a la hora de firmar el contrato de licencia, una vez que tal contrato fuera firmado por una persona no autorizada por la comunidad con arreglo a su derecho consuetudinario este documento no tendría validez y, como consecuencia, los legítimos representantes podrían usar los mecanismos legales disponibles para defender sus derechos. De nuevo aquí está también la importancia de la entidad de gestión con su papel de informar y asesorar a las partes.

Por fin, el término “previo” es muy claro y significa que el proceso de solicitud de autorización para el acceso y el uso de los CTs ha de realizarse efectivamente antes del referido acceso y/o uso. No se puede acceder primero y después solicitar dicha autorización, si así ocurriera estaríamos ante un caso de apropiación indebida, por tanto, de una acción ilícita en relación con el referido CT.

En consecuencia, de conformidad con el principio del consentimiento fundamentado previo, antes de que un tercero pueda acceder a los CTs y utilizarlos deberá consultar al titular o titulares de esos conocimientos y concluir con él un acuerdo para establecer las condiciones pertinentes de acceso y uso.

¹¹³⁰ KAMERI-MBOTE, P.; OTIENO-ODEK, J. “Genetic use restriction technologies...”, *op.cit.*, p. 228.

De ahí que el acceso a los CTs debe ser precedido de una consulta a las comunidades poseedoras de los mismos o cuyos recursos genéticos estén en su territorio o cualquier otro conocimiento, innovación y práctica. El derecho mínimo que debe reconocerse es que las comunidades tradicionales, por razones de orden religioso, cultural, económico u otros, puedan impedir (de manera efectiva) su utilización por parte de terceros.

En este punto, hay que advertir que la consulta no debe ser solamente en el sentido de notificación de las comunidades interesadas, mas debe basarse en el total conocimiento de las comunidades implicadas acerca de los objetivos de la investigación, sus riesgos, beneficios, y los fines en que serán utilizados los descubrimientos, para que el consentimiento (o no) de acceso y uso sea consciente. En el consentimiento fundamentado previo la comunidad o comunidades que detentan el conocimiento en cuestión deberán ser informadas debidamente acerca de las consecuencias de la utilización prevista.

Siguiendo esta línea de pensamiento, el consentimiento fundamentado previo debe ser entendido como un proceso y no como una cláusula más, incorporada al contrato por fuerza legal, y debe ser concedido constantemente, durante todas las etapas del proceso de investigación, cuando surjan nuevas variables no previstas con anterioridad. A cada nuevo descubrimiento, a cada cambio de metodología y a cada nuevo uso específico que surja durante la investigación, nuevos procesos de consultas deben ser realizados para la obtención del consentimiento de las poblaciones envueltas¹¹³¹.

Cabe agregar que en el proceso de consentimiento, además de ser dado eficazmente, deben estar presentes como mínimo tres requisitos. En este proceso, las comunidades tradicionales deben: 1) sentirse seguras en acuerdos que implican derechos de posesión relativos a tierra, florestas y aguas

¹¹³¹ “*Todo uso que se pretenda hacer de los conocimientos tradicionales debe ser precedido de uno proceso amplio de discusión con la comunidad poseedora del conocimiento en cuestión, respetando su organización social, sus usos y costumbres de modo que esta sea plenamente informada del que se pretende hacer, de los productos decurrentes de este uso pretendido y de las ventajas, garantizando a la comunidad, aún, tiempo suficiente para elaboración de tales informaciones y ser capaces de decidir y autorizar, o no, el uso de su conocimiento para el fin propuesto*”. LIMA, A.; BENSUSAN, N. “Direitos intelectuais coletivos...,” *op.cit.*, p. 209. RUIZ MULLER señala aún que en el proceso interno de consulta y adopción de decisiones “*las comunidades o grupos indígenas directamente involucrados, procuren convocar al mayor número posible de comunidades o representantes de naciones o pueblos que compartan estos conocimientos*”. RUIZ MULLER, M. *La protección jurídica de los conocimientos tradicionales...*, *op.cit.*, p. 195.

marinas/internas de su propiedad; 2) sentirse seguras de que les fueron dadas las mismas informaciones que a los demás miembros de otras comunidades también implicadas; y, 3) estar convencidas de la existencia de un objetivo común, compatible con sus valores culturales, espirituales, y ecológicos¹¹³².

Por lo anteriormente mencionado, el requisito del consentimiento fundamentado previo que proporciona a los indicadores una dimensión colectiva necesitaría para su aplicación la medición de la disponibilidad de información, tiempos requeridos y suficientes para la discusión, participación de todos los actores involucrados y especialmente reconocimiento de las instancias representativas y propias de las comunidades tradicionales.

Muchos aún son los principios y reglas relacionados con este principio general. De entre esas reglas que deben estar incluidas en el proceso podemos citar los que se refieren a:

- a) Metodología de investigación a ser utilizada. Desde el punto de vista de las comunidades, es importante entender qué actividades serán conducidas, una vez que esto puede ayudar en la protección contra la destrucción de su hábitat y en la protección de las especies amenazadas de extinción.
- b) Identificación de los interesados en el acceso a este determinado conocimiento. Exigencia básica de cualquier contrato bilateral, revelando su importancia en caso de imposición de responsabilidad individual e institucional por el uso inadecuado de cualquier privilegio concedido.
- c) Notificación de descubrimientos. Siendo un proceso continuo, para que el consentimiento de las poblaciones sea válido, las comunidades deben estar siempre informadas de los nuevos descubrimientos, para que les sea dada la oportunidad de prohibición de determinados usos del conocimiento.
- d) Idioma local. Para tener claridad en la comunicación entre las comunidades y los interesados en los recursos, es importante que, si no todos, por lo menos los principales documentos sean traducidos a la lengua local¹¹³³.
- e) Consulta a toda la comunidad. Para evitar problemas con el no consentimiento de alguna parcela de la comunidad, es necesario crear mecanismos de consulta a toda la comunidad y, según al caso, consulta a

¹¹³² FIRESTONE, L. "Consentimiento previo informado...", *op.cit.*, p. 27.

¹¹³³ FIRESTONE, L. "Consentimiento previo informado...", *op.cit.*, p. 33 y ss.

diferentes comunidades que compartan el mismo conocimiento o el mismo material genético al que se desea acceder¹¹³⁴.

- f) Apoyo técnico, jurídico y científico. Las comunidades tradicionales, por sus propias características, necesitan este tipo de asesoría para que el consentimiento sea consciente y válido¹¹³⁵.

Además, según POSEY Y DUTFIELD, las solicitudes de consentimiento deben ir acompañadas por un informe completo, escrito en el idioma local, acerca de los siguientes puntos: el propósito de la actividad; la identidad de quienes la llevan a cabo y sus patrocinadores, si fuera diferentes; los beneficios para la comunidad a quien se solicita el consentimiento y para los patrocinadores; los costos e inconvenientes para la comunidad al que se le solicita el consentimiento; otras actividades y procedimientos posibles; todos los riesgos que entrañe la actividad; los descubrimientos hechos en el transcurso de la actividad que pudieran afectar a la disposición del pueblo a seguir cooperando; el destino del conocimiento o el material que se va a adquirir, su situación en lo que respecta a la propiedad y los derechos de la comunidad tradicional a él una vez que haya abandonado la comunidad; los intereses comerciales que tengan en la actividad y el conocimiento o material adquirido quienes realizan la actividad y quienes la patrocinan; y, las opciones legales de que puede disponer la comunidad si se niega a autorizar la actividad¹¹³⁶.

Un problema que debe ser destacado aquí está en relación con los casos en que los conocimientos ya se encuentren en el dominio público y libremente disponible. En este supuesto el proceso de consentimiento previo y fundamentado ya estaría perjudicado. ¿Qué hacer? RUIZ MULLE sugiere que en esos casos habría necesidad de autorización para el uso comercial del conocimiento por parte de las comunidades poseedoras del mismo o la debida compensación a la comunidad¹¹³⁷.

¹¹³⁴ LIMA, A.; BENSUSAN, N. (Orgs.) *Quem cala consente?...*, *op.cit.*, pp. 106-108.

¹¹³⁵ LIMA, A.; BENSUSAN, N. (Orgs.) *Quem cala consente?...*, *op.cit.*, p. 201.

¹¹³⁶ POSEY, D. A.; DUTFIELD, G. *Más allá de la Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 52.

¹¹³⁷ “*En el caso de conocimientos que se encuentren en el dominio público y libremente disponible, podría preverse que el uso comercial requeriría la autorización directa de los titulares o que este tipo de uso deberá considerar una compensación a las comunidades titulares, entre dos posibilidades que podrían manejarse*”. RUIZ MULLER, M. *La protección jurídica de los conocimientos tradicionales...*, *op.cit.*, p. 196. El art. 13 de la Ley peruana n°. 27.811 establece

Hay que dejar claro también que, a diferencia de la Ley peruana n°. 27.811, a que ya hicimos referencia en varias ocasiones, en que la solicitud para acceder al los CTs debe ser encaminado a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas (art. 6), proponemos que la solicitud se encamine directamente a las comunidades tradicionales que, de acuerdo con su derecho consuetudinario, determinará cómo se dará el proceso de autorización o no, y la persona o personas responsables de responder por el mismo. Obviamente, que la entidad de gestión puede hacer parte del proceso, pero únicamente en la condición de asesoramiento a las partes.

Para concluir este punto, cabe poner de relieve que el reconocimiento y la reglamentación del consentimiento fundamentado previo relativo al acceso de los recursos genéticos es simplemente el cumplimiento de una de las normas establecidas por el CDB en relación a la protección de los CTs¹¹³⁸. Sin embargo, a diferencia de lo establecido en este Convenio, creemos que el consentimiento fundamentado previo debe ser extendido no sólo a los CTs estrechamente relacionados con los recursos genéticos sino también a todos los conocimientos, innovaciones y práctica tradicionales.

Para terminar, debe aclararse que más importante que la determinación legal de la garantía del principio de consentimiento fundamentado previo, es que por medio de él sean implementados efectivamente muchos proyectos,

una situación mucho interesante a ese respecto: *“a efectos del presente régimen, se entenderá que un conocimiento colectivo se encuentra en el dominio público cuando haya sido accesible a personas ajenas a los pueblos indígenas, a través de medios de comunicación masiva, tales como publicaciones, o cuando se refiera a propiedades, usos o características de un recurso biológico que sean conocidos masivamente fuera del ámbito de los pueblos y comunidades indígenas. En los casos en que estos conocimientos hayan entrado en el dominio público en los últimos 20 años, se destinará un porcentaje del valor de las ventas brutas, antes de impuestos, resultantes de la comercialización de los productos desarrollados a partir de estos conocimientos colectivos, al Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas a que se refieren los Artículos 37° y siguientes”*.

¹¹³⁸ Además del CDB muchos otros acuerdos internacionales y leyes nacionales reconocen la necesidad del consentimiento fundamento previo. Sobre los diversos acuerdos e declaraciones internacionales, bien como muchas leyes naciones que exige el consentimiento fundamentado previo antes del acceso a los CTs, ver FIRESTONE, L. “Consentimiento previo informado...”, *op.cit.*, pp. 24-26; DUTFIELD, G. “Indigenous peoples’ declarations and statements and equitable research relationships”, in LAIRD, S. (Ed.). *Biodiversity and traditional knowledge: equitable partnerships in practice*. Londres, Earthscan Publications Ltd., 2002, (People and Plants Conservation Series), pp. 228-230.

*“eliminando probables conflictos, garantizando la confianza de las comunidades locales a la propuesta, promoviendo un mayor entendimiento entre las partes”*¹¹³⁹.

6.3.3. Contratos de licencia para acceso y uso de los conocimientos tradicionales

Los contratos son probablemente los instrumentos jurídicos que se entienden mejor y son más accesibles. Se pueden celebrar rápidamente, ponerlos en práctica requiere relativamente poca pericia jurídica y se redactan acordes con cada situación¹¹⁴⁰. Podríamos decir que un contrato es una clase de acuerdo con fuerza legal que consiste en un intercambio de promesas o actos negociados¹¹⁴¹.

De forma general, el contrato de licencia puede ser entendido como el negocio jurídico en virtud del cual se autoriza a una persona a usar o explotar un objeto protegido¹¹⁴². Respecto a la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, los contratos pueden ser entendidos como licencias de acceso y/o uso de los CTs y pueden ser un instrumento valioso a la hora de materializar obligaciones y compromisos vinculantes. Normalmente la licencia es retribuida por medio de regalías, es decir, que es habitualmente un contrato oneroso, pero también en nuestro caso se podría pensar en licencias gratuitas

¹¹³⁹ LAIRD, S. A.; NOEJOVICH, F. “Building equitable research relationships with indigenous peoples and local communities: prior informed consent and research agreements”, in LAIRD, S. A. (Ed.). *Biodiversity and traditional knowledge: equitable partnerships in practice*. Londres, Earthscan Publications Ltd., 2002, pp. 16-38 (People and Plants Conservation Series); BORRINI-FEYERABEND, R. *Beyond fences: seeking social sustainability in conservation*. Vol. 2, Gland, IUCN, 1997; TOBIN, B.; NOEJOVICH, F.; YAÑES, C. *Petroleras, Estado y pueblos indígenas: el juego de las expectativas*. Lima, Defensoría del Pueblo, 1998.

¹¹⁴⁰ “Los contratos son probablemente los instrumentos jurídicos que se entienden mejor y son más accesibles. Se pueden celebrar rápidamente, ponerlos en práctica requiere relativamente poca pericia jurídica y se los redacta acordes con cada situación. Sin embargo, para que los pueblos indígenas se beneficien, tienen que poder celebrar contratos y proceder judicialmente en nombre de ellos mismos”. POSEY, D. A.; DUTFIELD, G. *Más allá de la Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 71.

¹¹⁴¹ El art. 2.d de la Ley peruana n°. 27.811 define los Contrato de licencia de uso de conocimientos colectivos como “Acuerdo expreso celebrado entre la organización representativa de los pueblos indígenas poseedores de un conocimiento colectivo y un tercero que incorpora términos y condiciones sobre el uso de dicho conocimiento colectivo”.

¹¹⁴² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “Los Derechos de Propiedad Industrial como objeto de propiedad...”, *op.cit.*, 1967.

simplemente para acceso al CT en caso de investigación universitaria, por ejemplo, o siempre que la comunidad entienda que se puede acceder a determinado conocimiento a título gratuito.

De entre esos contratos de licencia, POSEY y DUTFIEL hacen referencia a dos tipos de acuerdos: acuerdos de transferencia de material y acuerdos de transferencia de información. Los primeros establecen las normas para la transferencia de recursos biológicos (o cualquier otro conocimiento) para la investigación y la posible comercialización a cambio de beneficios para la parte reconocida como proveedora. Esta puede ser un gobierno, una organización coleccionista (como un jardín botánico), una multinacional, una universidad, de entre otras.

Los acuerdos de transferencia de información, a su vez, se refieren a los acuerdos celebrados entre una comunidad tradicional y una organización de afuera interesada en las posibilidades comerciales de los recursos biológicos locales (o cualquier otro conocimiento). En esos casos, los autores proponen el cambio del término "material" por "información" justificando que la palabra "material" no hace justicia a la contribución intelectual que representa conservar, nutrir, usar y obtener el "material" biológico en el que está interesada la organización, tareas que llevan a cabo las comunidades tradicionales. Por ello, la organización, empresa o persona física interesada en la información biológica en cuestión debe entender que el contrato no sólo tiene que disponer la compensación por el material proporcionado sino también reconocer los derechos intelectuales colectivos de la comunidad sobre el conocimiento que ha sido creado y desarrollado por generaciones sucesivas¹¹⁴³. Así que, los contratos de licencia pueden ser muy útiles a la hora de establecer la compensación a las comunidades tradicionales por sus aportes intelectuales.

Idealmente en los casos en que los contratos sean de comercialización, las comunidades deben controlar todas las etapas de este proceso. En esos contratos deben estar determinadas las condiciones específicas de uso de los conocimientos en cuestión y en las cuales se establecerían formas de distribución justa y equitativa de beneficios. Dos de las ventajas de los contratos es

¹¹⁴³ POSEY, D. A.; DUTFIELD, G. *Más allá de la Propiedad Intelectual...*, op.cit., p. 72.

justamente la posibilidad de establecer ciertos niveles de control y, asociado a ello, su exigibilidad en la vía administrativa o judicial, según fuera el caso.

En este punto es importante advertir que deberá estar claro en el contrato de licencia que no se podrá patentar los CTs. Por otro lado, si la comunidad tradicional consentiera, se podrá prever la posibilidad de patentar los resultados de las investigaciones sobre un determinado conocimiento tradicional. No obstante, hay que advertir que en ningún caso la autorización para acceder al conocimiento tradicional sería exclusiva, como hemos señalado previamente. En consecuencia, en el supuesto de la comunidad autorizar el patentamiento del resultado de las investigaciones sobre determinado conocimiento tradicional, otras empresas podrían igualmente solicitar acceso y seguir desarrollando nuevas invenciones sobre dicho conocimiento.

Un buen ejemplo de legislación sobre la materia es la Ley peruana n°. 27.811, que dedica todo el Título VII para detallar cómo deben ser otorgados los contratos de licencia de acceso y uso de los CTs así como los contenidos obligatorios que deben constar en los mismos, además de los trámites administrativos para que el contrato tenga validez. La Ley estipula la necesidad de negociar y firmar un contrato escrito con cláusulas que garanticen un pago adecuado y una distribución equitativa de los beneficios que se derivan del uso. El acuerdo debe establecer un pago inicial no inferior al 5% del valor, antes de impuestos, de las ventas brutas que resulten de la comercialización de los productos desarrollados a partir de los CTs. Asimismo, se debe suministrar suficiente información sobre los depósitos, riesgos, y consecuencias de la actividad de acceso. Además, los contratos de licenciamiento deben registrarse en INDECOPI.

Debe tenerse presente de todos los modos que en cualquier caso el contrato debe contener obligatoriamente algunos elementos, tales como: cómo, cuándo y dónde se dará el uso del conocimiento; el intercambio de beneficios financieros o de otro tipo; la compensación por el uso, la duración del uso que se permitirá; los requisitos de divulgación, las necesidades de formación para el solicitante y para la comunidad; la elección de la ley o normas (inclusive normas consuetudinarias, conforme el caso); y, mecanismos de solución de controversias. Otro punto importante también es la prohibición de conceder sublicencias sin

autorización expresa de la comunidad tradicional que ha firmado en contrato de licencia. Además, es importante destacar que para mayor seguridad jurídica, especialmente de las comunidades tradicionales, los contratos de licencia deben ser registrados junto a la entidad de gestión¹¹⁴⁴.

Es cierto que para equilibrar los poderes de negociación, las comunidades requieren asesoramiento legal y jurídico adecuado cuando se negocian contratos o se realizan acuerdos. Esto es clave para que sus intereses sean reconocidos, equitativos y justos. Porque, generalmente, lo que sucede con este tipo de negociación es que los términos en que se define el contrato es el resultado de la correlación de fuerzas entre las partes que participan de la negociación. En este caso, el desequilibrio entre las empresas (generalmente laboratorios farmacéuticos) y las comunidades tradicionales es claro. Las primeras tienen una amplia experiencia en procesos de contratos, mientras que las comunidades tienen escasa o nula experiencia, ni conocimientos de las estrategias normalmente usadas. Además, las empresas suelen saber qué buscan, y pueden prever con cierto grado de certeza los resultados que obtendrán con el objeto que adquieran. Las comunidades tradicionales ignoran completamente este resultado y no poseen ninguna referencia para medir su valor. Como consecuencia, las comunidades suelen vender sus conocimientos a precios absurdamente bajos.

Puede advertirse entonces que, como las capacidades de negociación relativas de las comunidades tradicionales y de entidades ajenas, tales como entidades comerciales, suelen variar ampliamente, se necesita que los Estados establezcan estrategias para apoyar a las comunidades tradicionales en el campo de los contratos. Incluso esta fue una de las conclusiones de las Misiones Exploratorias de la OMPI, dónde las comunidades tradicionales declararon la necesidad de *“asistencia y capacitación de titulares de conocimientos tradicionales para la negociación, confección e implementación de contratos y el ejercicio de los derechos emergentes de los mismos. Desarrollo y ensayo con la*

¹¹⁴⁴ El registro de los Contrato de licencia es establecido en el art. 28 de la Ley peruana n° 27.811 que señala que **“las solicitudes de registro de un contrato de licencia que se presenten ante el Indecopi deberán contener: a) Identificación de los pueblos indígenas que son parte en el contrato y de sus representantes; b) Identificación de las demás partes en el contrato y de sus representantes. c) Copia del contrato; y d) Acta en la que figura el acuerdo de celebrar el contrato de licencia por parte de los pueblos indígenas que son parte en el contrato. El contrato no podrá ser consultado por terceros, salvo con autorización expresa de ambas partes”** (negritas nuestras).

*intervención de cerca de las comunidades locales, de ‘mejores prácticas contractuales’, directrices y cláusulas modelo de contratos, así como el aporte de información acerca de ‘condiciones contractuales injustas’ y la protección contra las mismas”*¹¹⁴⁵.

Esta, por tanto, sería una de las funciones de la entidad de gestión: asesorar a las comunidades tradicionales en las celebraciones de acuerdos y contratos de licencia. Obviamente deben ser las comunidades quienes deben decidir si rechazan o aceptan los términos del acuerdo o contrato, y las que deben formar parte de las negociaciones, además de poder celebrar los contratos y proceder judicialmente en nombre de ellos mismos. La autoridad sólo tiene la función de asesoramiento a las comunidades tradicionales y para actuar como un tipo de agente para el solicitante cuando, por ejemplo, transmita las decisiones de los poseedores del CT a la demandante.

Asimismo, como hemos señalado anteriormente, las comunidades tradicionales tienen sus propias normas y prácticas consuetudinarias que rigen su propia organización, esto es especialmente fuerte entre las comunidades indígenas. Así que un tercero al firmar un acuerdo con determinada comunidad tradicional, o más de una debe conocer las normas que rigen su organización social y política. Además, debe respetar la toma de decisiones de cada comunidad. En este supuesto la entidad de gestión, a que hicimos referencia, tiene un papel muy importante, el de servir de una especie de “puente” entre el tercero y la comunidad envuelta en el proceso.

Especialmente en los contratos que implican la repartición de los beneficios se deben observar aún las formas tradicionales de organización social y representación política de las comunidades tradicionales, tanto en la negociación con terceros en cuanto a la repartición interna (en el ámbito de la propia comunidad) de los beneficios. En caso contrario, se estarían promoviendo conflictos internos y desagregación cultural.

Para concluir este punto, es importante resaltar que, como en el consentimiento fundamentado previo, la firma del contrato debe ser hecha por los

¹¹⁴⁵ **OMPI.** “Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de Propiedad Intelectual...”, *op.cit.*, p. 256.

representantes de la comunidad de acuerdo con el derecho consuetudinario o por representantes de la entidad de gestión, pero en este supuesto, la autoridad debe estar designada por la comunidad por medio de una autorización expresa; y, en todos los casos, la decisión de quien firma el referido contrato es de la propia comunidad de acuerdo con sus normas prácticas internas.

6.3.4. Distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los conocimientos tradicionales

En el centro de los debates en torno de la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales está la necesidad de establecer mecanismos que garanticen el reparto justo y equitativo de los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, especialmente aquellos asociados a los recursos genéticos¹¹⁴⁶. Este principio está asegurado en diversos acuerdos internacionales y leyes nacionales. Más allá del CDB¹¹⁴⁷, como destacamos en el capítulo segundo, la previsión de repartición justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos está prevista en el Tratado Internacional de la FAO¹¹⁴⁸, en la Pauta de Bonn¹¹⁴⁹ y en varias leyes nacionales¹¹⁵⁰ que rigen el acceso y la utilización de los CTs, a los que también hicimos referencia en el capítulo segundo.

¹¹⁴⁶ Hay que destacar que la repartición de los beneficios está vinculada a la utilización comercial de los CTs diferente del consentimiento fundamentado previo que es necesario para acceder a los CTS. NIJAR, G. S. "Incorporating traditional knowledge in an international regime on access to genetic resources...", *op.cit.*

¹¹⁴⁷ Este es uno de los principios del CDB con relación a los CTs.

¹¹⁴⁸ **FAO**. Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura. Disponible en <<ftp://ftp.fao.org/ag/cgrfa/it/ITPGRs.pdf>>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

¹¹⁴⁹ Conferencia Internacional sobre cambio climático que se realizó en la ciudad de Bonn Alemania, entre 01 a 12 de junio de 2008. El encuentro de Bonn fue el segundo de una serie de cinco grandes debates promovidos por la Organización de las Naciones Unidas, de cara a la Conferencia del Clima que se realizó en diciembre de 2008 en la capital de Dinamarca.

¹¹⁵⁰ Perú, por ejemplo, en el art. 5.b de la Ley n°. 27.811, establece formalmente que uno de los objetivos de la protección de los CTs vinculados a los recursos biológicos es "*promover la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de estos conocimientos colectivos*".

De hecho, el reconocimiento de las comunidades indígenas y locales como creadoras y guardianas de los CTs está incompleto si no se establecen mecanismos que garanticen alguna forma de participación en los beneficios por parte de esas comunidades a partir de la utilización de sus conocimientos por terceros ajenos a las comunidades¹¹⁵¹. El reparto de los beneficios se vuelve cada vez más importante, porque el uso de elementos de la cultura tradicional agrega valor a los productos de la industria y del comercio. Con la finalidad comercial, nada más justo que revertir margen de los intereses a la comunidad que cedió su conocimiento. El hecho de haber creado, conservado y desarrollado durante siglos un sistema de conocimientos que es útil para el resto del mundo, es de por sí una condición fundamental para que esas comunidades perciban una retribución por parte de quienes lo utilicen¹¹⁵². Más aún si se considera que tal compensación puede servir a los fines de la supervivencia de las comunidades tradicionales, su hábitat y, por tanto, del propio sistema de conocimientos.

A pesar de este reconocimiento, los textos legales no dejan claro quién debe recibir y qué especie de beneficios deben recibir¹¹⁵³. Por ello, el debate en torno a la explotación económica de los CTs todavía no está consensuado y las

¹¹⁵¹ “Existen múltiples patentes occidentales de plantas o remedios utilizados desde tiempo inmemorial por grupos indígenas, sin que se les haya proporcionado ninguna contraposición por facilitar la fórmula”. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S. “Los pueblos indígenas en el orden internacional...”, *op.cit.*, p. 144.

¹¹⁵² NIJAR destaca que los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales nutren el ecosistema y sin el fomento sostenido de los ecosistemas, los recursos biológicos bien podrían haber desaparecido. NIJAR, G. S. “Incorporating traditional knowledge in an international regime on access to genetic resources...”, *op.cit.* No obstante, “inevitavelmente, hay elementos del folclore que entran en circulación. Los aborígenes no suelen tener inconvenientes en que se vendan o circulen elementos de su folklore, a menos que sean obras sagradas o secretas. Sin embargo, hay un resentimiento generalizado, ya que se estima que las personas y los grupos que crearon los objetos no reciben la retribución económica que les corresponde por un material del que otros sacan beneficios”. PURI, K. “Preservación y conservación de las expresiones del folclore”, *UNESCO: Boletín de Derecho de Autor*, vol. XXXII, nº. 4, París, 1998, p. 07. DUTFIELD, señala aún que para los críticos, en cuanto las grandes empresas reciben gran intereses a través de derecho de propiedad sobre CTs, las comunidades tradicionales no reciben nada a cambio de sus valiosos conocimientos utilizados por estas empresas. Y esto es injusto tanto para estas comunidades como para aquellos países en desarrollo donde las comunidades indígenas y locales desarrollan sus conocimientos, que podría dar ventajas competitivas para sus economías. DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 12.

¹¹⁵³ “Por el hecho de no existir consenso sobre el asunto, la mayor parte de las iniciativas legales no presentan ideas concretas sobre los beneficios económicos a ser repartidos en un contrato”. HAYZSHI, K. “Esfera de ação de elementos de repartição de benefícios – decisões em casos de acesso e repartição de benefícios e instrumentos legais nacionais e internacionais”, en PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte, DelRey, 2004, p. 226.

soluciones acerca de las reivindicaciones de las comunidades tradicionales que justamente requieren un retorno del interés obtenido a partir del uso de sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, están lejos de ser uniformes. En realidad, la falta de claridad al respecto parece ser un indicio de que la necesidad de repartir los beneficios derivados de la explotación de los CTs actualmente está lejos de ser realidad.

Un ejemplo de cómo las comunidades tradicionales son perjudicadas con relación a la utilización de sus conocimientos acumulados a lo largo de años y que no reciben ninguna recompensa se pone de manifiesto en relación con los recursos fitogenéticos. Los agricultores tradicionales generalmente interactúan entre ellos sobre las bases del trueque o intercambio promoviendo la difusión y un mayor desarrollo de las variedades agrícolas; por lo tanto, el valor de los recursos fitogenéticos no es sólo preservado, sino también incrementado por su uso en el cultivo, en la producción de semillas y en la continua selección de las variedades agrícolas mejoradas.

A continuación, las variedades conservadas y desarrolladas por los agricultores son posteriormente recolectadas para su investigación y reproducción, y entran en los canales comerciales a través de las empresas productoras de semillas. No obstante, solamente estas últimas pueden proteger y beneficiarse del reconocimiento de los Derechos de Obtentor (DOV), sobre dichas variedades; mientras que los agricultores, por su parte, no pueden beneficiarse de estos derechos, toda vez que no pueden cumplir normalmente con los requisitos de estabilidad y uniformidad impuestos por los DOV, puesto que una de las características esenciales de las variedades desarrolladas por los agricultores tradicionales es su variación a través del tiempo.

Como consecuencia, los agricultores tradicionales que conservan y a la vez hacen uso de los recursos fitogenéticos no reciben una recompensa por el valor que ellos entregan, dado que los obtentores y las empresas productoras de semillas no pagan por las muestras que obtienen y tampoco existe una compensación posterior o distribución de los beneficios con las comunidades que desarrollaron este conocimiento¹¹⁵⁴.

¹¹⁵⁴ *“Es una ironía que las comunidades que ha preservado el germoplasma durante miles de años, que ahora es utilizado en el desarrollo de nuevas variedades, sean privadas de cualquier tipo de beneficios, ya sean directos o indirectos. Por justicia natural, los derechos de las*

En dicho contexto, para que el modelo de protección sea realmente justo, para que haya crecimiento y desarrollo económico y social de las comunidades poseedoras de los CTs debe haber un modelo de reparto justo y equitativo de los beneficios, sin asimilación o imposición de la cultura occidental y sin la aniquilación de las culturas autóctonas.

Por lo anterior, el punto clave de esta cuestión es determinar los beneficiarios en la participación de los beneficios y los beneficios en sí; es decir, quién debe recibir los beneficios y en qué consisten los beneficios.

Obviamente, que, de conformidad con este principio, y como adelantamos previamente, los beneficiarios de los CTs deben ser las comunidades tradicionales quienes deben recibir los beneficios derivados de la utilización de los CTs, ya que son ellas, de conformidad con sus leyes y prácticas consuetudinarias, las que mantienen, utilizan y desarrollan esos conocimientos como elementos característicos de su identidad cultural y social.

No obstante, en la práctica, en los casos en que ha habido algún tipo de compensación por parte de laboratorios farmacéuticos u organismos de investigación no siempre son las comunidades las beneficiarias. Hoy por hoy, han emergido dos enfoques: pagar directamente a la comunidad por su información o acudir a organizaciones estatales intermediarias para distribuir beneficios económicos de manera más amplia entre todas las comunidades participantes, como fue el caso de Shaman Pharmaceuticals¹¹⁵⁵.

A ese respecto advertimos que el principio de “pago por quien utiliza los conocimientos tradicionales para fines comerciales” es cuestión de justicia, no obstante, no consideramos legítimo que ese pago sea efectuado a organizaciones vinculadas a los Estados. Los CTs no son bienes de dominio público y tampoco son propiedades del Estado, son creaciones y conocimientos que tienen “propietarios”, aunque en algunos casos no se pueda individualizar la propiedad. Por lo tanto, en un sistema *sui generis*, los beneficios económicos obtenidos de la explotación comercial de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales

comunidades indígenas en este asunto deben estar protegidos jurídicamente”. CORREA, C. M. *Traditional Knowledge...*, *op.cit.*, p. 05.

¹¹⁵⁵ DAES, E-I. *Discrimination against indigenous peoples*. New Cork, United Nations, E/CN.4/Sub.2/1993/28, p. 25.

deben ser para las comunidades de origen, sin perjuicio de que se destine un porcentaje a un fondo de desarrollo común (tema que será tratado más adelante).

El siguiente hito es establecer en qué consisten los beneficios. En este punto hay que hacer un equilibrio entre los intereses de cada una de las partes, tanto de las comunidades tradicionales como de los terceros que pretende utilizar el CT. De los debates acerca de la cuestión se entiende que los beneficios se pueden expresar en términos de pago compensatorio, recompensa, transferencia de tecnología, u otro beneficio no monetario¹¹⁵⁶, o meramente un reconocimiento¹¹⁵⁷. Asimismo, como advierte NIJAR, cuando el beneficio se expresa en dinero, la retribución económica puede variar dependiendo de la forma en que se comercializan los CTs, si como subproducto natural, uso directo o indirecto, de si el desarrollo es simple y lineal o implica procesos tecnológicos altamente sofisticados, etc.¹¹⁵⁸.

Debe tenerse presente de todos modos que el reparto de los beneficios no presupone solamente compartir ganancias y/o pago de *royalties*, sino que incluye, según el caso, la previsión de mejoras para la comunidad, sea en términos de infraestructura, sea en términos de acceso a conocimientos que

¹¹⁵⁶ Un ejemplo de participación en los beneficios es el caso de los curanderos de Samoa: “*Los curanderos tradicionales de Samoa pudieron participar en un acuerdo de distribución de los beneficios, reconociéndose así su participación en la producción de la prostratina, un compuesto contra el SIDA derivado del árbol autóctono de Samoa mamala (homalanthus nutans). La prostratina obliga al VIH a salir de su refugio en el organismo, permitiendo que los medicamentos antirretrovirales puedan atacarlo. La corteza del árbol ha sido utilizada por los curanderos tradicionales para el tratamiento de la hepatitis, que es una de las aplicaciones medicinales de este árbol. Los conocimientos tradicionales alentaron a los investigadores en su búsqueda de fórmulas terapéuticas válidas. Según la información que poseemos, los ingresos de la producción de la prostratina se compartirán con la aldea en que se encontró el compuesto y con las familias de los curanderos tradicionales que ayudaron a descubrirlo. Los beneficios también se aplicarán para la investigación sobre el VIH/SIDA. Se prevé la concesión de la licencia para la investigación de la prostratina a los fabricantes del medicamento, a fin de que este medicamento pueda estar a disposición de los países en desarrollo gratuitamente, o al costo, o con un beneficio nominal*”. OMPI. “Propiedad Intelectual y conocimientos tradicionales”, folleto n.º. 2, *op.cit.*, p. 24. El art. 60 de la Ley de Derecho de Autor boliviana señala un sistema de libre utilización pero con obligación de pago de una remuneración. “*La utilización bajo cualquier forma o procedimiento de obras del patrimonio nacional y del dominio público será libre, pero quien lo haga comercialmente, pagará al Estado, de acuerdo con lo establecido en los reglamentos, una participación cuyo monto no será menos del diez por ciento y no mayor del cincuenta por ciento que el que se pague a los autores o sus causahabientes por utilización de obras similares sujetas al régimen privado de protección*”.

¹¹⁵⁷ KAMERI-MBOTE, P.; OTIENO-ODEK, J. “Genetic use restriction technologies...”, *op.cit.*, 229.

¹¹⁵⁸ NIJAR, G. S. “Incorporating traditional knowledge in an international regime on access to genetic resources...”, *op.cit.*

normalmente las comunidades tradicionales no tendrían, o sea, a través de transferencia de tecnología¹¹⁵⁹.

Lo cierto, es que el reparto justo debe presuponer la contribución efectiva del CT para el desarrollo de productos o procesos, reconociéndolo como un valioso elemento de producción de saber. Así, los principios y reglas que han de ser observados y que pueden ser identificados para determinar el efectivo reparto de los beneficios son la previsión de consecuencias de usos y el interés comercial o uso pretendido. Así que, primero, es necesaria la identificación de posibles consecuencias, negativas y positivas, para la comunidad tradicional de la utilización de un CT en concreto; y, segundo, que se tenga claro cuál es el uso pretendido para el conocimiento a que se desea acceder. Este segundo punto es especialmente importante. Para que la comunidad entienda claramente la naturaleza de la propuesta, es importante que queden claros los objetivos de los interesados, si son intereses académicos, científicos, o son para uso comercial e industrial y las ganancias a ser obtenidas, conforme el caso¹¹⁶⁰.

En todo caso, es importante reseñar que todos estos extremos relativos a la distribución de las ganancias que pueden ser obtenidas por la explotación comercial de los resultados obtenidos a partir de los CTs deben quedar oportunamente reflejados en los contratos de licencia.

¹¹⁵⁹ La Ley Provisional brasileña n.º. 2.186-16 que dispone sobre el acceso al patrimonio genético, a la protección y el acceso al conocimiento tradicional asociado, al reparto de los beneficios y el acceso a la tecnología y a la transferencia de tecnología para su conservación y utilización, y da otras providencias, en su art. 25 señala que *“los beneficios decurrentes de la explotación económica de producto o proceso, desarrollado a partir de muestra del patrimonio genético o de conocimiento tradicional asociado, podrán constituirse de: I - reparto de ganancias; II - pagamiento de royalties; III - acceso y transferencia de tecnologías; IV - licenciamiento, libre de tasa, de productos y procesos; y, V - capacitación de recursos humanos”*.

¹¹⁶⁰ *“Para efecto de establecimiento de la repartición justa y equitativa de los beneficios oriundos de la utilización de recursos naturales y genéticos, de conocimientos asociados de los pueblos indígenas, a parte interesada deberá dar total transparencia sobre las inversiones, ganancias esperadas y sobre el plan de negocios relacionados a los recursos, conocimientos y hasta incluso a la imagen de los pueblos tradicionales”*. LIMA, A. BAPTISTA, F. M.; BENSUSAN, N. *“Direitos intelectuais coletivo...”*, op.cit., p. 210.

7. Mecanismos de salvaguardia de los CTs

7.1. Establecimiento de una entidad de gestión

Sin duda, como en cualquier adopción de normativa que tenga como finalidad establecer marcos de regulación sobre una actividad determinada, es necesario establecer una entidad de gestión o una autoridad competente. Así que cada país debe establecer la institución adecuada responsable de la política de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales creadas con fines específicos de proteger los legítimos intereses de las comunidades tradicionales. En Perú, por ejemplo, la autoridad competente es el INDECOPI que es responsable de los temas relacionados con los CTs, especialmente el registro de los mismos¹¹⁶¹. En Brasil se ha establecido en Consejo de Gestión del Patrimonio Genéticos (CGEN) que, a pesar de no tener el fin específico de cuidar de los intereses de las comunidades tradicionales, entre sus objetivos está el de autorizar el *“acceso a conocimiento tradicional asociado, mediante anuencia previa de su titular”*¹¹⁶².

La entidad también sería responsable del desarrollo de actividades de información y capacitación sobre temas relativos a la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, dando respuestas a las demandas locales, nacionales e internacionales ante los diferentes foros relacionados con dicha protección, además de velar por la gestión sobre la conservación, promoción y protección de los CTs.

Es de destacar entonces que la entidad de gestión puede tener varias funciones, tanto en relación con las comunidades tradicionales como con los usuarios de los CTs. En cuanto a las primeras, la entidad puede contribuir a varias

¹¹⁶¹ De acuerdo con el art. 63 de la Ley peruana n°. 21.811 que establece la Autoridad Nacional Competente: *“la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) es competente para conocer y resolver en primera instancia todo lo relativo a la protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas. La Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi conocerá y resolverá los recursos de apelación en segunda y última instancia administrativa”*.

¹¹⁶² Art. 11.b de la Ley Provisional brasileña n°. 2.186-16.

situaciones: desarrollar criterios y mecanismos para normalizar los procedimientos de acceso a los CTs; acompañar adecuadamente en los “negocios” que envuelvan los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, por problemas de comunicación en las lenguas occidentales, por la falta de experiencia o por posición negociadora débil por parte de la comunidad tradicional; asistir en las negociaciones de contratos de acceso y/o uso de los CTs; registrar los contratos de licencias de acceso y/o uso de los CTs; desarrollar un sistema de registro de los CTs a ser protegidos; garantizar que el consentimiento fundamentado previo sea amplio y participativo; asegurar que en los contratos de licencia de uso de los CTs estén establecidas cláusulas que contemplen el reparto justo y equitativo de los beneficios, y así sucesivamente.

Con relación a los usuarios, la entidad podría ayudar a encontrar los beneficiarios pertinentes del conocimiento, innovación o práctica tradicional que pretenden acceder o utilizar y obtener un acceso más fácil a los titulares pertinentes de los CTs, además de auxiliar a los terceros con informaciones al respecto de las normas y prácticas consuetudinarias, especialmente sobre las formas organizativas de las comunidades tradicionales.

De forma general, la entidad de gestión debe tener la función de hacer la conexión entre las comunidades tradicionales y los terceros interesados en acceder o utilizar algún tipo de CT. Es decir, la entidad de gestión debe apoyar a las comunidades tradicionales y al solicitante de acceso y uso de un CT en el proceso de negociación. Por ejemplo, después de redactar un acuerdo, las comunidades tradicionales deben remitir la propuesta a la autoridad para sus observaciones. Cuando la autoridad tiene la impresión de que la comunidad tradicional, en cuestión, no dispone de informaciones suficientes para tomar una decisión con seguridad o que el acuerdo propuesto no protege adecuadamente sus derechos, la autoridad podrá ayudar a la comunidad tradicional a solicitar que el interesado y la comunidad se reúnan con el fin de discutir el acuerdo propuesto.

De todos los modos hay que resaltar, una vez más, que la decisión final sobre la aceptación, rechazo o la modificación de las observaciones de la autoridad sobre el acuerdo corresponde a la comunidad tradicional. En el caso de que la comunidad tradicional rechace la propuesta de acuerdo, es de nuevo la autoridad la que informará al solicitante de dicha decisión. Este papel en muchos

casos puede reforzar la posición del agente negociador de las comunidades tradicionales.

En especial, cuando se produzca un litigio la entidad de gestión sería el primer órgano a intentar mediar en el conflicto¹¹⁶³. En caso de no se llegar a un acuerdo viable obviamente una de las posibilidades es recurrir al Poder Judicial. He ahí una función bien específica que debe tener la entidad de gestión, por la hiposuficiencia de las comunidades tradicionales, a que hicimos referencia con anterioridad, y que merece ser destacada: poder iniciar de oficio las acciones de cesación e indemnizatorias, además de las medidas cautelares, representando las comunidades tradicionales en contra de terceros que de alguna forma han infringido o están prestos a infringir los derechos de esas comunidades¹¹⁶⁴.

Para finalizar este punto, cabe poner de relieve que en, cualquier caso, sea cual fuera la entidad constituida, es necesaria la presencia de representantes de las comunidades tradicionales, de las organizaciones representativas de las comunidades tradicionales y de organizaciones no gubernamentales que deben participar activamente en las decisiones sobre las normativas y políticas relacionadas con la temática¹¹⁶⁵.

¹¹⁶³ La Ley peruana n°. 27.811, por ejemplo, en el art. 46, establece que “*para solucionar las discrepancias que pudieran generarse entre los pueblos indígenas en el marco de aplicación de este régimen, tales como aquéllas relacionadas con el cumplimiento por parte del pueblo indígena que ha negociado un contrato de licencia de uso de sus conocimientos colectivos de lo dispuesto en el segundo párrafo del Artículo 6° de la presente Ley, éstos podrán recurrir al derecho consuetudinario y a sus formas tradicionales de solución de conflictos, **pudiendo contar con la mediación de una organización indígena superior** (negrillas nuestras). En el art. 43 se añade que “...Las acciones por infracción podrán iniciarse de oficio por decisión”.*

¹¹⁶⁴ Ejemplo es el art. 49 de la Ley peruana n°. 27.811 que señala que “*en cualquier etapa del procedimiento, de oficio o a pedido de parte, la autoridad administrativa del Indecopi podrá, dentro del ámbito de su correspondiente competencia, dictar una o varias de las siguientes medidas cautelares destinadas a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva: a) La cesación de los actos materia de la acción; b) El decomiso, el depósito o la inmovilización de los productos desarrollados a partir del conocimiento colectivo materia de la acción; c) La adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduaneras impidan el ingreso al país y la salida del país de los productos desarrollados a partir del conocimiento colectivo materia de la acción; d) El cierre temporal del establecimiento del denunciado; y e) Cualquier otra medida que tenga por objeto evitar que se produzca algún perjuicio derivado del acto materia de la acción o que tenga como finalidad la cesación de éste”.*

¹¹⁶⁵ LEWINSKI, S. v. “An analysis of WIPO’s latest proposal and the Model Law 2002 of de pacific community...”, *op.cit.*, p. 117.

7.2. Reconocimiento y fortalecimiento de las normas y prácticas consuetudinarias de las comunidades tradicionales

Dado que los CTs suscitan el interés cada vez mayor de personas fuera del contexto tradicional, especialmente grandes empresas relacionadas con la industria, las reivindicaciones de las comunidades tradicionales no se limitan a la protección de sus conocimientos, sino que también incluyen el reconocimiento y respeto a su derecho consuetudinario¹¹⁶⁶, o dicho de otro modo, la preservación de sus normas, prácticas y forma de organización que permite la producción continua, el uso y el desarrollo de sus conocimientos, innovaciones y prácticas. Para los titulares de los CTs esta es una de las cuestiones fundamentales en un sistema eficaz de protección¹¹⁶⁷.

En una decisión histórica relacionada con la protección de los derechos de los pueblos indígenas, las Naciones Unidas aprobaron la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, el 13 de septiembre de 2007. En la Declaración, objeto de largas negociaciones, que se prolongó durante más de veintidós años, se reconocen a los pueblos indígenas, más allá de los derechos sobre sus tierras, recursos y conocimientos, el “papel” fundamental que tiene el derecho consuetudinario en la definición y protección de sus conocimientos, innovaciones y prácticas¹¹⁶⁸.

El tema también ha ganado espacio en la labor de la OMPI con relación a la protección de los CTs. Siguiendo una práctica acordada en su séptima sesión, el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos,

¹¹⁶⁶ El derecho consuetudinario se ha definido como “*ley que consiste en costumbres que son aceptadas como requisitos legales o normas obligatorias de conducta, prácticas y creencias que son vitales y una parte intrínseca de un sistema social y económico que se les trata como si fueran leyes*”. TOBIN, B. “The role of customary law...”, *op.cit.*, p. 145. RIZ MULLER añade que “*dentro de las prácticas sociales de los pueblos indígenas el Derecho Consuetudinario tiene un papel protagónico, al ordenar y definir estructuras sociales y comunitarias y asignar funciones y cuotas de poder entre los pueblos y al interior de los mismos*”. RUIZ MULLER, M. *La protección jurídica de los conocimientos tradicionales...*, *op.cit.*, pp. 26-27. En el mismo sentido, SANTILLI, J. “*Patrimônio imaterial...*”, *op.cit.*, pp. 135-126.

¹¹⁶⁷ Los titulares de los CTs afirman repetidamente que no quieren las clásicas leyes de PI, sino más bien el reconocimiento de sus derechos consuetudinarios. BRAHY, N. *The property regime of biodiversity...*, *op.cit.*, p. 296. En el mismo sentido LEWINSKI, S. v. “An analysis of WIPO’s latest proposal and the Model Law 2002 of de pacific community...”, *op.cit.*, p. 111; TOBIN, B. “The role of customary law...”, *op.cit.*, p. 145.

¹¹⁶⁸ TOBIN, B. “The role of customary law...”, *op.cit.*, p. 129.

Conocimientos Tradicionales y Folclore ahora empieza cada sesión con un panel, presidido por un representante de una comunidad indígena o local, que discute las experiencias y preocupaciones de los poseedores de los CTs. El respeto al derecho consuetudinario fue una cuestión clave en los paneles de discusión¹¹⁶⁹. Además, muchos países han adoptado medidas para reconocer, con mayor o menor alcance, el derecho consuetudinario de las comunidades tradicionales, especialmente de las comunidades indígenas en las constituciones y leyes nacionales¹¹⁷⁰.

Por ello, el respeto a las normas y a las prácticas consuetudinarias, en especial sobre los sistemas de representación y a la forma de organización social de las comunidades tradicionales es otro pilar en el desarrollo de un régimen *sui generis* de protección. En caso de que no sea reconocido que existen varios ordenes jurídicos, unos sobrepuestos a los otros, y de no haber un Derecho estatal único, el sistema será extremadamente perjudicial a las comunidades tradicionales que se rigen por un derecho de costumbre propia, el cual refleja su cultura, tradición y deseos¹¹⁷¹.

¹¹⁶⁹ **WIPO**. "Customary Law & the Intellectual Property System in the protection of traditional cultural expressions and traditional knowledge", *Draft customary law issues paper*, december, 2006. Disponible en <www.wipo.int/tk/en/consultations/customary_law/issues-revised.pdf>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

¹¹⁷⁰ En América del Sur, por ejemplo, hay una creciente tendencia a incluir el reconocimiento del derecho consuetudinario en las constituciones nacionales. La Constitución colombiana de 1991, por ejemplo, incluye los derechos de los pueblos indígenas a ejercer funciones jurisdiccionales de conformidad con sus propias normas y procedimientos (art. 246), para administrar y gobernar sus territorios (art. 286), y ser regidos por sus propias autoridades y administrar sus intereses, de conformidad con sus propias costumbres (art. 191). La Constitución de Ecuador, de 1998, estipula que las autoridades de los propios pueblos indígenas tienen derecho a ejercer funciones judiciales, a la aplicación de sus leyes y procedimientos propios para la solución de los conflictos internos, de conformidad con sus costumbres y las leyes consuetudinarias, en la medida en que no entra en conflicto con la Constitución y la legislación nacional (art. 191). La Constitución peruana de 1998 faculta a las comunidades amazónicas y campesinas ejercer funciones judiciales en sus territorios de conformidad con sus leyes habituales, siempre y cuando no violen los derechos fundamentales de la persona (art. 149). En nivel regional en la región del Pacífico, la OUA ha desarrollado un modelo de legislación sobre la protección de los derechos de las comunidades locales, agricultores y ganaderos, y para la regulación de acceso a los recursos biológicos. El modelo de legislación reconoce y protege derechos de las comunidades sobre los recursos biológicos y sus conocimientos, innovaciones y prácticas como están consagrados y protegidos por las normas, prácticas y el derecho consuetudinario, ya sea esa ley escrita o no. TOBIN, B. "The role of customary law...", *op.cit.*, p. 147.

¹¹⁷¹ "Para comprender los elementos esenciales de tal régimen (régimen *sui generis*), es preciso libertarse de concepciones positivistas y formalistas del derecho, de que la ley contiene todo el derecho y con él se confunde (...) El monismo jurídico desconsidera la existencia, en el mismo espacio territorial, de una sobreposición de ordenes jurídicas, concurrentes con el derecho Estatal,

Siguiendo esta permisa, un sistema *sui generis* apropiado para la protección de los CTs debe basarse en concepciones de pluralismo jurídico y en el reconocimiento de la diversidad jurídica existente en las comunidades tradicionales, expresión de su diversidad cultural. Esto porque uno de los importantes aspectos de los CTs es el método de su regulación que es establecido por la comunidad. Las normas, los protocolos y las prácticas consuetudinarias suelen definir la forma en que las comunidades tradicionales desarrollan, preservan y transmiten sus conocimientos¹¹⁷². Es decir, la protección consuetudinaria, llamada también de derecho consuetudinario, es un régimen informal de reglas, derechos y obligaciones que no está generalmente escrito y que dimana del consenso alcanzado en la comunidad, donde sus miembros se someten voluntariamente a ellas. En las comunidades tradicionales estas prácticas consuetudinarias suelen estar supervisadas por los líderes de la comunidad, quienes se encargan de su aplicación¹¹⁷³.

Las normas y prácticas consuetudinarias definen aún los derechos de custodia y las obligaciones en materia de CTs, incluidas las obligaciones de preservarlos contra la utilización abusiva o la divulgación indebida¹¹⁷⁴. Un ejemplo son los CTs considerados sagrados o secretos y que sólo pueden divulgarse a determinadas personas iniciadas dentro de la comunidad. Hay ritos y otras manifestaciones que especialmente fundadas en creencias ancestrales y religiosas, permanecen secretas y solamente se transmiten entre selectos individuos de una misma comunidad, a veces incluso con carácter hereditario.

Por ello, las normas consuetudinarias, pese a que no puedan solucionar todos los problemas que envuelven los CTs especialmente los relacionados con

y la diversidad de sistemas jurídicos desarrollados por las comunidades tradicionales". SANTILLI, J. "Conhecimentos tradicionais associados...", *op.cit.*, pp. 357-358.

¹¹⁷² "Los pueblos indígenas poseen sus propios sistemas de jurisprudencia, específicos a un cierto lugar, con respecto a la clasificación de los distintos tipos de conocimientos, los procedimientos adecuados para adquirir y compartir conocimientos, y los derechos y responsabilidades ajenos a la posesión de los conocimientos, todos los cuales están incorporados de manera única a cada cultura y a sus idiomas". OMPI. "Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de Propiedad Intelectual...", *op.cit.*, p. 245.

¹¹⁷³ LAU, I. *Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 109.

¹¹⁷⁴ Los pueblos indígenas poseen su propio sistema local de jurisprudencia con respecto a la clasificación de los diferentes tipos de conocimientos, los procedimientos adecuados para la adquisición e intercambio de conocimientos, y los derechos y responsabilidades que los acompañan, todos los cuales están integrados en cada cultura y su lengua. TOBIN, B. "The role of customary law...", *op.cit.*, p. 148.

apropiación indebida o sanciones a los infractores de los derechos de las comunidades, pueden determinar cómo y en qué condiciones pueden utilizarse los CTs, la forma de distribución de los beneficios internamente a la comunidad, quiénes son los representantes de la comunidad, así como muchos otros aspectos de la creación, preservación, utilización y ejercicio de esos conocimientos.

Por lo anterior, en cualquier solución jurídica relativa a la protección de los conocimientos tradicionales, adoptada tanto a nivel nacional como internacional, se debe reconocer la importancia de las costumbres y tradiciones de una comunidad en relación con el permiso otorgado a los individuos para utilizar elementos de los CTs, dentro o fuera de la comunidad correspondiente, así como con cuestiones relativas a la propiedad, el derecho a beneficios, etc. Además, esas costumbres y tradiciones, si es posible, deben describirse y registrarse junto con los elementos de los CTs, para que se cree una seguridad jurídica no solamente en lo que respecta a los elementos pertinentes de los CTs propiamente dichos, sino también en relación con la manera de compartirlos entre las comunidades.

Un ejemplo de cómo el derecho consuetudinario puede integrarse en un sistema *sui generis* de protección de los CTs figura en la Ley n°. 20 de Panamá, que en su art. 15 establece lo siguiente: “*los derechos de uso y comercialización del arte, artesanías y otras expresiones culturales basadas en la tradicionalidad de los pueblos indígenas deben regirse por el reglamento de uso de cada pueblo indígena, aprobado y registrado en la DIGERPI o en la Dirección Nacional de Derecho de Autor del Ministerio de Educación, según el caso*”¹¹⁷⁵.

En conclusión, reconocer y fortalecer las normas y las prácticas consuetudinarias constituye la base para que las comunidades tradicionales puedan garantizar su existencia y proyección como colectividades conservando su identidad cultural, social y espiritual. Además, fortalecer las normas y las prácticas consuetudinarias es garantizar el sistema de autogestión que rige el uso

¹¹⁷⁵ Panamá ha aprobado una serie de leyes que definen el territorio de las comunidades indígenas y establecen sus propios órganos administrativos, de acuerdo a sus propias costumbres y tradiciones. Véase VALIENTE LÓPEZ, A. (Compilador). *Derechos de los pueblos indígenas de Panamá*. San José, Impresora Gossestra Intl. S.A., 2002.

de recursos que reflejan las prácticas sociales y culturales de la comunidad sobre sus conocimientos.

7.3. Establecimiento de fondos compensatorios

Pese a que los fondos compensatorios no son en sentido estricto un instrumento jurídico de protección para los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, son importantes mecanismos para garantizar que las comunidades tradicionales puedan acceder a recursos económicos para el desarrollo de proyectos de conservación, desarrollo u otros. Con bajos costos de transacción para su funcionamiento, esos Fondos, orientados a distintos fines ambientales, ya son una realidad en algunos países de la América Latina¹¹⁷⁶.

Los fondos compensatorios, que en algunas legislaciones son llamados de Fondos para el Desarrollo, deben ser establecidos y regulados a través de una norma legal y administrados por representantes de las organizaciones representativas de las comunidades tradicionales, que formarán un comité administrador, con autonomía técnica, económica, administrativa y financiera, respetando siempre los mecanismos de derechos consuetudinarios de las comunidades tradicionales, en especial en el proceso de reparto de beneficios.

Como ya señalamos, es conveniente destinar un porcentaje de los beneficios recibidos por las comunidades tradicionales a partir de la utilización de sus conocimientos para la institución de fondos compensatorios. Los fondos recaudarían los recursos y los aplicarían en proyectos destinados a la conservación de la diversidad biológica en los territorios ocupados por las comunidades tradicionales, así como en proyectos destinados al incremento de los aspectos económicos, culturales y sociales de las comunidades poseedoras de aquellos conocimientos tradicionales utilizados. Las comunidades tradicionales, podrían acceder a esos Fondos a través de sus organizaciones

¹¹⁷⁶ Perú, por ejemplo, creó en 1992 el Fondo Nacional para Áreas Naturales Protegidas (FONANPE) que tiene como finalidad canalizar recursos económicos para el fortalecimiento de las áreas naturales protegidas por el Estado. La Decisión 391 de la Comunidad Andina estableció el Fondo Andino de Recursos Genéticos para promover el cumplimiento de sus propios fines, incluyendo el financiamiento de aspectos relativos a los CTs de los pueblos indígenas. RUIZ MULLER, M. *La protección jurídica de los conocimientos tradicionales...*, *op.cit.*, pp. 206-207. Específicamente en beneficios de las comunidades tradicionales, Perú creó aún en la Ley 27.811, Título IX, el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

representativas y por medio de proyectos de desarrollo, siempre con previa evaluación y aprobación de la entidad de gestión.

De forma general, podríamos decir qué fondos tendrían como objetivos reconocer que efectivamente existen CTs que son importantes y por los cuales generalmente no se obtienen beneficios económicos; compensar directamente a las comunidades por su contribución a nivel de estos conocimientos, innovaciones y prácticas, tanto en el ámbito nacional como internacional; y, contribuir al desarrollo integral de las comunidades tradicionales a través del financiamiento de proyectos y otras actividades.

Perú, por ejemplo, al crear el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, señala que su objetivo es “*contribuir al desarrollo integral de los pueblos indígenas a través del financiamiento de proyectos y otras actividades. Este Fondo gozará de autonomía técnica, económica, administrativa y financiera*”¹¹⁷⁷. Además de crear el Fondo en la Ley 27.811 estable como se dará el acceso (art. 38), la administración (art. 39) y el origen de los recursos destinados al Fondo (art. 41). De acuerdo con la Ley, el Fondo recibirá un mínimo de 10% de las ventas brutas, antes de los impuestos, que deriven de la comercialización de productos desarrollados a partir de los CTs.

De hecho, la institución de fondos sería un mecanismo típico para tratar de alcanzar en alguna medida una distribución justa y equitativa de beneficios que se derivan directa o indirectamente de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales. En rigor, son una manera relativamente sencilla para comprometer a personas e instituciones que directa o indirectamente utilizan los CTs – por ejemplo a nivel de investigadores etnobotánicos, laboratorios biotecnológicos, empresas de semillas, entre otros – a que contribuyan a compensar a las comunidades por el desarrollo de estos CTs.

¹¹⁷⁷ Art. 37 de la Ley peruana n°. 27.811.

7.4. Registro de los conocimientos tradicionales

Pese a la existencia de algunas críticas en contra¹¹⁷⁸, los registros de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales son mecanismos que permiten el mantenimiento y la organización de información y datos sobre estos conocimientos. De forma general, el registro de los CTs además de ser una manera sencilla de declarar al mundo la existencia de estos es una forma de preservarlos en el tiempo, y de contribuir al mantenimiento del bagaje intelectual y cultural de las comunidades tradicionales en su conjunto.

No obstante, debido a la naturaleza intrínsecamente práctica y dinámica de los CTs, la descripción y fijación en un inventario ha de ser necesariamente muy flexible, en el sentido de que el único requisito, sobre todo en cuanto a los elementos técnicos, sería que la descripción sea de fácil comprensión para un “experto” en la materia. Nadie debe esperar, por ejemplo, que el chamán proporcione la fórmula o la composición de la fórmula o molécula de un componente químico determinado, sino simplemente una descripción de los materiales que utiliza, de manera que otra persona pueda reproducirla. Es decir, el registro debe ser algo sin mayores formalidades y, por tanto, sin la necesidad de una aceptación formal de una autoridad.

Además de ser informal, el registro debe ser gratuito, facultativo y de naturaleza meramente declaratoria, no constituyendo condición para el ejercicio de cualquier derecho, sino como medio de prueba¹¹⁷⁹. Exigir la obligatoriedad del registro para que los CTs reciban protección probablemente provocaría una serie de reveses dado el hecho de que los CTs, como ya señalamos, son dinámicos y transmitidos de generación a generación de forma oral únicamente. Por lo tanto, su fijación iría en contra de la naturaleza de los CTs por “congelación” en una manifestación estática¹¹⁸⁰. Por ello, las bases de datos de los registros de los CTs,

¹¹⁷⁸ Algunas de esas críticas son destacadas por BRAHY, N. *The property regime of biodiversity...*, *op.cit.*, p. 335 y ss.

¹¹⁷⁹ DUTFIELD, G. *Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 114; KAMERI-MBOTE, P.; OTIENO-ODEK, J. “Genetic use restriction...”, *op.cit.*, p. 228.

¹¹⁸⁰ LEWINSKI, S. v. “An analysis of WIPO’s latest proposal and the Model Law 2002 of de pacific community...”, *op.cit.*, p. 121.

solamente pueden ser considerados como enfoque para la protección de esos conocimientos, pero no como requisito para la protección y menos aún para el reconocimiento de derechos de las comunidades tradicionales. No efectuar el registro del conocimiento no significa renunciar a los derechos sobre ello, pero el hacerlo puede impedir, por ejemplo, que se solicite una patente por una “innovación” idéntica o similar al conocimiento o información tradicional.

Un estudio preparado por el UNU-IAS¹¹⁸¹ sobre la función de los registros y bases de datos en la protección de los CTs concluyó que las bases de datos y los registros por sí solos no constituyen un medio para la protección efectiva de los CTs. Más bien debe considerarse como un elemento o mecanismo en un sistema de política de gobierno más amplio para la protección de los CTs incluido el derecho y la práctica consuetudinaria, la legislación nacional sobre acceso y participación en los beneficios, y el derecho *sui generis*¹¹⁸².

No obstante a esta constatación, algunas legislaciones ya existentes que intentan proteger los CTs requieren un régimen de registro o notificación para que la protección sea efectiva; es el caso de la Ley de Panamá n°. 20, de la que destacamos sus principales puntos en el capítulo II, que crea un registro de derechos colectivos, los cuales deben tramitarse a solicitud de los respectivos congresos generales o autoridades tradicionales indígenas, ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor. Pese a esto, reafirmamos que un sistema *sui generis* de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales no debe tener ningún tipo de formalidad para recibir la protección debida. Así que los CTs deben tener protección garantizada a partir del momento de su creación.

Un régimen de formalidad no facilitaría la protección de los CTs, sino que la dificultaría por diversas razones: diversidad de formas de CTs; pertenencia, en muchos casos, a comunidades diversas; falta de costumbres de las comunidades

¹¹⁸¹ El Instituto de Estudios Avanzados de la Universidad de las Naciones Unidas (UNU-IAS) es uno de los más nuevos Institutos en la red de centros de investigación y formación dentro del sistema de la ONU. El Instituto lleva a cabo la investigación y la educación de postgrado, tanto en la Universidad como en la cooperación con una red interactiva de instituciones académicas y organizaciones internacionales. Informaciones sobre el Instituto están disponible en <<http://www.ias.unu.edu/>>. Consultada el 30 de mayo de 2011.

¹¹⁸² MERLE, A.; CHAMUNDEESWARI, K.; KAMBU, A.; RUIZ, M.; TOBIN, B. “The role of registers & databases in the protection of traditional knowledge: a comparative Analysis”, UNU-IAS Report, 2003. Disponible en <http://www.ias.unu.edu/binaries/UNUIAS_TKRegistersReport.pdf>. Consultada el 26 de abril de 2011.

tradicionales para convivir con un sistema de formalidades; falta de conocimiento legal y de recursos financieros de las comunidades tradicionales; falta de registro de conocimientos en muchas comunidades tradicionales; carácter dinámico de los CTs; posibilidad de que algunas expresiones tradicionales sean consideradas sagradas y secretas por las comunidades tradicionales.

De todos los modos, pese a que el registro no debe ser obligatorio para la protección de los CTs, él puede cumplir varias funciones. Primero, permitiría mantener de manera ordenada y sistematizada (de forma escrita) los CTs que de otro modo podrían perderse en el tiempo por la paulatina descomposición de muchas comunidades y la pérdida de tradiciones y prácticas tradicionales, es decir, los registros o las bases de datos de los CTs pueden cumplir con la finalidad de preservación de esos conocimientos preservándolos para futuras generaciones. De hecho, el registro puede contribuir en la promoción y en la preservación de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades tradicionales¹¹⁸³.

Este mismo registro puede servir aún para identificar la titularidad de ciertos CTs e incluso facilitar la identificación de comunidades que comparten conocimientos similares, en cuyo caso se utilizaría la prueba de registro para confirmar una reivindicación de titularidad. O sea, alguna forma de registro ofrecería precisión, transparencia y seguridad respecto a los CTs protegidos y en beneficio de quién¹¹⁸⁴.

Asimismo, el banco de datos podría ser útil cuando existiera la necesidad de identificar a las comunidades poseedoras de un determinado conocimiento que sea compartido y al que se pretenda acceder. En este caso, la identificación es necesaria para obtener el consentimiento fundamentado previo y promover equitativamente el reparto de los beneficios entre las comunidades coposedoras.

El registro (debidamente estructurado) de los CTs podría ser utilizado también como arma defensiva frente a los DPI. La base de datos podría ser un medio para poner la información a disposición de las oficinas de patentes y

¹¹⁸³ BRAHY, N. *The property regime of biodiversity...*, *op.cit.*, pp. 332-333; LEWINSKI, S. v. *Indigenous heritage and Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 148.

¹¹⁸⁴ BRAHY, N. *The property regime of biodiversity...*, *op.cit.*, pp. 333-334.

garantizar su inclusión en el estado de la técnica a fin de evitar la concesión de patentes. Por ello, ayudaría a proteger los CTs contra la utilización ilegítima por terceros¹¹⁸⁵, o sea la piratería.

Además, el registro puede servir para identificar recursos de la biodiversidad y de los CTs relacionados con ella que, por alguna razón, el Estado quiere reconocer como estratégicos.

El registro puede concebirse desde distintas perspectivas y responder a diferentes criterios¹¹⁸⁶. El registro podría: I. Incluir información y datos sobre recursos biológicos y sus aplicaciones o limitarse a una taxonomía y listado de recursos. II. Incorporar información y datos que se sujetan a diferentes grados de confidencialidad dependiendo del valor (económico, cultural o religioso) que se le asigne. III. Depender – en cuanto a su desarrollo, manejo y gestión – de las comunidades propiamente, organizaciones representativas o incluso de una instancia del Estado. IV. Orientarse a cumplir un rol defensivo, en el caso que la información y datos se haga pública, o más bien a garantizar la permanencia de conocimientos, innovaciones y prácticas en el tiempo, para beneficio de las comunidades. V. Orientar a quienes quisieran tener acceso a información y datos sobre determinados usos de recursos y conocimientos (debiendo luego negociarse con la(s) comunidad(es) que figura(n) como titular(es)). VI. Ser de carácter declarativo o constitutivo, para lo cual deberá determinarse el alcance de los derechos que confiere (si los confiriera), entre otras posibilidades.

POSEY y DUTFIELD sugieren que las comunidades tradicionales creen un registro en la propia comunidad, en el cual se documenten todas las especies vegetales y animales indicando de manera completa y detallada todos los posibles usos. Aunque los registros de la comunidad se llevarían en el plano local, podrían formar parte de un registro regional y nacional que contenga información que se ponga a disposición de las comunidades sin cargo. Mediante el registro,

¹¹⁸⁵ LEWINSKI, S. v. *Indigenous heritage and Intellectual Property...*, *op.cit.*, p. 148; TOBIN, B. "The role of customary law...", *op.cit.*, p. 142; BRAHY, N. *The property regime of biodiversity...*, *op.cit.*, pp. 331 y 345.

¹¹⁸⁶ VIVAS EUGUI, D.; RUIZ MULLER, M. *Manual explicativo sobre mecanismos...*, *op.cit.*, p. 30.

los miembros de la comunidad podrían incluso negar el acceso al registro o establecer las condiciones de acceso y/o uso¹¹⁸⁷.

Para LEWINSKI, un ejemplo de registro más elaborado es el de la legislación peruana que prevé tres niveles de registro, lo que refleja la necesidad percibida por los matices y la sensibilidad a la diversidad de las formas de los CTs en la construcción de mecanismos jurídicos para su protección: un registro de dominio público, que es accesible al público y se utiliza para ser utilizado como estado de la técnica en el examen de concesión de patentes por las oficinas de patentes de todo el mundo; un registro nacional confidencial de los conocimientos colectivos; y, los registros locales organizados por las comunidades tradicionales, de acuerdo con sus prácticas y costumbres, con la asistencia, previamente solicitada, de la oficina nacional de propiedad intelectual o de otro órgano competente creado para esta función¹¹⁸⁸.

Una cuestión muy importante con respecto al registro de los CTs se refiere a la posibilidad de que el banco de datos sea accesible al público. El incluir un conocimiento, una innovación o una información tradicional en una base de datos no puede interpretarse en el sentido de que tal registro sea de dominio público y que por lo tanto podría usarse libremente. En este supuesto, la piratería sería facilitada, ya que el simple acceso a los registros dispensaría el acceso a los conocimientos por medio de las comunidades y consecuentemente no habría necesidad del consentimiento fundamentado previo y del reparto equitativo de los beneficios. Por ello, las informaciones contenidas en las bases de datos deben tener una interpretación restrictiva. El registro debe ser entendido como medio de preservación y como un mecanismo de defensa frente al uso indebido, especialmente de los DPI. Así, se debe tener cautela en la creación de los bancos

¹¹⁸⁷ POSEY, D. A.; DUTFIELD, G. *Más allá de la Propiedad Intelectual...*, *op.cit.*, p. 106.

¹¹⁸⁸ LEWINSKI, S. v. *Indigenous heritage and Intellectual Property...*, *op.cit.*, pp. 148-149. En Perú los tipos y normas de registro de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas están establecidos en los art. 15 a 24 de la Ley nº 27.811. Un otro ejemplo de suceso es el en registro de los CTs es la Biblioteca Digital sobre Conocimientos Tradicionales de la India (TKDL), que hicimos referencia en el capítulo II, que hasta ahora contiene 34 millones de páginas en cinco idiomas internacionales, con catalogación de CT, especialmente conocimientos sobre los tratamientos médicos tradicionales y las propiedades curativas de las plantas, que figuraban en textos e idiomas antiguos. BRAHY, N. *The property regime of biodiversity...*, *op.cit.*, p. 331.

de datos para que ellos no actúen de forma contraria a los intereses de las comunidades tradicionales.

En resumen, aunque no sea tarea fácil y tampoco elemento necesario para la protección de los CTs, el registro voluntario por parte de sus poseedores puede ser instrumento útil en la protección y especialmente en la preservación de los mismos. Además, no es demasiado resaltar que las bases de datos o registros de CTs, solamente pueden ser consideradas como un enfoque para la protección de los mismos, pero no como requisito para la protección y menos aún para el reconocimiento de los derechos de las comunidades tradicionales.

8. Sistema de protección internacional

Otro punto de debate sobre la protección jurídica de los CTs está en relación con el ámbito de la protección: ¿nacional o internacional? Como hemos demostrado en el capítulo II este también es un tema sobre el que aún no se ha llegado a un consenso, pues mientras algunos países defienden una protección nacional, otros abogan por una protección internacional.

La mayoría de las manifestaciones, tanto de las comunidades poseedoras de los CTs, como de los países en desarrollo y muchas organizaciones no gubernamentales, explicitan claramente que sólo una protección nacional no es suficiente para una protección eficaz y, por lo tanto, es necesario un régimen internacional de protección¹¹⁸⁹. Incluso aquellos países donde hay una legislación nacional que intenta proteger estos conocimientos, reconocen que no es suficiente y defienden un sistema de protección internacional.

Sobre este punto, debe aclararse que la mayoría de los países que defienden un sistema de protección nacional para los CTs son aquellos en que sus empresas han obtenido lucros con la explotación de estos conocimientos sin el debido consentimiento de sus poseedores y sin el reparto de los beneficios¹¹⁹⁰.

¹¹⁸⁹ LONGACRE, E. "Advancing science while protecting...", *op.cit.*, p. 05.

¹¹⁹⁰ Estados Unidos, además de ser uno de los países que más defiende una protección nacional para los CTs (OMC. Doc. IP/C/W/370/Rev.1..., *op.cit.*, pp. 05-06.) es también uno de los principales mercados de apropiación indebida de los CTs. KURUK apunta innumerables casos de

Pese a esos diferentes posicionamientos, varios esfuerzos ya fueron realizados con el intento de garantizar una protección a nivel internacional para los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, especialmente con relación a las ECTs en el seno de la UNESCO¹¹⁹¹. A pesar de esos esfuerzos se han encontrado muchas dificultades para la adaptación de medidas o de una convención internacional específica para la protección de los CTs, como señalamos en el capítulo segundo¹¹⁹².

Pese a estas dificultades, es evidente que la previsión solamente de normas nacionales para la protección de los CTs no garantiza una tutela efectiva a los mismos por cuatro razones principales: muchos conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales suelen ser utilizados por diferentes comunidades que habitan países diferentes; los ordenamientos nacionales no constituyen un compromiso frente a la comunidad internacional; en ausencia de un instrumento internacional que los vincule, no es posible invocar el derecho frente a los demás países; los conocimientos, innovaciones y prácticas de otros países se encontrarían igualmente desprotegidos en aquel donde se reclamara la protección y donde no existiera ley que las tutelan, en la medida en que la protección se fundamentara en el principio de la reciprocidad o no existiera

patentes concedidas sin la debida compensación a los legítimos poseedores del conocimiento patentado en EE.UU. KURUK, P. "Goading a reluctant dinosaur...", *op.cit.*, pp. 02; otros casos de apropiación indebida por empresas americanas son apuntados también por TUSTIN, J. "Traditional knowledge...", *op.cit.*, p. 02 y ss.; LONGACRE, E. "Advancing science while protecting...", *op.cit.*, p. 05 y ss.

¹¹⁹¹ El debate sobre la protección internacional de los CTs ya fue analizado en el capítulo segundo. Sin embargo, es importante señalar algunos de esos esfuerzos: el Comité de Expertos Gubernamentales sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual de la Protección de las Expresiones del Folklore, realizado en Ginebra en 1982, por iniciativa de la UNESCO y de la OMPI, en el cual se deliberó acerca de la oportunidad del establecimiento de una reglamentación nacional, teniendo como base las Disposiciones Tipo para leyes nacionales". También por iniciativa de la OMPI y UNESCO, se reunió en París en 1984 un grupo de trabajo de expertos para estudiar la protección internacional del folklore. La Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular, aprobada por la 25 reunión de la Conferencia General de la UNESCO en 1989 destacó la necesidad de una protección internacional para el folklore. Más recientemente en 1996, la protección internacional del folklore, fue resaltada durante la sesión conjunta de los comités de expertos reunidos en Ginebra y convocados por la OMPI. En esta sesión se recomendó la organización de un foro internacional con el fin de examinar las cuestiones relativas a la preservación y protección de las expresiones del folklore y la necesidad de armonización de los diferentes intereses regionales relacionados con la temática. ANTEQUERA PARILLI, R. "La tutela del folklore...", *op.cit.*, p. 544.

¹¹⁹² Algunas de estas dificultades pueden ser vista en LIPSZYC, D. *Derecho de Autor y Derechos Conexos...*, *op.cit.*, pp. 103-104.

compromiso entre el país de origen de la expresión y aquel donde se invocara la tutela.

En especial, es necesario destacar que, debido al carácter transfronterizo de los CTs, los sistemas nacionales sólo pueden ser complementarios de un mecanismo internacional y únicamente serán eficaces si se establece ese mecanismo de dimensión internacional, con protección de mínimos.

Por otra parte, como es sabido, los CTs constituyen un valioso recurso mundial; las comunidades tradicionales desempeñan un papel esencial en su capacidad para utilizar el medio ambiente de un modo sostenible y conservar los recursos genéticos y naturales en general. Así que, dada la importancia y el valor social, ambiental y económico de los CTs, varias son las razones para justificar la adopción de medidas internacionales¹¹⁹³: interés económico común; equidad; seguridad alimentaria; protección cultural; protección del medio ambiente; desarrollo; y, coherencia entre la legislación internacional y nacional.

Asimismo, los CTs deben ser protegidos internacionalmente teniendo en vista la necesidad de intensificar la cooperación y los intercambios de conocimiento y de cultura. Los Estados deben cooperar estrechamente para garantizar en el plano internacional que las diversas personas interesadas (comunidades, personas físicas o jurídicas) disfruten de los derechos económicos y morales que resulten de la explotación, investigación, creación, composición, interpretación, y difusión de los CTs.

Por fin, la necesidad de estrategias globales para la protección de los CTs es defendida también por la OMPI que justifica que cuanto mayor sea la coordinación e integración entre los niveles nacional, regional e internacional, mayor será la eficacia general de los mecanismos de protección¹¹⁹⁴. O sea, la necesidad de asegurar una protección uniforme a todos los CTs y a todas las

¹¹⁹³ Comunicaciones de Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador, Nicaragua, Perú, Cuba, Honduras, Paraguay, Venezuela, Grupo Africano, Indonesia, India, república Dominicana, Tailandia, China, Comunidad Europea. **OMC**. Doc. IP/C/W/370/Rev.1, pp. 03-05.

¹¹⁹⁴ *“Las modalidades de titularidad de los conocimientos tradicionales, el interés cultural, científico y comercial de esos conocimientos, las posibilidades de fructíferas colaboraciones en la investigación y el desarrollo, y el riesgo de utilización abusiva de esos conocimientos, no son cuestiones que se plantean únicamente dentro de las fronteras nacionales; de ahí que sea fundamental lograr una cierta coordinación para alcanzar los objetivos de protección de esos conocimientos”*. **OMPI**. “Propiedad Intelectual y conocimientos tradicionales”, folleto n°. 2, *op.cit.*, p. 10.

comunidades tradicionales aboga claramente por medidas internacionales de protección.

Cabe destacar también que defendemos que un instrumento *sui generis* de protección a los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales debe ser desarrollado en el seno de la OMPI. Pese a que la OMPI, diferente de la OMC, no tiene en su interior mecanismos de solución de conflictos para hacer frente a los presuntos casos de incumplimiento de los tratados administrados por la misma, y pese que el debate en su interior es favorable a una protección por vía de los DPI, ella viene desarrollando una importante labor en el debate sobre la necesidad de protección a los derechos intelectuales colectivos de las comunidades tradicionales, incluso con amplia participación no sólo de los países sino también de los principales interesados, las comunidades tradicionales. O sea, defendemos que la OMPI sea la institución responsable por el desarrollo de ese mecanismo de protección no sólo porque ya se ocupa de la protección de los bienes inmateriales protegidos por la propiedad intelectual en su forma amplia, sino principalmente por las acciones llevadas a cabo por esta organización, que fueron destacadas en el capítulo II, y que son fundamentales para el proceso de protección de los CTs tanto a nivel nacional como internacional.

No defendemos que el régimen *sui generis* sea desarrollado por la OMC una vez que los debates llevados a cabo por ella sobre la necesidad de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales sólo pone de relieve, como hemos destacado en el capítulo segundo, los CTs que poseen alguna posibilidad de comercialización, o sea, los CTs con algún potencial económico, dejando al margen los demás conocimientos. Además, hay que añadir que la toma de decisiones en la OMPI es mucho más democrática. La OMPI está dirigida por un cuerpo colegiado en el que los votos tienen el mismo valor y la mayoría de los miembros son países en desarrollo, lo que de *per se* ya es una justificación para que el tema de la protección jurídica sea tratado en la OMPI. Pese a que la OMC señale que sus decisiones suelen adoptarse por consenso, la propia OMC reconoce que “*sería erróneo postular que todos los países tienen el mismo poder de negociación*”¹¹⁹⁵. Por ello, abogamos por que el Forum adecuado para el desarrollo de un régimen *sui generis* de protección a los CTs sea la OMPI.

¹¹⁹⁵ Información disponible en

Para finalizar, conviene destacar que hemos intentado hasta aquí discurrir sobre los perfiles más sobresalientes de los principales elementos para el desarrollo de un régimen *sui generis* de protección a los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades tradicionales, cuyo espectro debe ser amplio y alcanzar todas las peculiaridades inherentes a las comunidades indígenas y locales para que sea verdaderamente protector y reconocedor de esos saberes colectivos.

De hecho, creemos que una propuesta de un régimen jurídico *sui generis*, que incorpore los factores culturales de las comunidades tradicionales y admita la existencia de pluralidad étnica, del elemento místico, de la difusión de informaciones en el espacio y el tiempo, del valor intrínseco de la biodiversidad íntimamente asociada a la diversidad social, y que simultáneamente repudie el monopolio y todo que represente limitaciones a los conocimientos, innovaciones y prácticas de las distintas comunidades tradicionales es el más conveniente. Solamente con la admisión de esas características, cuando el elemento social se ponga por encima del factor meramente económico y cuando se tenga un propósito de crear un régimen elástico que contemple todas las peculiaridades que presentan las comunidades locales e indígenas, será posible que vea la luz un régimen jurídico de protección verdaderamente eficaz.

Obviamente, no intentamos brindar respuestas rápidas y acabadas. Aunque se hayan presentado críticas y opiniones, estas deben ser tomadas como reflejo de un fuerte deseo de transformación que se obstina en hacerse presente. Y tan sólo confirma que no existen soluciones mágicas. Tenemos la conciencia de que los cambios deseados no se hacen realidad en el solitario espacio de una reflexión académica. Ante todo lo que proponemos es que hay que considerar primero el diálogo. No el diálogo monolítico de los “especialistas” o de las “autoridades”, presos dentro de los límites estrechos de los discursos jurídicos o normativos. Se necesita más, mucho más. Una comunicación verdadera que rompa los cercos de la visión jurídica occidental para buscar verdaderamente una protección que atienda las necesidades y las expectativas de las comunidades tradicionales con relación a sus conocimientos, innovaciones y prácticas.

<http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/10mis_s/10m10_s.htm>. Consultada el 23 de mayo de 2011.

CONCLUSIONES

Con la intención de ayudar al lector a comprender mejor las conclusiones de esta tesis, recordaremos que la investigación tuvo como objetivos principales: conceptualizar los conocimientos tradicionales; analizar las características e importancia de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades tradicionales; analizar la naturaleza jurídica de los derechos sobre los conocimientos tradicionales, a través de una aproximación jurídica y sociológica poniendo en tela de juicio la ineficacia del sistema internacional de protección de la propiedad intelectual, en especial en referencia a los institutos de patentes y derecho de autor para proteger los conocimientos tradicionales de naturaleza técnica y las expresiones culturales tradicionales, respectivamente. Además de proponer el desarrollo de un sistema *sui generis* de protección que garantice a las comunidades tradicionales los derechos sobre sus conocimientos.

De la investigación fue posible extraer las siguientes conclusiones:

1. Los participantes en los debates sobre la protección de los conocimientos tradicionales utilizan expresiones y definiciones diferentes para designar el conocimiento tradicional de acuerdo con el aspecto que quieren destacar. Por tanto, el término “conocimientos tradicionales”, además de no ser pacífico, es uno de los muchos utilizados para describir, de forma genérica, el mismo objeto.

2. Los conocimientos tradicionales pueden ser definidos como el conjunto de conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades locales e indígenas que están íntimamente relacionados con el ámbito material y cultural en que se generan y desarrollan y de los cuales dependen; en ellos se incluirían, por

ejemplo, los territorios, los recursos biológicos y las dinámicas sociales, políticas y espirituales de estas comunidades.

3. La forma en que se definen los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades tradicionales tiene implicaciones importantes sobre el tipo y la cobertura de un posible régimen de protección legal.

4. El adjetivo “tradicional” atribuido a los conocimientos objeto de nuestra investigación es utilizado no por su antigüedad, inflexibilidad o inexistencia de método científicamente comprobado, sino fundamentalmente porque han sido desarrollados de forma no sistemática, evolucionando constantemente en respuesta a un entorno cambiante. Por ello, los conocimientos tradicionales incluyen conocimientos desarrollados en el pasado, pero que continúan evolucionando de generación en generación, puesto que, a pesar de que la mayoría de ellos no sean de naturaleza contemporánea, son utilizados por innumerables generaciones y, en algunos casos, aunque sean conocidos, esos conocimientos no son estáticos; se modifican y generan una nueva información como resultado de la mejora y adaptación a las diversas circunstancias.

5. Los conocimientos tradicionales presentan como características específicas la titularidad colectiva, la transmisión oral, el modo de producción empírica, el carácter evolutivo y dinámico, además de pertenecer a diversas áreas del saber y ser creaciones basadas en un sistema de creencias, normas y prácticas tradicionales, acumuladas durante experiencias antiguas de pruebas y error, aciertos y fracasos en el contexto tradicional de generación a generación.

6. Actualmente, la ciencia occidental y las empresas han venido demostrando cada vez mayor interés por los conocimientos tradicionales como fuente valiosa de conocimiento. Sobre todo debido a su importancia económica, las diversas formas de conocimientos tradicionales han sido apropiadas por investigadores y empresas comerciales bajo los derechos de propiedad intelectual, sin ninguna recompensa a los creadores o poseedores de esos conocimientos.

7. El valor de los conocimientos tradicionales se eleva cuando se verifica que ellos pueden contribuir a la búsqueda de soluciones prácticas para los problemas actuales, a veces en combinación con el conocimiento científico y tecnológico “moderno”, una vez que constituyen un importante insumo para las industrias de fármacos, cosméticos, agrotóxicos y semillas, de entre otras, pues ayudan a encaminar las investigaciones sobre los compuestos que hasta entonces eran sometidos a experimentos en todas las áreas posibles.

8. Como los conocimientos tradicionales son creados y desarrollados de forma colectiva a lo largo de los siglos, por generaciones sucesivas, basándose en el amplio intercambio y la circulación de ideas e informaciones, muchas veces compartidos por varias comunidades, transmitidos oralmente de una generación a otra, sin la posibilidad de identificar las aportaciones individuales, los derechos sobre ellos poseen naturaleza jurídica de derechos intelectuales colectivos.

9. Por su reconocida importancia, en los últimos años los CTs han alcanzado un creciente reconocimiento en la comunidad internacional, y han sido tema de importantes debates en diferentes foros internacionales, especialmente en la CAN, la OMPI, la OMC, la UNESCO y el CDB. Fruto de estos debates se han desarrollado algunas propuestas, teniendo en cuenta la importancia y la necesidad de protección jurídica de estos conocimientos.

10. De los debates sobre la necesidad de protección de los conocimientos tradicionales despuntan dos visiones antagónicas sobre la mejor forma de proteger legalmente esos conocimientos: la primera, capitaneada por la OMPI, la OMC y especialmente por los países desarrollados, los cuales afirman que es posible proteger los conocimientos tradicionales a través de los derechos de propiedad intelectual, utilizándose los mismos instrumentos legales ya existentes especialmente las normas del sistema de patentes y derecho de autor. La segunda visión pleiteada por las comunidades tradicionales y por la mayoría de los países en desarrollo que abogan por la creación de un sistema *sui generis* nuevo y distinto del derecho de propiedad intelectual para proteger los conocimientos tradicionales.

11. Por estar directamente relacionados con la identidad cultural de las comunidades locales e indígenas, los conocimientos tradicionales poseen como característica esencial la diversidad. Por esto, hasta el momento no se ha llegado a un consenso sobre un modelo único de protección de los mismos. No se ha llegado a una solución global que pueda convenir a todas las prioridades nacionales y menos aún a las necesidades de las comunidades tradicionales y que pueda converger con diferentes intereses, tanto de los países en desarrollo, como de los países desarrollados y de las grandes empresas multinacionales.

12. Por ello, a pesar del reconocimiento de la necesidad de protección de los conocimientos tradicionales y de los importantes debates en los principales foros internacionales relacionados con el comercio y con la propiedad intelectual, así como en algunos países, las comunidades indígenas y las comunidades locales aún carecen de derechos claros y acciones concretas que garanticen sus derechos sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas. Esto se ha dado principalmente por la falta de visión compartida sobre los objetivos que han de ser alcanzados así como las técnicas que deben ser desarrolladas para alcanzar esta protección.

13. En realidad, la mayoría de los países que intentan proteger los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, a pesar de conceptuar los conocimientos tradicionales de forma amplia, a la hora de proteger dichos conocimientos se limitan a proteger los conocimientos tradicionales asociados a la diversidad biológica y/o las expresiones tradicionales que pueden ser caracterizadas como obras literarias o artísticas en el marco del derecho de autor; o sea, no se extiende la protección a otros elementos de la cultura tradicional en un sentido más amplio.

14. Pese no haber un consenso sobre cual es el mejor sistema para proteger los conocimientos tradicionales, en la práctica se viene desarrollando la idea de que ellos pueden ser protegidos por los derechos de propiedad intelectual.

15. No obstante, debe ponerse de relieve que las especificidades de los conocimientos tradicionales no permiten la apropiación individual, exclusiva y limitada en el tiempo de los derechos de propiedad intelectual. La aplicación de los actuales sistemas de garantía de los derechos de propiedad intelectual tendría fuertes efectos erosivos sobre estos conocimientos y prácticas, ya que no están pensados para proteger las innovaciones generadas de forma colectiva y a lo largo de generaciones, a través de una estrecha relación con el medio ambiente local. Por ello, el sistema de propiedad intelectual, especialmente el sistema de patentes y derecho de autor, son insuficientes para proteger los conocimientos, las innovaciones y las prácticas tradicionales de las comunidades locales e indígenas.

16. Además, el concepto de propiedad en el sistema jurídico occidental es estrecho y limitado para abarcar la complejidad de los procesos que generan la innovación, la creatividad y la inventiva en los contextos culturales en que viven las comunidades tradicionales. Los procesos inventivos y creativos de las comunidades locales e indígenas son, por esencia, colectivos, y la utilización de las informaciones, ideas y recursos generados con base en tales procesos es ampliamente compartida.

17. Son diversas las razones que hacen del sistema de patentes inadecuado para proteger los CTs. Las patentes poseen un plazo de vigencia determinado, o sea, el derecho de patentes concede un monopolio temporal sobre la utilización de su objeto. Con relación a los CTs, por su parte, no es posible precisar el momento de su creación. Por ello, es imposible definir un marco temporal de vigencia para cualquiera de los derechos intelectuales colectivos sobre CTs, cuyo origen exacto en el tiempo difícilmente podrá ser precisado, y aún serán transmitidos de forma indefinida en el tiempo, por otras generaciones.

18. El monopolio conferido por el sistema de patentes también contraría la esencia del proceso de generación de los CTs con base en el libre intercambio de conocimiento e informaciones entre las comunidades tradicionales. Además, es imposible conferir protección jurídica eficaz a los CTs por un sistema basado en la lógica de que quien obtiene la patente en primer lugar pasa a tener el monopolio

sobre su utilización, impidiendo que otros utilicen conocimientos que son colectivos y compartidos. En efecto, el sistema de patentes monopoliza e individualiza los conocimientos tradicionales creados y desarrollados de forma colectiva, de generación a generación, cargados de valores sociales y espirituales, y los transforman en instrumentos de mercado.

19. El sistema de patentes protege las creaciones individuales; aunque las invenciones sean colectivas, sus inventores pueden ser individualmente identificados. Además, sólo son patentables las creaciones que poseen aplicación industrial directa y muchos de los CTs aunque puedan ser utilizados para desarrollar productos o procesos con aplicación industrial no tienen aplicación industrial directa; y solamente protegen creaciones que constituyen novedad y sean una actividad inventiva.

20. Así como ocurre con el sistema patentes, son diversas las razones que hacen las normas del derecho de autor inadecuadas para proteger las expresiones culturales tradicionales. Las normas del derecho de autor sólo protegen las creaciones que sean originales, que estén fijadas en soportes materiales y que estén incluidas en el conjunto de obras denominadas de literarias, artísticas o científicas. La gran mayoría de las expresiones culturales tradicionales, a su vez, no cumplen con esas exigencias. Además, la protección a través del derecho de autor es temporal, mientras que las manifestaciones culturales tradicionales suelen ser de una antigüedad indeterminada.

21. Otro elemento que también hace que las normas de derecho de autor sean inadecuadas para proteger las expresiones culturales tradicionales es la titularidad individual. El derecho de autor protege la obra creada por el individuo y no por un colectivo de personas no identificadas y esto es muy importante a la hora de ejercitar los derechos morales y patrimoniales sobre la creación. La falta de titularidad individual de las expresiones culturales tradicionales dificulta o hace imposible la defensa de estos derechos, sin tener en consideración que, si tomásemos como base las normas del derecho de autor, la mayoría de las expresiones culturales, ya estarían en el dominio público, y como consecuencia

las comunidades tradicionales ya no tendrían ningún derecho patrimonial sobre ellas.

22. Como existe incompatibilidad entre los conceptos de los derechos de propiedad intelectual occidental y las prácticas de las comunidades locales e indígenas, al intentar proteger los conocimientos, las innovaciones y las prácticas tradicionales a través del sistema de patentes y derecho de autor se estaría arruinando el modo de vida de las comunidades tradicionales por la lógica de economía de mercado en la cual estarían insertadas.

23. Ante la ausencia de un sistema jurídico eficaz de protección de los conocimientos tradicionales, crecen vertiginosamente los casos de piratería, la cual ocurre cuando el acceso a los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales es ilegal y no observa los mecanismos de consentimiento fundamentado previo y del reparto de los beneficios - principios asegurados en el CDB -, así como cuando estos últimos son atendidos, pero se obtiene una patente sobre el proceso o producto desarrollado a partir de las informaciones tradicionales.

24. Para la implementación de un sistema normativo de protección de los derechos intelectuales colectivos es necesario superar retos y romper con conceptos estratificados sobre el tema. Es preciso reconocer la poca eficacia de los derechos de propiedad intelectual, sea porque la legislación no contempla la realidad de las comunidades tradicionales, consolidando discusiones que no envuelven conceptos y paradigmas no pertenecientes al universo de esas comunidades; o sea, porque es recurrente la inobservancia de las normas vigentes por los sujetos que realizan investigación y desarrollo tecnológico.

25. El Derecho debe actualizarse y desvincularse de concepciones reduccionistas, acompañando la dinámica innovadora, social, cultural, ambiental y política en que actúan los pueblos indígenas y las comunidades locales, desarrollando nuevos institutos que sean más que nuevos ropajes de los mecanismos ya existentes, pero que evolucionen y garanticen el necesario equilibrio entre las comunidades tradicionales y la sociedad envolvente.

26. Cualquier intento de regulación jurídica de los CTs deberá necesariamente tener en cuenta sus especificidades y su diversidad social, cultural y jurídica inherente a las comunidades tradicionales que poseen esos saberes. Por ello, es prometedora la propuesta de un régimen jurídico *sui generis* de protección que incorpore los factores culturales de las comunidades tradicionales y admita la existencia de la pluralidad étnica, de elementos místicos, de la difusión de informaciones en el espacio y en el tiempo, del valor intrínseco de la biodiversidad íntimamente asociada a la diversidad social, y que simultáneamente repudie el monopolio y todo lo que presente limitaciones a las prácticas, innovaciones y usos de los conocimientos de esas sociedades polifacéticas.

27. Ante las innumerables razones para proteger los conocimientos tradicionales, es necesario establecer principios y directrices mínimos que deben orientar la implementación de estrategias y políticas de protección. Ellos son: garantizar la integridad de los derechos; reconocer la indivisibilidad entre los recursos y los conocimientos asociados a ellos; reconocer la titularidad colectiva de los derechos intelectuales sobre los conocimientos tradicionales; garantizar la inalienabilidad y imprescriptibilidad de los derechos sobre los conocimientos tradicionales; establecer claramente los actos concretos de los cuales hay que proteger los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales; prever que los conocimientos tradicionales pueden ser objeto de licencia y no cesión; prever expresamente que son nulas de pleno derecho, y no producen efectos jurídicos, las patentes o cualesquier otros derechos de propiedad intelectual concedidos sobre procesos o productos directa o indirectamente resultantes de la utilización de conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales; establecer una serie de mecanismos que garanticen a las comunidades tradicionales la defensa de sus derechos ante terceros; garantizar acceso al poder judicial; prever la inversión de la carga de la prueba en favor de las comunidades tradicionales en acciones judiciales; crear un sistema nacional de registro de los conocimientos tradicionales gratuito, facultativo y meramente declaratorio, y que no se constituya como condición para el ejercicio de cualesquier derechos, sino solamente como un medio de prueba preconstituida; reconocer y fortalecer las normas y prácticas consuetudinarias de las comunidades tradicionales; prever la posibilidad de que

las comunidades tradicionales nieguen el acceso a sus conocimientos, innovaciones y prácticas, de modo que sea en todo caso necesario el consentimiento fundamentado previo para la utilización de los conocimientos tradicionales; garantizar el reparto justo y equitativo de los beneficios derivados de la utilización de los conocimientos tradicionales; crear una entidad de gestión responsable de las políticas de protección a los conocimientos tradicionales y del cuidado de los intereses de las comunidades tradicionales; y, desarrollar un sistema de protección internacional.

28. En un sistema *sui generis* eficaz más que un modelo contractual para asegurar efectivamente o establecer un eslabón de confianza entre “las partes” en el reconocimiento y valoración de los conocimientos tradicionales, es necesario que sean desarrollados principios fundamentales que dialoguen con la naturaleza de los derechos intelectuales colectivos envueltos, métodos apropiados, procedimientos básicos de diálogo permanente y franco entre las partes interesadas en el uso de los conocimientos tradicionales y sus efectivos poseedores. Es decir, no basta garantizar solamente los derechos de las comunidades tradicionales sobre sus conocimientos, sino también permitir que esas comunidades puedan continuar produciéndose y desarrollando sus saberes de acuerdo con sus costumbres, normas y prácticas consuetudinarias. Por ende, las estrategias para la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales deben ser resultantes de un proceso de construcción colectivo, por medio de consulta y participación de las comunidades locales y de las comunidades indígenas.

29. Por fin, la relación no alienada entre las comunidades tradicionales y la “sociedad occidental”, de integración sin asimilación forzada, solamente se dará cuando haya respeto y reconocimiento de los valores culturales tradicionales no solamente como elementos esenciales al desarrollo de nuevas mercancías o bienes a la sociedad “dominante”, sino en función de su valor intrínseco. Y esto sólo puede ocurrir cuando haya respeto y valoración hacia la diversidad cultural y social de las comunidades tradicionales; cuando el elemento social se superponga frente al factor meramente económico y cuando se tenga un propósito de crear un régimen elástico que acomode todas las peculiaridades y

especificidades envolviendo a las comunidades indígenas y a las comunidades locales será cuando se concrete un régimen jurídico de protección verdaderamente eficaz.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, V. *et. al.* “Estado del derecho consuetudinario en Venezuela. Elementos para una primera aproximación”. Disponible en <http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/consultations/customary_law/venezuela.pdf>. Consultada el 04 de abril de 2011.

AKOUN, A. (Org.). *Diccionário de Antropologia: do homem primitivo às sociedades actuais*. Viseu, Verbo, 1983.

ALBAGLI, S. *Geopolítica da biodiversidade*. Brasilia, IBAMA, 1998.

ALBALADEJO, M. *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*. 10ª ed., Barcelona, Librería Bosch, 2004.

ALBITES, J. B. “La protección de los conocimientos tradicionales en los foros internacionales. Informe sobre la situación actual”, en *Estudio preparado para el Ministerio de Ciencia y Tecnología de Venezuela*, marzo de 2002.

ALEGRETTI, M. H. “O polêmico acordo entre Bioamazonia e a Novartis”. Disponible en <<http://www.inpa.gov.br/cpca/charles/rtf/BioAmvsNovartis.rtf>>. Consultada el 28 de marzo de 2011.

ALEMÁN, M. M. “Protección de los conocimientos tradicionales: estado actual de las negociaciones del Comité Intergubernamental de la OMPI”, en *Seminario sobre Los Derechos de Propiedad Intelectual en el Ámbito de los Recursos Fitogenéticos*, Buenos Aires, octubre de 2006.

ALJARO, J. “La Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) en 2008”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 29, 2008-2009, Marcial Pons, 2009, pp. 639-656.

ALMEIDA, A. W. B. “Quilombos: tema e problema”, en *Prometo vida de negro, Jamarý dos Pretos-Terra de Mocambeiros, Coleção Negro Cosme*, vol. II, São Luis, SMDDH/CCN-PVN, 1998.

ALONSO, G. O. V. "La Chagra: patrimonio colectivo de las comunidades indígenas amazónicas", en FLOREZ, M. (Org.). *Diversidad biológica y cultural: retos y propuestas desde América Latina*. Bogotá, Grupo Ad Hoc sobre Diversidad Biológica, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos – ILSA, 1998.

ÁLVAREZ NAVARRETE, L. *Derecho de ¿autor? El debate de hoy*. La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 2006.

AMANAJÁS, G. "A invenção e a reinvenção do Sistema de Propriedade Intelectual", en BARROS, B. S.; GARCÉS, C. L. L.; MOREIRA, E. C. P.; PINHEIRO, A. S. F. (Orgs.). *Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais*. Belém, Museu Paraense Emílio Goeldi, Centro Universitário do Pará, 2007, pp. 195-208.

AMAROZO, M. C. de M.; MING, L. C.; SILVA, S. P. *Métodos de coleta e análise de dados em Etnobiologia, Etnoecologia e disciplinas correlatas*. Rio claro, São Paulo, Sociedade Brasileira de Etnobiologia e Etnoecologia, 2002

AMAT LLOMBART, P. (Coord.). *La Propiedad Industrial sobre Obtenciones Vegetales y Organismos Transgénicos*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

AMIOTT, J. "Investigating the Convention on Biological Diversity's protections for traditional knowledge", *11 Mo. Env'tl. L. & Pol'y Rev.* 3, 2003.

ÁNGEL RÁPELA, M. *Derechos de Propiedad Intelectual en vegetales superiores*. Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2000.

ANGUITA VILLANUEVA, L. A. "Derechos Fundamentales y Propiedad Intelectual el acceso a la cultura", en IGLESIAS REBOLLO, C. (Coord.). *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial*. Madrid, Editora Reus, 2005, pp. 49-87.

ANGUITA VILLANUEVA, L. A. *El Derecho de Propiedad privada en los bienes de interés cultural*. Dykinson, 2001, pp. 19-44.

ANTEQUERA PARILLI, R. "La tutela del folklore en el marco de los derechos intelectuales. Algunas reflexiones sobre su protección *sui generis*", en *Estudio de Derecho de Autor y Derechos Afines*. Madrid: Fundación Aisge, 2007, pp. 504-615 (Colección de Propiedad Intelectual).

ANTEQUERA PARILLI, R. *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*. Madrid, Editorial Reus, 2007.

ANTEQUERA PARILLI, R. "Los límites del derecho subjetivo y del Derecho de Autor (Los "usos honrados", el "fair use" y el "ius usus innocui". El supuesto de abuso del derecho a la no divulgación de la obra. Los límites al Derecho de Autor y la sociedad de la información)", en ROGEL VIDE, C. (Coord.). *Los límites del Derecho de Autor*. Madrid, Editorial Reus, 2006, p. 07 y ss. (Colección de Propiedad Intelectual).

ANTEQUERA PARILLI, R. *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*. Tomo I, Santo Domingo, Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana, 2001.

ANTUNES, P. B. *Diversidade biológica e conhecimento tradicional associado*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

ARCANJO, F. E. M. "Convenção sobre Diversidade Biológica e prometo de Lei do Senado nº. 306/95: soberania, propriedade e acesso aos recursos genéticos", *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 34 (133), 1997, pp. 287-303.

ARROYO APARICIO, A. "Obtenciones Vegetales", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Coord.). *Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial en la Unión Europea*. Navara, Aranzadi, 2007.

ASCARELLI, T. *Teoria de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Barcelona, Bosch, 1970.

BACHMAIER WINTER, L. "La tutela de los intereses colectivos en la Ley de Enjuiciamiento Civil española 1/2000", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Año 1, nº. 1, 2002.

BAINBRIDGE, D. I. *Intellectual Property*. London, Pitman, 1992.

BARBOSA, C. G. A. *Terra, território e recursos naturais: cultura, sociedade e política para povos autóctones*. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo, 2000.

BARCELLOS, M. L. L. *O Sistema Internacional de Patentes*. São Paulo, Iob Thomson, 2004.

BARRIO DE ÁNGELIS, D. *Introducción al estudio del proceso*. Buenos Aires, Depalma, 1983.

BASSO, M. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

BASTOS, C. R. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999.

BATES, K. "A penny for your thoughts: private and collective contracting for traditional medicinal knowledge modeled on bioprospecting contracts in Costa Rica", en *Symposium in honor of Professor Milner S. Ball*, 41 *Ga. L. Rev.* 961, spring, 2007.

BAYLÃO, R. DI S.; BENSUSAN, N. "A questão da proteção dos conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos nos fóruns internacionais", en LIMA, A.; BENSUSAN, N. (Orgs.). *Quem cala consente? Subsídio para a proteção aos conhecimentos tradicionais*. São Paulo, Instituto Socioambiental, 2003 (Série Documentos do ISA; 8), pp. 17-22.

BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia Económica, Disciplina de la Competencia Desleal*. 3ª ed. Actualizada, Pamplona, Thomson Reuters, 2009.

BAYLOS CORROZA, H. "Acotaciones al nuevo Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual", *RGLJ*, 1986.

BENSUSAN, N. "Breve histórico da regulamentação do acesso aos recursos genéticos no Brasil", en LIMA, A.; BENSUSAN, N. (Orgs.). *Quem cala consente? Subsídios para a proteção dos conhecimentos tradicionais*. São Paulo, Instituto Sócioambiental, 2003, pp. 9-16.

BENSUSAN, N. "Proteção aos conhecimentos tradicionais: consentimento prévio e informado", en LIMA, A.; BENSUSAN, N. (Orgs.). *Quem cala consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*. São Paulo, Instituto Sócioambiental, 2003, pp. 91-202.

BENSUSAN, N. "Pequeno histórico sobre o grupo de trabalho formado para discutir o artigo 8º da Convenção sobre Diversidade Biológica", en *Seminário Interno sobre Acesso a Recursos Genéticos e Conhecimentos Tradicionais*, Brasília, ISA, 2002.

BENTLY, L. SHERMAN, B. *Intellectual Property Law*. Oxford University Press, 2001.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, G. *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*. Madrid, Cívitas, 1997.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, R. "El derecho de preuso previsto en el artículo 54 de la Ley 11/1986, de Patentes: contenido y alcance", en *Estudios sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia*. Colección de trabajos en homenaje a Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano. Barcelona, Grupo Español de la AIPPI, 2005.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Apuntes de Derecho Mercantil*. 10ª ed., Navarra, Editorial Aranzadi, 2009.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.). *Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial en la Unión Europea*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2007.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "Los Derechos de Propiedad Industrial como objeto de propiedad", en *Pacis artes. Derecho Internacional Privado, Derecho Constitucional y Varia*. Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos. Tomo II, Madrid, Editorial Eurolex, 2005, pp. 1959-1991.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "Globalización y Propiedad Intelectual", en *Economía, Derecho y Tributación*. Estudios en homenaje a la Profesora Gloria Begué Cantón. Salamanca, Universidad de Salamanca, 2005.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "El Derecho de Autor en el Acuerdo TRIPs", en *Propiedad Intelectual en el GATT. Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*. Ciudad Argentina, Editorial de Ciencia y Cultural, 1997.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "Riesgo de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del Derecho de Propiedad Intelectual. Soluciones jurídicas", en *El Derecho de Propiedad Intelectual y las nuevas tecnologías*. Ministerio de Cultura, Colección Análisis y Documentos, n°. 10, 1996, pp. 71-151.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Coord.). *Nociones sobre Patentes de Invención para investigadores universitarios*. Paris, Ediciones UNESCO, 1994.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "El Derecho de Patentes", en FONT GALÁN, J. I.; NAVARRO CHINCHILLA, J. J.; VÁZQUEZ GARCÍA, R. J. (Coords.). *Derecho de la Propiedad Industrial, Cuadernos de Derecho y Comercio*. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, 1994.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "¿Qué es patentable? Nulidad de las Patentes", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Coord.). *Nociones sobre Patentes de Invención para investigadores universitarios*. Madrid, Ediciones UNESCO, 1994.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "Las medidas cautelares en la nueva legislación sobre bienes inmateriales y Derecho de la Competencia", en *Estudios sobre Derecho Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia en homenaje a Hermenegildo Baylos Corroza. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 1992, pp. 49-78.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "La importancia económica del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos. Planteamiento y líneas generales", en *Congreso Iberoamericano Propiedad Intelectual*, Ministerio de Cultura, 1991.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "Novedad y actividad inventiva como requisitos de patentabilidad", en *Tecnología, Industria y Patentes en la España comunitaria*, Jornadas sobre la nueva Ley española de Patentes, Barcelona, 14 y 15 mayo de 1986, Grupo español de la AIPPI, 1987, pp. 129-141.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *La nueva Ley de Patentes. Ideas introductorias y antecedentes*. Madrid, Tecnos, 1986.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "La protección jurídica de la tecnología", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.; JIMÉNEZ, S. *Las Patentes en la empresa*. Madrid, Fundación del Instituto Nacional de Industria, 1982.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "La novedad en el Derecho de Patentes español", en *II Jornadas de Estudio sobre Propiedad Industrial*, Grupo español de la AIPPI, Barcelona, 1976, pp. 65-86.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “Anotaciones a la regulación legal española sobre invenciones laborales”, *Actas de Derecho Industrial*, Publicaciones de la Escuela Social de Murcia, 1976, pp. 49-91.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Los requisitos positivos de patentabilidad en el derecho alemán. Con una referencia final al derecho español*. Madrid, Imprenta Séez, 1969.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “Nuevas Leyes de Patentes en Francia y en la República Federal de Alemania”, *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, nº. 107, enero-marzo, 1968, pp. 309-329.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “Algunas nociones preliminares para el estudio del Derecho de Patentes”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1967, pp. 79-141.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “La Ley alemana de invenciones laborales”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº. 84, abril-junio, 1962, pp. 345-388.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Manual de Propiedad Intelectual*. 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2007.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Comentarios al art. 10.1”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2007,

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Comentarios al art. 12”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2007.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Bienes de la personalidad y derecho moral de autor”, en ROGEL VIDE, C. (Coord.). *En torno a los derechos morales de los creadores*. Madrid, Editorial Reus, 2003, pp. 95-110.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Introducción a la regulación de los Derechos de Autor”, en *Propiedad Intelectual: aspectos civiles y penales, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp.11-27.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios del Código Civil*. Ministerio de Justicia, 1991.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, I.; GONZÁLEZ GÓZALO, A.; SÁNCHEZ ARISTI, R. *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

BERRAONDO LÓPEZ, M. "Pueblos indígenas y derechos territoriales: entre el derecho consuetudinario y el Derecho Constitucional", en BORJA JIMÉNEZ, E. (Coord.). *Diversidad cultural: conflictos y Derecho. Nuevos horizontes del Derecho y de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

BERRUECO GARCÍA, A. "Arte indígena y derecho de autor", *Revista Mexicana de Derecho de Autor*, año IV, nº. 14, octubre/diciembre, 2004.

BLAKENEY, M. L. "Biotechnological Patenting and innovation", in *Patents and Technological Progress in a Globalized World*, springer-Verlag, Berlin, 2009, pp. 229-241.

BLANCO JIMÉNEZ, A. *Protección jurídica de las invenciones universitarias y laborales*. Navarra, Editorial Aranzadi, 1999.

BODENHAUSEN, G. H. C. *Guía para la aplicación del Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial*. Revisado en Estocolmo en 1967. Ginebra, Oficinas Internacionales Reunidas para la Protección de la Propiedad Intelectual (BIRPI), 1969.

BONDÍA ROMÁN, F. "Fundamentos, evolución y globalización de los Derechos de Autor", *Revista de Derecho Privado*, noviembre-diciembre, Editorial Reus, 2007.

BONDÍA ROMÁN, F. *Propiedad Intelectual: su significado en la sociedad de la información. La nueva Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987*. Madrid, Trivium, 1988.

BORRINI-FEYERABEND. R. *Beyond fences: seeking social sustainability in conservation*. Vol. 2, Gland, IUCN, 1997.

BOTANA AGRA, M. "Invención y Patente", en FERNÁNDEZ-NOVOA, C.; OTERO LASTRES, J. M.; BOTANA AGRA, M. *Manual de la Propiedad Industrial*. Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 93-106.

BOTANA AGRA, M. "Invenciones patentables", en FERNÁNDEZ-NOVOA, C.; OTERO LASTRES, J. M.; BOTANA AGRA, M. *Manual de la Propiedad Industrial*. Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 107-137.

BOTANA AGRA, M. "Derecho a la Patente y procedimiento de concesión de la Patente", en FERNÁNDEZ-NOVOA, C.; OTERO LASTRES, J. M.; BOTANA AGRA, M. *Manual de la Propiedad Industrial*. Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 139-157.

BOTANA AGRA, M. "Efectos de la Patente", en FERNÁNDEZ-NOVOA, C.; OTERO LASTRES, J. M.; BOTANA AGRA, M. *Manual de la Propiedad Industrial*. Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 159-175.

BOTANA AGRA, M. "Defensa y mantenimiento de la Patente", en FERNÁNDEZ-NOVOA, C.; OTERO LASTRES, J. M.; BOTANA AGRA, M. *Manual de la Propiedad Industrial*. Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 177-187.

BOTANA AGRA, M. "Protección jurídica de las Obtenciones (Variedades) Vegetales", en FERNÁNDEZ-NOVOA, C.; OTERO LASTRES, J. M.; BOTANA AGRA, M. *Manual de la Propiedad Industrial*. Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 319-341.

BOTANA AGRA, M. "El Derecho de Autor en la Unión Europea: estado actual y perspectiva", *Noticias de la Unión Europea*, año XXIV, n.º. 286, noviembre de 2008, p. 05 y ss.

BOTANA AGRA, M. "Las incorporaciones del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) en materia de Derechos de Autor", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XVII, 1996, pp. 49-83.

BOTANA AGRA, M. "El status jurídico del usuario anterior de la invención patentada en el marco del proyecto de tratado de la OMPI sobre Patentes de Invención", en *Propiedad Industrial en homenaje a Julio Delicado Montero-Ríos*. AIPPI, 1996.

BOTANA AGRA, M. "Las normas sustantivas del A-ADIPC (TRIPS) sobre los Derechos de Propiedad Intelectual", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XVI, Madrid, 1996, p. 109 y ss.

BOTANA AGRA, M. "Los Derechos de Autor y Afines en el marco del acuerdo de creación de la Organización Mundial del Comercio: anotaciones al régimen contenido en la sección 1 de la parte 11 del Acuerdo sobre los "ADPIC" o "TRIPS", *Revista General de Derecho*, 608, 1995, p. 5.289 y ss.

BOTANA AGRA, M. "Buenas costumbres y Derecho de Patentes", en la obra *Estudios sobre Derecho Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia en homenaje a Hermenegildo Baylos Corroza. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 1992, pp. 79-96.

BOTANA AGRA, M. "Exhibición en exposiciones y novedad de la invención. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 11 de marzo de 1988", *Cuadernos de Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial*, n.º. 7, CEFI, Barcelona, 1990, pp. 17-25.

BOTANA AGRA, M. "Ensayos previos a la solicitud de Patente y novedad de la invención. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo Español (Sala Primera) de 13 de diciembre de 1979", *Cuadernos de Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial*, CEFI, Barcelona, 1987, pp. 27-32.

BOTANA AGRA, M. "La obligación de explotar la invención patentada", en FERNÁNDEZ-NOVOA, C.; OTERO LASTRES, J. M.; BOTANA AGRA, M. *Hacia un nuevo Sistema de Patentes*. Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago, Editorial Montecorvo, 1982.

BOTANA AGRA, M.; HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, F.; GARCÍA VIDAL, A. *Lecciones de Derecho Mercantil I*. Santiago de Compostela, Gráfica de Asturias, 2005.

BOU FRANCH, V. "En busca de un estatuto jurídico para los pueblos indígenas", en BORJA JIMÉNEZ, E. (Coord.). *Diversidad cultural: conflictos y Derecho. Nuevos horizontes del Derecho y de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

BOUZA LÓPEZ, M. A. *El derecho sui generis del fabricante de bases de datos*. Madrid, Editorial Reus, 2001.

BRAHY, N. *The property regime of biodiversity and traditional knowledge*. Bruxlles, Larcier, 2008.

BRANDÃO, T. "Quilombo", *Caderno de Folclore*, 28, Funarte, Rio de Janeiro, 1979.

BRAVO, E. "Etnobotánica, Derechos de Propiedad Intelectual y biodiversidad", en RÍOS, M.; PEDERSEN, H. *Memorias del Segundo Simposio Ecuatoriano de Etnobotánica y Botánica Económica*. Quito, Ediciones Abya-Yala, 1997.

BROWN JÚNIOR, K.; FREITAS, A. V. L. "Diversidade biológica no Alto Juruá: avaliação, causas e manutenção", en CUNHA, M. C.; ALMEIDA, M. B. (Org.). *Enciclopédia da Floresta. O Alto Juruá: práticas e conhecimentos das populações*. São Paulo, Companhia das Letras, 2002.

BUJOSA VADELL, L. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*. Barcelona, Bosch Editor, 1995.

BUJOSA VADELL, L. M. "El procedimiento de las acciones de grupo (*Clas Actions*) en los Estados Unidos de América", *Justicia*, 94, 1994.

CABAÑAS GARCÍA, J. C. *La tutela judicial del tercero. Estudios sobre la legitimación indirecta, individual y colectiva, en el Proceso Civil*. Madrid, Dijusa, 2005.

CAILLAUX, J.; RUIZ MULLER, M.; TOBIN, B. *El régimen andino de acceso a los recursos genéticos: lecciones y experiencias*. World Resources Institute y Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Lima, Perú, 1999.

CALDAS, A. *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: la conquista de los saberes*. Bogotá, ILSA, 2004.

CÁMARA ÁGUILA, M. P. *El derecho moral del autor* (con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor). Granada, Editorial Comares, 1998.

CÂMARA, M. H. F. *Aspecto do Direito de Propriedade no capitalismo e no soviétismo*. Rio de Janeiro, Forense, 1981.

CAPOTORTI, F. "Are minorities entitled to collective international rights?", in DINSTEIN, Y.; TABORY, M. *The protection of minorities and Human Rights*. Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1992.

CARBAJO CASCÓN. F. "Régimen general de la transmisión de derechos de Propiedad Intelectual", en ESTEVE PARDO, M. A. (Coord.). *Propiedad Intelectual. Doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 287-311.

CARBAJO CASCÓN. F. "Las cesiones de Derechos de Autor", en ESTEVE PARDO, M. A. (Coord.). *Propiedad Intelectual. Doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 313-342.

CARBAJO CASCÓN. F. "Sentencia de 5 de abril de 2000: Propiedad Industrial. Nulidad de patentes: efectos económicos previstos en el artículo 63 de la Ley de Patentes: no se producen automáticamente, sino que se ha de probar su realidad", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº. 54, octubre-diciembre 2000, pp. 1123-1140.

CARRASCO PEREIRA, A. "Comentarios al art. 5 LPI", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2007.

CARRASCO PEREIRA, A. "Comentarios al art. 7 LPI", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2007.

CARRASCO PEREIRA, A. "Comentario a la STS, 1ª, de 14 de diciembre de 1993", *CCJC*, nº. 33, p. 1117.

CARVALHO, E. T. "Protection of traditional biodiversity-related knowledge: analysis of proposals for the adoption of a *sui generis* system", *11 Mo. Env'tl. L. & Pol'y Rev.* 38, 2003.

CASADO CERVIÑO, A. "Interrelación entre Propiedad Industrial y Propiedad Intelectual su tratamiento en la vigente legislación española", en *Estudios sobre Derecho Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia en homenaje a Hermenegildo Baylos Corroza. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 1992, pp. 97-110.

CASADO CERVIÑO, A.; CERRO PRADA, B. "GATT y Propiedad Industrial: el proyecto de Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio", *Revista General de Derecho*, septiembre, 1992, pp. 8341-8361.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A. "Artículo 139. Cese de la actividad ilícita", en RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 2ª ed., Navarra, Civitas, 2009.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A. “La Propiedad Industrial ante la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Estudios sobre Propiedad Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial en homenaje a Marcel-Lí Curell suñol. Barcelona, Grupo Español de la AIPPI, 2000.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A. “Aspectos procesales en la protección civil de la Propiedad Intelectual”, en *Estudios sobre Derecho Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia en homenaje a Hermenegildo Baylos Corroza. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 1992, pp. 111-137.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A.; ELZABURU. “Divagaciones en torno al ejercicio del derecho moral *post mortem auctoris*”, en ROGEL VIDE, C. (Coord.). *En torno a los derechos morales de los creadores*. Madrid, Editorial Reus, 2003, pp. 73-93.

CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil español, común y foral. Derecho de Cosas. Los Derechos Reales en general. El Dominio. La Posesión*. Tomo segundo, vol. primero, 14ª ed., Madrid, Réus, 1992.

CASTÁN TOBEÑAS, J. “Los derechos de la personalidad”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto, 1952.

CASTELLI, P. G. “Governança internacional do acesso aos recursos genéticos e dos saberes tradicionais: para onde estamos caminhando?”, en BARROS, B. S.; GARCÉS, C. L. L.; MOREIRA, E. C. P.; PINHEIRO, A. S. F. (Orgs.). *Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais*. Belém, Museu Paraense Emílio Goeldi, Centro Universitário do Pará, 2007, pp. 43-70.

CASTILHO, E. W. V. “Parâmetros para o regime jurídico *sui generis* de proteção ao conhecimento tradicional associado a recursos biológicos e genéticos”, en MEZZARROBA, O. (Org.). *Humanismo latino e Estado no Brasil*. Florianópolis, Fundação Boiteux; Fondazione Cassamarca, 2003, pp. 453-472.

CASTRO, E. V. “Proteção aos conhecimentos tradicionais: consentimento prévio e informado. Alternativas de proteção os conhecimentos tradicionais”, en LIMA, A.; BENSUSAN, N. (Orgs.). *Quem cala consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*. São Paulo, Instituto Sócioambiental, 2003.

CEBRIÁN, E.; PRADO, R. “Apropiación indebida de recursos genéticos, biodiversidad y conocimientos tradicionales: “biopiratería””, *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, nº. 5, Colombia, diciembre de 2006, pp. 303-307.

CMI - Centro de Midia Independente. “Cupuaçu: Asahi Foods busca neutralizar campanha”. Disponible en <http://www.midiaindependente.org/pt/blue/2003/08/260815.shtml>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

CÓLERA RODRÍGUEZ, J. M. “La doctrina de los equivalentes en los Estados Unidos”, *Cuadernos de Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial*, n.º. 17, Madrid, IDEI, 1998, pp. 59-102.

CÓLERA RODRÍGUEZ, J. M. “La doctrina de los equivalentes a la luz del caso *Hilton Davis Chemical Co. c. Warner-Jenkinson Company, Inc.* (Comentario a la Sentencia Federal de los Estados Unidos, de 8 de agosto de 1995)”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XVII, 1996, pp. 353-383.

COLINA CORREA, R. *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*. Barcelona, Jose Maria Bosch Editor, 1997.

COLOMBET, C. *La propriété littéraire et artistique et droits voisins*. 7ª. ed., Dalloz, 1994.

COLOMBRES, A. *Teoría transcultural del arte. Hacia un pensamiento visual independiente*, Buenos Aires, Ediciones del Sol, 2004.

COMEGNA, M. A. “Comunidades locais e proteção aos conhecimentos tradicionais na Bolívia”. Obra suministrada por la autora a la Secretaría General de la Comunidad Andina, *Biblioteca Digital Andina*, 2001. Disponible en <<http://www.ibcperu.org/doc/isis/7444.pdf>>. Consultada el 28 de marzo de 2011.

COOMBE, R. J. “Intellectual Property, Human Rights and sovereignty: new dilemmas in international law posed by the recognition of indigenous knowledge and the conservation of biodiversity”, *6 Ind. J. Global Legal Stud.* 59, 89, 1998.

CORNISH, W. *Intellectual Property: omnipresent, distracting, irrelevant?* New York, Oxford, 2004.

CORREA, C. E. Case 2. “The SARS case. IP fragmentation and patent pools”, in OVERWALLE, G. v. (Edit.). *Gene patents and collaborative licensing models. Patent pools, clearinghouses, open source models and liability regimes*. Cambridge, University Press Cambridge, 2009.

CORREA, C. M. *Derechos de Propiedad Intelectual, Competencia y protección del interés público. La nueva ofensiva en materia de observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual y los intereses de los países en desarrollo*. Buenos Aires, Editorial IBdef, 2009.

CORREA, C. M. *Traditional knowledge and Intellectual Propert. Issues and options surrounding the protection of traditional knowledge*. The Quaker United Nations Office (QUNO), Ginebra, November 2001.

CORREA, C. M. *Los conocimientos tradicionales y la Propiedad Intelectual. Cuestiones y opciones acerca de la protección de los conocimientos tradicionales*. Oficina Cuáquera ante las Naciones Unidas (QUNO), Ginebra, noviembre de 2001.

CORREA, C. M. “*In situ conservation and Intellectual Property Rights*”, in BRUSH, S. (Ed.). *Genes in the field: on-farm conservation of crop diversity*. IPGRI/IDRC/Lewis Publishers, 2000.

CORTIANO JUNIOR, E. *O discurso proprietário e suas rupturas: perspectiva e perspectiva do ensino do Direito de Propriedade*. Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito, Curitiba, 2001.

COSTA SANSALONI, J. *Innovación y Propiedad Industrial*. Valencia, Editorial UPV, 2006.

COULANGES, F. de. *A cidade antiga*. Trad. Jean Melville. São Paulo, Martin Claret, 2001.

COUTO GONÇALVES, L. M. *Manual de Direito Industrial. Patentes, Desenhos ou Modelos, Marcas, Competência Desleal*. 2ª ed. revista e aumentada, Coimbra, Almedina, 2008.

CRUZ PARCERO, J. A. *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*. Madrid, Editorial Trotta, 2007.

CRUZ PARCERO, J. A. “Sobre el concepto de derecho colectivo”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, nº. 12, Madrid-México, 1998.

CRUZ, R. et. al. *Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena*. Disponible en <http://www.comunidadandina.org/public/libro_perspectiva_indigena.pdf>. Consultada el 06 de mayo de 2011.

CUNHA, M. C. “Definições de índios e comunidades indígenas nos textos legais”, en SANTOS, S. C. (Org.). et al. *Sociedades indígenas e o Direito: uma questão de Direitos Humanos*. Florianópolis, Ed. da UFSC, CNPQ, 1985.

CUNHA, M. C.; ALMEIDA, M. B. (Org.). *Enciclopédia da Floresta. O Alto Juruá: práticas e conhecimentos das populações*. São Paulo, Companhia das Letras, 2002.

CUNHA, M. C.; ALMEIDA, M. B. “Indigenous people traditional people, and conservation in the Amazon”, *Daedalus: Journal of the American Academy of Arts and Sciences*, 129 (2), 2000, pp. 315-338.

CURELL SUÑOL, M.Lí. “Conceptos jurídicos indeterminados en el ámbito de la Propiedad Industrial (actividad inventiva. Suficiencia de descripción. Equivalencia de medios. Carácter singular. Diligencia requerida)”, en *Estudios sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia*. Colección de trabajos en homenaje a Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 2005.

CURELL SUÑOL, M.Lí; CURELL ÁGUILA, M.Lí. “La tecnología y el Derecho, el técnico y el jurista: su conjunción en la protección de las invenciones”, en *Estudios sobre Derecho Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia en homenaje a Hermenegildo Baylos Corroza. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 1992, pp. 179-193.

CURTO POLO, M. “La protección de las invenciones biotecnológica (Especial referencia a la coexistencia de patentes y títulos específicos en relación a las obtenciones vegetales)”, *Revista General de Derecho*, nº. 642, 1998, pp. 2353-2395.

DAES, E.-I. “Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas”, en *Documento de Naciones Unidas E/CN.4/Sub. 28* de febrero de 1993.

DANTAS, F. A. C. *O sujeito diferenciado: a noção de pessoa indígena no Direito brasileiro*. Curitiba, 1999. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curitiba.

DELGADO PORRAS, A. “Derechos de Autor”, en BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia Económica, Disciplina de la Competencia Desleal*. 3ª ed. actualizada, Pamplona, Thomson Reuters, 2009.

DELGADO PORRAS, A. *Derechos de Autor y Derechos Afines al de autor*. Recopilación de artículos. Tomo 2, Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007.

DELGADO PORRAS, A. *Derechos de Autor y Derechos Afines al de Autor*. Recopilación de artículos. Tomo 1, Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007.

DELGADO PORRAS, A. “La obra colectiva: ¿Un hallazgo o un pretexto? Num novo mundo do Direito de Autor”, en *II Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos*, Lisboa, 1994.

DELGADO PORRAS, A. “La nueva Ley española sobre Propiedad Intelectual”, *RIDA*, nº. 138, 1988.

DELICADO MONTERO-RÍOS, J. “La regulación de la Propiedad Industrial en el Mercado Único Europeo”, en *Estudios sobre Derecho Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia en homenaje a Hermenegildo Baylos Corroza. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 1992, pp. 239-264.

DEL VALLE SÁNCHEZ, J. “La prescripción de acciones en la Ley de Marcas, en la Ley de Patentes y en la Ley de Competencia Desleal”, en *Estudios sobre Propiedad Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial en homenaje a Marcel-Lí Curell suñol. Barcelona, Grupo Español de la AIPPI, 2000.

DHAR, B.; RAO, C. N. “La vinculación de los Derechos de Propiedad Intelectual con el comercio”, en *Propiedad Intelectual en el GATT. Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*. Ciudad Argentina, Editorial de Ciencia y Cultural, 2000.

DIAS, B. F. de S. *A implementação da Convenção sobre a Diversidade Biológica no Brasil: desafios e oportunidades*. Campinas, Base de Dados Tropical, 1996.

DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I. “Las reformas de la Propiedad Intelectual de 2006”, en MACÍAS CASTILLO, A.; ÁNGEL HERNÁNDEZ ROBLEDO, M. *El Derecho de Autor y las nuevas tecnologías. Reflexiones sobre la reciente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid, La Ley, 2008, p. 135 y ss.

DÍAZ VELASCO, M. *Estudios sobre Propiedad Industrial. Selección de estudios editada en homenaje al autor en ocasión de su 80 aniversario*. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 1987.

DÍAZ VELASCO, M. La nota reivindicatoria en las Patentes de Invención. En *Estudio sobre Propiedad Industrial*. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 1987.

DIEGUES, A. C. “Saberes tradicionais e etnoconservação”, en DIEGUES, A. C.; VIANA, V. M. (Orgs.). *Comunidades tradicionais e manejo dos recursos naturais da mata atlântica*. São Paulo, NUPALB-USP, ESALQ – USP, 2000.

DIEGUES, A. C.; ARRUDA, R. S. V. *Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil*. Brasília, Ministério do Meio Ambiente; São Paulo, USP, 2001.

DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III*. Madrid, Cívitas, 1995.

DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil. Derechos de Cosas y Derechos Inmobiliario Registral*. Vol. III, 11ª ed., Madrid, Ed. Técnicos, 2005.

DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I, 11ª ed., Madrid, Editorial Técnicos, 2003.

DINIZ, D. M. *Propriedade Industrial e segredo em comercio*. Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 18ª ed. São Paulo, Saraiva, 2002.

DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M. “Comentario al artículo 42 LM”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLES, J. A. (Dir.). *Comentarios a la Ley de Marcas*. Tomo I (Artículos 1 a 50). 2ª ed., Pamplona, Arazandi, 2008, pp. 681-698.

DURÁN MOYA, L-A. “La armonización internacional del Sistema de Patentes”, en *Estudios sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia*. Colección de trabajos en homenaje a Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 2005.

DURÁN MOYA, L-A. “La actividad inventiva como requisito de patentabilidad: criterios interpretativos para valorar su existencia en Patentes españolas y europeas”, en *Estudios sobre Derecho Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia en homenaje a Hermenegildo Baylos Corroza. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 1992, pp. 265-285.

DUTFIELD, G. *Intellectual Property, biogenetic resources and traditional knowledge*. Earthscan, 2004.

DUTFIELD, G. “Repartindo benefícios da biodiversidade: qual o papel do Sistema de Patentes?”, en PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Orgs.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte, Del Rey, 2004 (Coleção Direito Ambiental), pp. 57-108.

DUTFIELD, G. “Indigenous peoples’ declarations and statements and equitable research relationships”, in LAIRD, S. (Ed.). *Biodiversity and traditional knowledge: equitable partnerships in practice*. Londres, Earthscan Publications Ltd., 2002. pp. 228-232 (People and Plants Conservation Series).

DUTFIELD, G. “The public and private domains: Intellectual Property Rights in traditional ecological knowledge”, *Electronic Journal of Intellectual Property Rights*, Oxford Intellectual Property Research Centre, Mar., 1999. Disponible en <<http://www.owninglife.com/GDsciencecomm.pdf>>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

EKPERE, J. A. *African model legislation for the protection of the rights of local communities, farmers and breeders, and for the regulation of access to biological resources*. Lagos, Nigeria, Organization of African Unity, Scientific, Technical and Research Commission (OAU/ STRC), 2000.

ELENA-ROSELLÓ, J. M. “Situación actual de la normativa legal en Europa y América”, en NUEZ, F.; LLACER, G.; CUARTERO, J. (Eds.). *Los Derechos de Propiedad de las Obtenciones Vegetales*. Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Instituto Nacional de Investigación y Tecnología Agraria y Alimentaria, Madrid, 1998, pp. 75-100.

ENCABO VERA, M. A. “Acciones y procedimientos civiles en relación con los derechos morales de los creadores”, en ROGEL VIDE, C. (Coord.). *En torno a los derechos morales de los creadores*. Madrid, Editorial Reus, 2003, pp. 147-160.

ENNECCERUS, L.; KIPP, T.; WOLFF, M. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Cosas. Posesión. Derecho Inmobiliario. Propiedad*. Tomo tercer, vol. primero, Barcelona, Bosch Editorial, 1971.

ESPÍN ALBA, I. *Contrato de edición literaria: un estudio del Derecho de Autor aplicado al campo de la contratación*. Granada, Comares, 1994.

ESPÍN ALBA, I.; ÁNGEL BOUZA, M. "Ley por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXVI, 2005-2006, pp. 427-443.

ESPÍN CÁNOVAS, D. "Las obras de artes plásticas en la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987", en *Estudios sobre Derecho Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia en homenaje a Hermenegildo Baylos Corroza. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 1992, pp. 323-340.

ESPÍN CÁNOVAS, D. *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*. Madrid, Editorial Civitas, 1991.

ESPINOSA, M. F. "Prologo", en RUIZ MULLER, M. *La protección jurídica de los conocimientos tradicionales: algunos avances políticos y normativos en América Latina*. Lima, Perú, UICN, BMZ, SPDA, 2006, p. 19.

ESTERCI, N. "Populações tradicionais", en RICARDO, B.; CAMPANILLI, M. (Eds.). *Almanaque Brasil Socioambiental*. São Paulo, ISA, 2008.

ESTEVE PARDO, M. A. "La Propiedad Intelectual", en ESTEVE PARDO, M. A. (Coord.). *Propiedad Intelectual. Doctrina, Jurisprudencia, esquemas y formularios*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

ESTEVE PARDO, M. A. "El objeto del Derecho de Autor: la obra", en ESTEVE PARDO, M. A. (Coord.). *Propiedad Intelectual. Doctrina, Jurisprudencia, esquemas y formularios*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

ESTEVE PARDO, M. A. "El registro de la Propiedad Intelectual", en ESTEVE PARDO, M. A. (Coord.). *Propiedad Intelectual. Doctrina, Jurisprudencia, esquemas y formularios*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

ESTEVE PARDO, M. A. "Los derechos morales del autor", en ESTEVE PARDO, M. A. (Coord.). *Propiedad Intelectual. Doctrina, Jurisprudencia, esquemas y formularios*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

ESTEVE PARDO, M. A. "Derechos exclusivos de explotación del autor", en ESTEVE PARDO, M. A. (Coord.). *Propiedad Intelectual. Doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

ESTEVE PARDO, M. A. *La obra multimídia*. Pamplona, Aranzadi, 1997.

ESTRELLA, E. *Plantas medicinales amazónicas: realidad y perspectivas. Tratado de cooperación Amazónica*, Lima, 1995.

ETC GROUP – Grupo de Acción sobre Erosión, Tecnología y Concentración. “Campesinos y pueblos indígenas del Perú denuncian patentes sobre maca: un extracto de una raíz andina, patentado por sus propiedades como “Viagra natural””. Genotipo, 3 de julio de 2002. Disponible en <http://www.etcgroup.org/upload/publication/193/01/genotipo_maca_julio.pdf>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

FACHIN, L. E. (Org.). *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

FAN, R. “Modern western science as a standard for traditional chinese medicine: a critical appraisal”, *31 J.L. Med. & Ethics* 213, summer, 2003.

FARNSWORTH, N.; AKERELE, O. “Las plantas medicinales en la terapéutica”, *Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana*, Washington, 107 (4), 1989, pp. 314-323.

FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, S. *Derecho de Patentes e investigación científica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

FERRÁNDIZ GABRIEL, J. R. “Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial, Publicidad y Derecho de la Competencia”, *La Ley*, 2007.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M. “Marco legal del Derecho de Patentes, reformas proyectadas”, *Estudio de Derecho Judicial* 99, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 17-60.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M. “Marco legal del Derecho de Patentes”, *Estudio de Derecho Judicial* 49, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2003, pp. 23-45.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M. “Exposición de la naturaleza de los Derechos de Propiedad Industrial”, *Estudios de Derecho Judicial* 35, 2001, pp. 11-42.

FERNÁNDEZ-NOVOA, C. “La descripción de la invención patentada”, en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea*. Estudios en homenaje a Jose Giron Tena. Madrid, Editorial Civitas, 1991.

FERNÁNDEZ-NOVOA, C. “Los indicios objetivos de la existencia de actividad inventiva”, *Cuadernos de Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial*, nº. 8, Barcelona, CEFI, 1991.

FERNÁNDEZ-NOVOA, C. “El derecho moral de los autores”, *Actas de Derecho Industrial*, Madrid, 1987-1988, pp. 17-36.

FERNÁNDEZ-NOVOA, C. “Procedimiento de concesión y efectos de la Patente en la nueva Ley española de Patentes”, *Actas de Derecho Industrial*, nº. 11, 1986.

FERNÁNDEZ-NOVOA, C. “El fundamento del Sistema de Patentes”, *Actas de Derecho Industrial y de Autor*, tomo VII, Instituto de Derecho Industrial, Universidad de Santiago, Editorial Montecorvo, 1982, pp. 13-30.

FERNÁNDEZ-NOVOA, C.; OTERO LASTRES, J. M.; BOTANA AGRA, M. *Manual de la Propiedad Industrial*. Madrid, Marcial Pons, 2009.

FERNÁNDEZ-NOVOA, C.; GOMEZ SEGADE, J. A. *La modernización del Derecho español de Patentes*. Madrid, Montecorvo, 1984.

FIRESTONE, L. "Consentimento prévio informado: princípios orientadores e modelos concretos", en LIMA, A.; BENSUSAN, N. (Orgs.). *Quem cala consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*. São Paulo, Instituto Sócio Ambiental, 2003, pp. 23-52.

FLÓREZ, M. "La Decisión 391 sobre acceso a los recursos genético: un gran esfuerzo sin muchos resultados", en LIMA, A.; BENSUSAN, N. (Orgs.). *Quem cala consente? Subsídios para a proteção dos conhecimentos tradicionais*. São Paulo, Instituto Sócioambiental, 2003, pp. 81-90.

FRAMIÑÁN SANTAS, J. "La prohibición de patentar métodos de diagnóstico aplicados al cuerpo humano o animal", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 29, 2008-2009, pp. 115-136.

GALÁN CORONA, E. "Los derechos patrimoniales del autor (reproducción, distribución y puesta a disposición) tras la reforma introducida por la Ley 23/2006, de 7 de julio", en ROGEL VIDE, C. (Coord.). *Reformas recientes de la Propiedad Intelectual*. Madrid, Editorial Reus, 2007, pp. 35-61.

GALÁN CORONA, E. "Nota de urgencia sobre las recientes modificaciones legislativas que afectan las Patentes", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXVI, 2005-2006, pp. 471-474.

GALÁN CORONA, E. "Comentario al art. 96 y al Título VII, Libro I de la Ley de Propiedad Intelectual", en ALBALADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (Dir.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo V, vol. 4º-B, Madrid, EDERSA, 1995.

GALÁN CORONA, E. "La libre circulación de mercancías en la CEE y en el acuerdo suscrito por España en materia de Patentes", en BERCOVITZ, A. *et al. Derecho de Patentes: España y la Comunidad Económica Europea*. Barcelona, Ariel, 1985.

GALÁN CORONA, E. "La acción reivindicatoria en materia de Patentes de Invención", *Actas de Derecho Industrial*, 1978, p. 433 y ss.

GALEANO, E. *De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso*. Porto Alegre, L&PM, 1999.

GALLOIS, D. T. "Culturas indígenas e processos de patrimonialização", en BARROS, B. S.; GARCÉS, C. L. L.; MOREIRA, E. C. P.; PINHEIRO, A. S. F. (Orgs.). *Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais*. Belém, Museu Paraense Emílio Goeldi, Centro Universitário do Pará, 2007, pp. 259-264.

GAMBOA, A. “Regulación de acceso a los recursos genéticos en las comunidades internacional y andina”, *Ciencia y Tecnología*, vol. 16, n.º. 3, jul–sep, Colombia, 1998.

GARCÉS, C. L. L. “Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais: tendências e perspectivas”, en BARROS, B. S.; GARCÉS, C. L. L.; MOREIRA, E. C. P.; PINHEIRO, A. S. F. (Orgs.). *Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais*. Belém, Museu Paraense Emílio Goeldi, Centro Universitário do Pará, 2007, pp. 71-84.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLES, J. A. “Comentarios al artículo 55 LM”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLES, J. A. (Dirs.). *Comentarios a la Ley de Marcas*. Tomo II (Artículos 51 a DF 3ª). 2ª ed., Pamplona, Arazandi, 2008, pp. 983-1006.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLES, J. A. “Efectos de la caducidad y la nulidad”, en CASADO CERVIÑO, A.; LLOBREGAT HURTADO, M. L. *Comentarios a los reglamentos sobre la Marca comunitaria*. Madrid, La Ley, 2000, pp. 495-502.

GARCÍA GARCÍA, E. “Jurisprudencia más relevante en materia de Propiedad Industrial. La jurisprudencia menor de la Sección Especializada en lo Mercantil de la Audiencia Provincial de Madrid en Patente, Modelos de Utilidad y Diseño Industrial”. *Propiedad Industrial III. Estudios de Derecho Judicial*, n.º. 145, 2007.

GARCÍA INDA, A. “Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos”, *Cuadernos “Bartolomé de las Casas”*, n.º. 20, Madrid, Dykinson, 2001.

GARCIA, L. Seminario “Proteção aos conhecimentos tradicionais: consentimento prévio e informado”. 1ª mesa: “Alternativas de proteção aos conhecimentos tradicionais”, en LIMA, A.; BENSUSAN, N. (Orgs.). *Quem cala consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*. São Paulo, Instituto Sócioambiental, 2003, pp. 93-122.

GARCÍA PÉREZ, R. “¿Propiedad Intelectual o Derecho de Autor? Un problema terminológico”, en GARCÍA PÉREZ, R.; LOPEZ SUÁREZ, M. A. (Eds.). *Nuevos retos para la Propiedad Intelectual*. A Coruña, Servizo de publicación Universidade da Coruña, 2008.

GARCÍA VIDAL, A. “Sentencia de 30 de junio de 2010: El alcance de la excepción de uso experimental en derechos de patentes. Alcance de la excepción de uso experimental con anterioridad a la reforma de la LP operada por la Ley 29/2006”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º. 85, enero-abril 2011, pp. 573-588.

GARCÍA VIDAL, A. “A regulación da propiedade sobre os bens inmateriales: tendencias actuais”, en RODIL MARZÁBAL, O.; SÁNCHEZ CARREIRA, M. C. (Coords.). *A mercantilización e a regulación do coñecimento*. Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2009.

GARCÍA VIDAL, A. “Células madres embrionarias y Derecho de Patentes”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 29, 2008-2009, pp. 157-186.

GARCÍA VIDAL, A. "Las invenciones laborales libres y de servicio. (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, núm. 332/2006 (Sección 2ª.), de 12 de diciembre)", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 27, 2006-2007, pp. 622-643.

GARCÍA VIDAL, A. "La cláusula Bolar. (La licitud de los actos preparatorios de la autorización para comercializar un medicamento genérico realizados durante la vigencia de la correspondiente patente farmacéutica)", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXVI, 2005-2006, pp. 188-206.

GARCÍA VIDAL, A. "El derecho europeo de la Propiedad Industrial", en CÁMARA LAPUENTE, S. *Derecho Privado europeo*. Madrid, Editorial Colex, 2003, pp. 1063-1098.

GARCÍA VIDAL, A.; MAROÑO GARGALLO, M. M. "Los límites a la Propiedad Intelectual en la Ley nº. 23/2006 de 7 de julio", *Noticias de la Unión Europea*, año XXIV, nº. 286, noviembre de 2008, p. 45 y ss.

GERVAIS, D. J. "Traditional knowledge & Intellectual Property: a TRIPS-compatible Approach", in *Symposium Intellectual Property, Sustainable Development, and Endangered Species: Understanding the Dynamics of the Information Ecosystem*. Mich. St. L. Rev 137, spring, 2005.

GERVAIS, D. J. "Spiritual but not intellectual? The protection of sacred intangible traditional knowledge", in *Symposium Traditional Knowledge, Intellectual Property, and Indigenous Culture*, 11 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 467, summer, 2003.

GHOSH, S. "Globalization, Patents, and traditional knowledge", 17 *Colum. J. Asian L.* 73, Fall, 2003.

GHOSH, S. "Reflections on the traditional knowledge debate", in *Symposium Traditional Knowledge, Intellectual Property, and Indigenous Culture*, 1 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 497, summer, 2003.

GIANNINI, L. J. *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*. La Plata, Argentina, 2007.

GIDI, A. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo, RT, 2007.

GIDI, A.; MAC-GREGOR, E. F. (Coords.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e Individuales homogéneos: hacia un código modelo para Iberoamérica*. México, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2003.

GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência em Ações Coletivas*. São Paulo, Saraiva, 1995.

GOLDSTEIN, J. A. "Critical analysis of Patent Pools", in OVERWALLE, G. V. (Ed.). *Gene Patents and collaborative licensing models. Patent pools, clearinghouses, open source models and liability regimes*. Cambridge, University Press Cambridge, 2009.

GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLES, F. "La legitimación colectiva y el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial", *Justicia* 86, 1986, pp. 549-576.

GÓMEZ DEL PRADO, J. L. "Pueblos indígenas. Normas internacionales y marcos nacionales", *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, nº. 21, Bilbao, 2002.

GÓMEZ ROSENDO DEL TORO, A. *El Derecho de Autor en la Unión Europea*. Madrid, Fundación Autor, 2006.

GÓMEZ SEGADE, J. A. "Actividad inventiva y doctrina de los equivalentes", en *Derecho Industrial*, vol. IV, Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Lisboa, Almedina, 2005.

GÓMEZ SEGADE, J. A. "En torno a la Directiva sobre el Derecho de Autor y los Derechos Afines en la sociedad de la información", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXII, 2001-2002, pp.1429-1447.

GÓMEZ SEGADE, J. A. "La mundialización de la Propiedad Industrial y del Derecho de Autor", en GÓMEZ SEGADE, J. A. *Tecnología y Derecho*. Estudios jurídicos del Prof. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra. Madrid, Marcial Pons, 2001.

GÓMEZ SEGADE, J. A. "Propiedad Industrial", en GÓMEZ SEGADE, J. A. *Tecnología y Derecho*. Estudios Jurídicos del Prof. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra. Madrid, Marcial Pons, 2001.

GÓMEZ SEGADE, J. A. "La Propiedad Industrial en España", en GÓMEZ SEGADE, J. A. *Tecnología y Derecho*. Estudios jurídicos del Prof. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra. Madrid, Marcial Pons, 2001.

GÓMEZ SEGADE, J. A. "Patente", en GÓMEZ SEGADE, J. A. *Tecnología y Derecho*. Estudios jurídicos del Prof. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra. Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 269-279.

GÓMEZ SEGADE, J. A. "Panorámica de la nueva Ley de Patentes española", en GÓMEZ SEGADE, J. A. *Tecnología y Derecho*. Estudios jurídicos del Prof. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra. Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 315-420.

GÓMEZ SEGADE, J. A. "El nuevo Derecho de Patentes. Requisitos de patentabilidad", en GÓMEZ SEGADE, J. A. *Tecnología y Derecho*. Estudios jurídicos del Prof. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra. Madrid, Marcial Pons, 2001.

GÓMEZ SEGADE, J. A. "Licencia obligatoria y agotamiento del Derecho de Patente en el marco comunitario", en GÓMEZ SEGADE, J. A. *Tecnología y Derecho*. Estudios jurídicos del Prof. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra. Madrid, Marcial Pons, 2001.

GÓMEZ SEGADE, J. A. "El Acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la Propiedad Industrial e Intelectual", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XVI, 1996, pp. 33-79.

GÓMEZ SEGADE, J. A. *Enciclopedia Jurídica Básica*. Vol. III, Madrid, Civitas, 1995.

GÓMEZ SEGADE, J. A. "Rechazo a la caducidad de la Patente por falta de explotación sin licencia obligatoria previa. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3) de 30 de enero de 1990", *Cuadernos de Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial*, nº. 8, Barcelona, CEFI, 1991.

GÓMEZ SEGADE, J. A. "La violación de la Patente por un uso equivalente", *Cuadernos de jurisprudencia sobre Propiedad Industrial*, nº. 2, Barcelona, 1988, p. 14 y ss.

GÓMEZ SEGADE, J. A. *La Ley de Patentes y Modelos de Utilidad*. Madrid, Editorial Civitas, 1988.

GÓMEZ SEGADE, J. "Patentabilidad", en FERNÁNDEZ-NOVOA, C.; GÓMEZ SEGADE, J. A. *La modernización del Derecho español de Patentes*. Madrid, Montecorvo, 1984.

GÓMEZ SEGADE, J. A. *El Secreto Industrial (know-how). Concepto y protección*. Madrid, Editorial tecnos, 1974.

GONÇALVES, L. M. C. *Manual de Direito Industrial. Patentes. Desenhos ou Modelos. Marcas. Concorrência Desleal*. 2ª. ed., revista e aumentada, Coimbra, Almedina, 2008.

GONÇALVES, L. M. C. "O espaço europeu da Propriedade Industrial", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXVI, 2005-2006, pp. 85-100.

GONÇALVES, R. *O Brasil e comercio internacional: transformações e perspectivas*. São Paulo, Contexto, 2000.

GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, C. "La introducción del procedimiento de concesión con examen previo en España", en *Forum Universidad-Empresa. Generación y protección de nuevas tecnologías: Patentes e intermediación*. Madrid, Fundación Universidad-Empresa, 1999, p. 19 y ss.

GONZÁLEZ GORDÓN, M. "Unida en la diversidad: independencia, compatibilidad y acumulación de lo intelectual y lo industrial", en IGLESIAS REBOLLO, C. *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial*. Madrid, Editorial Reus, 2005.

GONZÁLEZ LÓPEZ, M. *El derecho moral del autor en la Ley Española de Propiedad Intelectual*. Madrid, Marcial Pons, 1993.

GORDILLO, M. ““Ribeirinhos”: los desconocidos del Amazonas”, *Boletín MANOS UNIDAS*, n.º. 145, octubre/noviembre/diciembre de 2001. Disponible en <http://www.manosunidas.org/publicaciones/boletines/boletin145/bol145p29_.htm> Consultada el 29 de marzo de 2011.

GRANT, L. G. “The protection of traditional or indigenous knowledge”, in *American Law Institute - American Bar Association Continuing Legal Education, SJ049 ALI-ABA 469, ALI-ABA Course of Study*, march 24-26, 2004.

GRINOVER, A. P. “Significado político, social, e jurídico da tutela dos Interesses Difusos”, en GRINOVER, A. P. (Coord.). *A marcha do processo*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000.

GRINOVER, A. P. “Acciones colectivas para la defensa del ambiente y del consumidor”, *Revista de Derecho Procesal*, vol. 3, 1995.

GRINOVER, A. P. (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo, Max Limonad, 1984.

GRINOVER, A. P. *et al. Código de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004.

GROS, C. *Políticas de la etnicidad: identidad, Estado y modernidad*. Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2000.

GUIX CASTELLVÍ, V. “Patentes de Invención”, en *Propiedad Industrial: teoría y práctica*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 2001, pp. 03-80.

GUPTA, A. K. “Rewarding traditional knowledge and contemporary grassroots creativity: the role of Intellectual Property”, in *Paper presented at a seminar at Kennedy School*, Harvard University, Boston, may, 2000.

GUPTA, A. K. “Creativity: the role of Intellectual Property protection”. Harvard WP, 2000. Disponible en <http://www.cid.harvard.edu/cidbiotech/events/anil_gupta_paper.htm>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P.; CAVIEDES, H. de. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*. Navarra, Aranzadi Editorial, 1999.

HAFSTEIN, V. T. “The politics of origins: collective creation revisited”, *Journal of American Folklore*, vol. 117, number 465, summer, pp. 300-315, 2004.

HAYASHI, K. "Esfera de ação de elementos de repartição de benefícios decisões em casos de acesso e repartição de benefícios e instrumentos legais nacionais e internacionais", en PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Orgs.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte, Del Rey, 2004, pp. 197-228.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F.; GARCÍA VIDAL, A. *Lecciones de Derecho Mercantil I*. Santiago de Compostela, Gráfica de Asturias, 2005.

HILTY, R. M. "Legal protection of cultural heritage in a world of Intellectual Property Rights", in WALDECK UND PYRMONT, W. Zu *et al. Patents and technological progress in a globalized world: liber amicorum Joseph Straus*. Berlin, Germany, 2009, pp. 763-779.

HORN, L. A. "Case 1. The MPEG la licensing model. What problems does it solve in biopharma an genetics?", in OVERWALLE, G. v. (Ed.). *Gene Patents and collaborative licensing models. Patent pools, clearinghouses, open source models and liability regimes*. Cambridge, University Press Cambridge, 2009.

HUARTE SALVATIERRA, V. "La actividad de las empresas y la prevención del riesgo de infracción de Patentes", en *Estudios sobre Propiedad Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial en homenaje a Marcel-Lí Curell suñol. Barcelona, Grupo Español de la AIPPI, 2000.

International Council for Science. "Science traditional knowledge and sustainable development", *ICSU, Series on Science for Sustainable Development*, nº. 04, 2002.

JACANAMIJOY, A. "Iniciativas para la protección de los derechos de los titulares del conocimiento tradicional, las poblaciones indígenas y las comunidades locales", *Documento preparado por COICA para la Mesa Redonda sobre Propiedad Intelectual y Pueblos Indígenas de la OMPI*. Ginebra, 23 y 24 de julio, 1998. Doc. OMPI/INDIP/RT/98/4E.

JACOBY, C. D.; WEISS. C. "Recognizing Property Rights in traditional biocultural contribution", *16 Stan. Envtl. L.J.* 74, January, 1997.

JÁUREGUI, G. "Derechos individuales versus derechos colectivos: una realidad inescindible", en ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (Ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid, Dykinson, 2001.

JIMÉNEZ BARTLETT, L. "Diversidad cultural y pueblos indígenas", *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, nº. 54, Bilbao, Universidad de Deusto, 2009.

JORDA, K. F. "Derechos de Propiedad Intelectual. Reflexiones sobre su naturaleza e importancia", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, homenaje al Profesor Carlos Fernández-Novoa, tomo XX, 1999, pp. 181-195.

KAMERI-MBOTE, P.; OTIENO-ODEK, J. "Genetic use restriction technologies and sustainable development in Eastern and Southern Africa", in MELÉNDEZ-ORTIZ, R.; ROFFE, P. (Ed.). *Intellectual Property and sustainable development. Development agendas in a changing world*. Northampton, 2009.

KATE, K. T.; LAIRD, S. A. "Los acuerdos de bioprospección y la distribución de beneficios a las comunidades locales". Disponible en <http://siteresources.worldbank.org/INTRANETTRADE/Resources/Pubs/303936-1130792844111/PoorPeoplesKnowledge_Chap6_Sp.pdf 1999>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

KOSZUOSKI, A. *Conhecimentos tradicionais: uma análise de proteção jurídica no Mercosul*. Cuiabá (MT), Carlini & Caniato, 2006.

KRUMENACHER, T. J. "Protection for indigenous peoples and their traditional knowledge: would a registry system reduce the misappropriation of traditional knowledge?", *8 Marq. Intell. Prop. L. Rev.* 143, winter, 2004.

KUEK, C. Y. "Protection of expressions of folklore/traditional cultural expressions: to what extent is Copyright Law the solution?", in *Diario de Malasia y de derecho comparado*. Disponible en <<http://www.commonlii.org/my/journals/JMCL/2005/2.html>>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

KURUK, P. "Goading a reluctant dinosaur: mutual recognition agreements as a policy response to the misappropriation of foreign traditional knowledge in the United States", *34 Pepp. L. Rev.* 629, 2007.

LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil, III. Derechos Reales. Bienes Inmateriales*. Vol. primero, tercera parte, 2ª ed., Barcelona, Librería A Bosch H, Ronda Universidad, 1989.

LACRUZ BERDEJO, J. L.; LUNA SERRANO, A.; MENDOZA OLIVAN, V. *Elementos de Derecho Civil, III. Derechos Reales. Posesión y Propiedad*. Vol. primero, segunda parte, 3ª. ed., Barcelona, Editor Bosch, 1990.

LAIRD, S. A.; NOEJOVICH, F. "Building equitable research relationships with indigenous peoples and local communities: prior informed consent and research agreements", in LAIRD, S. A. (Ed.). *Biodiversity and traditional knowledge: equitable partnerships in practice*. Londres, Earthscan Publications Ltd., 2002, pp. 16-38 (People and Plants Conservation Series).

LANGE, P. "Naturaleza del Derecho de Obtentor (Ley sobre la Protección de las Variedades Vegetales) y su demarcación respecto a las invenciones patentables", *Simposio*. 18ª Sesión Ordinaria del Consejo UPOV. Ginebra, 17 de octubre de 1984 (UPOV/342(S) publicación), 1985, pp. 29-41.

LARREA RICHERAND, G. E. “Categorías de obras y prestaciones artísticas”, en *Estudios sobre Derecho Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia en homenaje a Hermenegildo Baylos Corroza. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 1992, pp. 407-425.

LAS HERAS LORENZO, T. “El sistema de examen previo de concesión de Patentes”, en *Estudios sobre Derecho Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia en homenaje a Hermenegildo Baylos Corroza. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 1992, pp. 397-405.

LASARTE ÁLVAREZ, C. *Principios de Derecho Civil. Propiedad y Derechos Reales*. Tomo IV, Madrid, Trivium, 1996.

LAU, I. *Propiedad Intelectual*. Panamá, Imprenta Universal Books, 2003.

LEHMANN, M. “La teoría de los “Property Right” y la protección de la Propiedad Intelectual e Industrial”, *Revista General de Derecho*, enero-febrero, 1990, pp. 265-281, pp. 269-272.

LEITE, C. H. B. *Ação Civil Pública. Nova jurisdição trabalhista metaindividual. Legitimação do Ministério Público*. São Paulo, LTr, 2001.

LEWINSKI, S. v. “An analysis of WIPO’s latest proposal and the Model Law 2002 of de Pacific Community for the protection of traditional cultural expressions”, en ANTONS, C. (Ed.). *Traditional knowledge, traditional cultural expressions and Intellectual Property Lay in the Asia-Pacific region*. Netherlands, Max Planck Institute, 2009.

LEWINSKI, S. v. (Ed.) *et al. Indigenous heritage and Intellectual Property. Genetic resources, traditional knowledge and folklore*. Netherlands, Wolters Kluwer, 2008.

LEZCANO SEVILLANO, I. D. “Las reformas de la Propiedad Intelectual de 2006”, en MACÍAS CASTILLO, A.; HERNÁNDEZ ROBLEDO, M. A. (Coords.). *El Derecho de Autor y las nuevas tecnologías. Reflexiones sobre la reciente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid, La Ley, 2008.

LIMA, A.; BAPTISTA, F. M.; BENSUSAN, N. “Direitos intelectuais coletivos e conhecimentos tradicionais”, en LIMA, A.; BENSUSAN, N. (Orgs.). *Quem cala consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*. São Paulo, Instituto Sócioambiental, 2003, pp. 203-216.

LINDSEY, R. H. “Responsibility with accountability: the birth of a strategy to protect Kanaka Maoli traditional knowledge”, in *Symposium Intellectual Property and Social Justice*. 48 *How. L.J.* 763, winter, 2005.

LIQBREGAT HURTADO, M. L. *Temas de Propiedad Industrial*. Madrid, La Ley, 2007.

LIPSZYC, D. *Derechos de Autor y Derechos Conexos*. Buenos Aires, UNESCO/CERLZLC/ZAVALÍA, 1993.

LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M. “Extensión y ámbito de protección de la Patente. La Patente como derecho negativo”, en FERNÁNDEZ LOPES, J. M. (Dir.). *Derecho sobre Propiedad Industrial. Estudios de Derecho Judicial* 35, 2001, pp. 81-156.

LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M. “Las disposiciones en materia de Patentes del Acuerdo sobre los ADPIC”. *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Organización Mundial del Comercio. Instituto de Derecho y Ética Industrial*. Madrid, Centro de Estudios para el Fomento de la Investigación, tomo I, 1997, pp. 239-313.

LOBATO, GARCÍA-MIJÁN, M. “Sobre la protección de las invenciones vegetales a través del Modelo de Utilidad”, *Revista de Derecho Mercantil*, enero-marzo, n.º. 219, 1996, pp. 119-144.

LONGACRE, E. “Advancing science while protecting developing countries from exploitation of their resources and knowledge”, *13 Fordham Intel. Prop. Media & Ent. L.J.* 963, spring 2003.

LONG, D. E. “Traditional knowledge and the fight for the public domain”, *5 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L.* 617, summer, 2006.

LÓPEZ-ARANDA, J.M. “La interrelación entre los sistemas jurídicos de protección de la materia viva vegetal”, en RIQUELME, F. *La protección jurídica de Obtenciones Vegetales*. 4ª. ed., Comunidad Autónoma de la Región de Murcia Consejería de Agricultura, Agua y Medio Ambiente y Colegio Oficial de Ingenieros Agrónomos de la Región de Murcia, 2001, pp. 67-82.

LÓPEZ CALERA, N. “El concepto de derechos colectivos”, en CALVO GARCÍA, M. (Coord.). *Identidades culturales y Derechos Humanos*. Madrid, Dykinson, 2002.

LÓPEZ CALERA, N. “Sobre los derechos colectivos”, en ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (Ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid, Dykinson, 2001.

LÓPEZ CALERA, N. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*. Barcelos, Editorial Ariel, 2000.

LOZANO-HIGUERO Y PINTO, M. *La protección procesal de los intereses difusos (Intereses de los consumidores, ecológicos, urbanísticos, el acceso a la R.T.V.)*. Madrid, 1983.

MACÍAS MARTÍN, J. “Nociones sobre el Convenio de la Patente Europea”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Coord.). *Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial en la Unión Europea*. Navarra, Thomson/Aranzadi, 2007.

MARCO MOLINA, J. “La formación del concepto de Derecho de Autor y la originalidad de su objeto”, en MACÍAS CASTILLO, A.; HERNÁNDEZ ROBLEDO, M. A. (Coords.). *El Derecho de Autor y las nuevas tecnologías. Reflexiones sobre la reciente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid, La Ley, 2008.

MARCO MOLINA, J. *La Propiedad Intelectual en la legislación española*. Madrid, Marcial Pons, 1995.

MARÍN LÓPEZ, J. J. *El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra*. Navarra, Aranzadi, 2006.

MARIN, P. L. C. *Providing protection for plant genetic resources. Patens, sui generis systems, and biopartnerships*. Kluwer Law International, 2002.

MARSAL GUILLAMET, J. “El sujeto del Derecho de Autor”, en ESTEVE PARDO, M. A. (Coord.). *Propiedad Intelectual. Doctrina, Jurisprudencia, esquemas y formularios*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 38-63.

MARTÍN ARESTI, P. *La licencia contractual de Patente*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 1997.

MARTÍNEZ, A-R. “Negocian el control sobre los recursos genéticos para la agricultura. Semillas en la economía campesina”, *Programa Semillas*, 6, 1996.

MARTÍNEZ ESPÍN, P. “Comentarios al art. 14”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2007.

MARTÍN VILLAREJO, A. “Integridad e identidad de las obras procedentes de la cultura popular. Derechos morales sobre las obras de dominio público. Legitimación para el ejercicio de los derechos morales”, en VALDÉS, C.; ROGEL, C. (Dirs.). *Cultura popular y Propiedad Intelectual*. Madrid, Editorial Reus, 2011 (Colección de Propiedad Intelectual), pp. 63-93.

MARTÍN VILLAREJO, A. “El ámbito de aplicación de la ley como límite de los Derechos de Propiedad Intelectual”, en ROGEL VIDE, C. (Coord.). *Los límites de Derecho de Autor*. Madrid, Editorial Reus, 2006, (Colección de Propiedad Intelectual), p. 309 y ss.

MARTÍN VILLAREJO, A. “El derecho moral de los artistas intérpretes o ejecutantes”, en ROGEL VIDE, C. (Coord.). *En torno a los derechos morales de los creadores*. Madrid, Editorial Reus, 2003, pp. 189-230.

MARTÍN VILLAREJO, A. “La gestión colectiva de los Derechos de Propiedad Intelectual sobre las creaciones audiovisuales”, en ROGEL VIDE, C. (Coord.). *Creaciones audiovisuales y Propiedad Intelectuales. Cuestiones puntuales*. Madrid: Editorial Reus, 2001, (Colección Propiedad Intelectual), pp. 215-253.

MASOUYE, C. *Guía del Convenio de Berna*. Ginebra, OMPI, 1978.

MASSAGUER, J. “Algunos aspectos de la protección jurídica de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos mediante el Sistema de Propiedad Intelectual”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXIII, 2002, pp.197-221.

MASSAGUER, J. “De nuevo sobre el agotamiento comunitario del Derecho de Patente nacional (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de diciembre de 1996, asuntos acumulados C-267/95 y C-268/95, “Merck & Co. Inc. *et alii*, c. Primecrown Ltd. *et alii* y Beecham Group plc c. Europharm of Worthing Ltd.”)”, *Actas del Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XVII, 1996, pp. 313-327.

MASSAGUER, J. “El derecho comunitario en materia de Propiedad Industrial y de Propiedad Intelectual”, en MASSAGUER, J. *Los Derechos de Propiedad Industrial e Intelectual ante el Derecho Comunitario: libre circulación de mercancías y defensa de la Competencia*. Madrid, CEFI, 1995.

MASSAGUER, J. “Importación de productos protegidos por patente”, *Noticias de la CEE*, nº. 81, 1991, p. 53 y ss.

MASSAGUER, J. “Aproximación sistemática general al Derecho de la Competencia y de los bienes inmateriales”, *Revista General de Derecho*, 1990, pp. 245-263.

MASSAGUER, J. *Los efectos de la Patente en el comercio internacional*. Barcelona, Ed. Bosch, 1989.

MASSAGUER, J. *Mercado común y Patente nacional (agotamiento comunitario y protección territorial absoluta)*. Barcelona, Librería Bosch, 1989.

MASSAGUER, J. “En torno al art. 53 LP: el agotamiento del Derecho de Patente”, *Actas de Derecho Industrial*, Instituto de Derecho Industrial, Universidad de Santiago de Compostela, tomo 12, 1987-1988, pp. 129-164.

MELO, E. “Estrangeiros registram patentes sobre produtos da Amazônia”, *A Gazeta*, Rio Branco/Acre, 27 de dezembro 2002. Disponible en <<http://www.abfit.org.br/noticias.shtml#009>>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

MERLE, A.; CHAMUNDEESWARI, K.; KAMBU, A.; RUIZ, M.; TOBIN, B. “The role of registers & databases in the protection of traditional knowledge: a comparative analysis”, UNU-IAS Report, 2003. Disponible en <http://www.ias.unu.edu/binaries/UNUIAS_TKRegistersReport.pdf>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

MIAILLE, M. *Introdução crítica ao Direito*. 2ª ed., Lisboa, Editorial Estampa, 1994.

MILEO, B. A. P.; COSTA, C. R.; MOREIRA, E. “Convenção da Diversidade Biológica e Acordo TRIPS: uma análise conciliadora”, en BARROS, B. S.; GARCÉS, C. L. L.; MOREIRA, E. C. P.; PINHEIRO, A. S. F. (Orgs.). *Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais*. Belém, Museu Paraense Emílio Goeldi, Centro Universitário do Pará, 2007, pp. 281-308.

MITELMAN, C. O. *Cuestiones de Derecho Industrial. Información confidencial, medidas provisionales, daños en infracciones marcarias, Modelos de Utilidad, biotecnología y licencias obligatorias*. Buenos Aires, Ad.HOC S.R.L., 1999.

MOLERO, J. *et. al.* “Patentes y desarrollo en los países del Mercosur. Una nueva dimensión del acuerdo Mercosur-Unión Europea”. *Informe Final*, Instituto Complutense de Estudios Internacionales, septiembre 2006 (Proyecto financiado por la Oficina Europea de Patentes).

MONTAÑA MORA, M. “Los daños y perjuicios por infracción de Patentes”, en FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M. (Dir.). *Propiedad Industrial III, Estudio de Derecho Judicial 145*, Consejo General del Poder Judicial, 2007.

MONTERO AROCA, J. *La legitimación en el Proceso Civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*. Madrid, Editorial Civitas, 1994.

MONTÓN GARCÍA, L. *Acciones colectivas y acciones de cesación*. Madrid, INC, 2004.

MOREIRA, E. “O direito dos povos tradicionais sobre seus conhecimentos associados à biodiversidade: as distintas dimensões destes direitos e seus cenários de disputa”, en BARROS, B. S.; GARCÉS, C. L. L.; MOREIRA, E. C. P.; PINHEIRO, A. S. F. (Orgs.). *Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais*. Belém, Museu Paraense Emílio Goeldi, Centro Universitário do Pará, 2007, pp. 309-332.

MOREIRA, J. C. B. “A Ação Popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos”, en MOREIRA, J. C. B. *Temas de Direito Processual*. São Paulo, Saraiva, 1977.

MORENO CATENA, V. “El Proceso Civil”, en ESCRIBANO MORA, F. (Coord.) *et al. El Proceso Civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*. Vol. I, libro 1: artículos 1 a 98 inclusive. Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

MORGADES MANONELLES, J. A. “Monopolio a cambio de divulgación”, en *Estudios sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia*. Colección de trabajos en homenaje a Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 2005.

MORGADES MANONELLES, J. A. “La integración en el estado de la técnica de la solicitud de Patente Europea con designación de España a efectos de la novedad exigida a las Patentes y Modelos de Utilidad”, en *Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial en homenaje a Julio Delicado Montero-Ríos*. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 1996.

MORGADES MANONELLES, J. A. “La aplicación en España del Convenio de la Patente Europea. Sus repercusiones sobre las solicitudes y concesiones de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad españoles”, en *Estudios sobre Derecho Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia en homenaje a Hermenegildo Baylos Corroza. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 1992, pp. 479-494.

MORIN, E. *Saberes globais e saberes locais: o olhar transdisciplinar*. Rio de Janeiro, Garamond, 2000.

NASCIMENTO, D. L. *Biopirataria na Amazônia. Uma proposta de proteção transnacional da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados*. Curitiba, Juruá Editora, 2010.

NATÉRCIA, F. “Parcerias e inovação impulsionam setor farmacêutico”, en *Inovação Uniemp*, vol. 1, nº. 3, Campinas, nov.-dic. 2005. Disponible en <http://inovacao.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-23942005000300022&lng=es&nrm=iso>. Consultada el 25 de abril de 2011.

NETTLE, D.; ROMAINE, S. *Vanishing voices: the extinction of de world's languages*. Oxford, Oxford Press, 2000.

NIJAR, G. S. “Incorporating traditional knowledge in an international regime on access to genetic resources and benefit sharing: problems and prospects”, en *European Journal of International Law*, vol. 21, issue 2, may 2010.

NIJAR, G. S. “In defense of local community knowledge and biodiversity: a conceptual framework and essential elements of a rights regime”. Disponible en <<http://www.mindfully.org/GE/Community-Knowledge-Biodiversity.htm>>. Consultada el 08 de mayo de 2011.

OJEDA RODRÍGUEZ, N. “Las obras procedentes de la cultura popular en los tratados y acuerdos internacionales”, en VALDÉS, C.; ROGEL, C. (Dirs.). *Cultura popular y Propiedad Intelectual*. Madrid, Editorial Reus, 2011 (Colección de Propiedad Intelectual), pp. 95-114.

OLIVA MARTÍNEZ, J. D. *La cooperación internacional con los pueblos indígenas. Desarrollo y Derechos Humanos*. Madrid, CIDEAI, 2005.

OROZCO PARDO, G. “Acerca de la protección de las ideas por el Derecho de Autor. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1992”, AC, 1993.

ORTEGA DOMÉNECH, J. "Objeto, funciones y características del registro de la Propiedad Intelectual", en SERRANO GÓMEZ, E. (Coord.). *El registro de la Propiedad Intelectual*. Madrid, Aisge, 2008 (Colección de Propiedad Intelectual).

OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C. *Las Patentes en el comercio internacional*. Madrid, Dykinson, 1997.

OTERO LASTRES, J. M. "Los requisitos de patentabilidad en la Decisión 486", *CORPIC, Corporación de Estudios sobre los Derechos de Propiedad Intelectual*, Medellín, Editorial Diké, 2001. pp. 93 y ss.

PABLO CAMARGO, P. *Las acciones populares y de grupo*, Bogotá, Leyer, 1999.

PACÓN, A. M. "La Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina. Principales reformas", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXI, 2000-2001, pp. 1269-1287.

PACÓN, A. M. "ADPIC y los países en vías de desarrollo. Posición durante y después de la Ronda Uruguay", en *Derechos de Propiedad Intelectual en la Organización Mundial del Comercio*. Instituto de Derecho y Ética Industrial. Madrid, Centro de Estudios para el Fomento de la Investigación, tomo II, 1997, pp. 137-170.

PALAU RAMÍREZ, F. "La obra colectiva y su autoría (a propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª, de 26 de septiembre de 2000, AC 2000/2447, "memoria contable del Banco Santander"). La protección de la Propiedad Intelectual", *Cuadernos de Derecho Judicial*, XIII, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001.

PEDEMONTE FEU, J. *Comentarios a la Ley de Patentes*. 2ª ed., Barcelona, Editorial Bosch, 1995.

PEÑA-NEIRA, S.; DIEPERINK, C.; ADDINK, H. "Equitably sharing benefits from the utilization of natural genetic resources: the Brazilian interpretation of the convention on biological diversity". Disponible en <<http://www.ejcl.org/63/art63-2.pdf>>. Consultada el 05 de abril de 2011.

PEREIRA, C. M. da S. *Instituições de Direito Civil*. 18ª ed., vol. IV, Rio de Janeiro, Forense, 2003.

PÉREZ CARRILLO, E. F. "Derechos afines de artistas, intérpretes y ejecutantes, y de las productoras de fonogramas. Reflexiones en torno a la propuesta de modificación de la Directiva 2006/116/CE", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 28, 2008-2009, Marcial Pons, 2009, pp. 401-428.

PÉREZ DE CASTRO, N. "Inédito y divulgación. Paternidad. Integridad de la obra. Obras musicales, publicidad y Derechos de los Autores. Obras audiovisuales, cortes y páginas de crédito. El coloreado e películas en blanco y negro", en ROGEL VIDE, C. (Coord.). *En torno a los derechos morales de los creadores*. Madrid, Editorial Reus, 2003, pp. 43-72.

PÉREZ DE LA CRUZ, A. "La Propiedad Industrial e Intelectual (II). Invenciones y creaciones técnicas. Creaciones intelectuales", en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. *Curso de Derecho Mercantil*. 2ª ed., tomo I, Madrid, Thomson, 2006.

PÉREZ DE ONTIVEROS RAQUERO, C. *Derecho de Autor: la facultad de decidir la divulgación*. Madrid, Editorial Civitas, 1993.

PINHEIRO, A. S. F.; BARROS, B. S.; BARBOSA, N. C. S.; SOUZA, A. M. F. "A proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais na Amazônia; pesquisa, inovação e desenvolvimento: há parceria possível?", en BARROS, B. S.; GARCÉS, C. L. L.; MOREIRA, E. C. P.; PINHEIRO, A. S. F. (Orgs.). *Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais*. Belém, Museu Paraense Emílio Goeldi, Centro Universitário do Pará, 2007, pp. 241-258.

PINHEIRO, V. S. "Subsídios para a proteção da biodiversidade e do conhecimento tradicional". Disponible en <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6399/subsidios-para-a-protecao-da-biodiversidade-e-do-conhecimento-tradicional>>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

PITKIN, H. F. *El concepto de representación*. Madrid, CEC, 1985.

PLAZA PENADES, J. *El Derecho de Autor y su protección en el artículo 20,1,b) de la Constitución*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

PLENDERLEITH, K. (Ed.). "The covenant on intellectual, cultural, and scientific resources", In *Appendice*, 5, New York, Routledge Harwood Anthropology, 2004, pp. 218-221.

POMBO, D.; VÁSQUEZ, L. "Derechos de los Agricultores en el marco de la discusión sobre recursos filogenéticos", en BRAVO, E. (Ed.). *Acción ecológica, biodiversidad y derechos de los pueblos*. Quito, Ecuador, Amazonia por la Vida, 1996.

PONTE IGLESIAS, M. T. "Ciudadanía y consolidación democrática: la promoción y protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas", *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas (RIPS)*, vol. 8, nº. 1, Servizo de Publicación da Universidade de Santiago de Compostela, 2009, pp. 153-177.

POSEY, D. A. "Os povos tradicionais e a conservação da biodiversidade", en ARAÚJO, M. C. (Coord.). *Uma estratégia latino-americana para a Amazônia*. São Paulo, Memorial, 1996, pp. 149-157.

POSEY, D. A.; DUTFIELD, G. *Más allá de la Propiedad Intelectual: los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales*. Montevideo, NORDAN, 1999.

Pueblos Indígenas no Brasil. "População indígena no Brasil". Disponible en <<http://pib.socioambiental.org/pt>>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

PURI, K. "Preservación y conservación de las expresiones del folclore", *Boletín de Derecho de Autor*, UNESCO, vol. XXXII, n.º. 4, París, 1998.

QUINTANA, I. "El Reglamento CE número 2100/1994 relativo a la Protección Comunitaria de las Obtenciones Vegetales", *Actas de Derecho Industrial*, tomo XVI, 1994-95, Marcial Pons, 1995, pp. 81-107.

RADLER, J. "Clima: um outro desenvolvimento para a Amazônia", *ENVOLVERDE - Revista Digital de Meio Ambiente e Desenvolvimento*, 29/11/2006. Disponible en <www.napra.org.br/doc/reportagem_nairobi.pdf>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

RAMS ALBESA, J. "El registro de la Propiedad Intelectual", en SERRANO GÓMEZ, E. (Coord.). *El registro de la Propiedad Intelectual*. Madrid, Aisge, 2008 (Colección de Propiedad Intelectual).

RAMS ALBESA, J. "La génesis de los derechos morales de los creadores", en ROGEL VIDE, C. (Coord.). *En torno a los derechos morales de los creadores*. Madrid, Editorial Reus, 2003, pp. 17-42.

RANGEL-ORTIZ, H. "Las Patentes y la farmacia en acuerdos comerciales recientemente adoptados por Estados Unidos con naciones del Sur. La experiencia de América Latina", *Actas del Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 27, 2006-2007, pp. 331-352.

RANGEL-ORTIZ, H. "Derechos concedidos por la Patente. Agotamiento del Derecho de Patente", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Coord.). *Nociones sobre Patentes de Invención para investigadores universitarios*. Madrid, Ediciones UNESCO, 1994.

RANGEL SÁNCHEZ, L. F. "La Propiedad Intelectual como propiedad temporal", en ROGEL VIDE, C. (Coord.). *La duración de la Propiedad Intelectual y las obras en dominio público*. Madrid, Editorial Reus, 2005, pp. 17-32.

RANGEL SÁNCHEZ, L. F. "Titularidad y ejercicio de los derechos morales en el caso de obras anónimas, seudónimas, colectivas y en colaboración. Los derechos morales de los directores de escena, de orquesta y de fotografía. El asunto respecto de las bases de datos y los programas de ordenador", en ROGEL VIDE, C. (Coord.). *En torno a los derechos morales de los creadores*. Madrid, Editorial Reus, 2003, pp. 161-187.

RASCÓN, C. *Síntesis de historia e Instituciones de Derecho Romano*. 2ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2007.

RÊGO, P. A. *Biodiversidade e repartição de benefícios*. Curitiba, Juruá Editora, 2010.

REYES, V. *Biodiversidad*. Editorial E. Bravo, 1996.

RIBERA BLANES, B. *El derecho de reproducción en la Propiedad Intelectual*. Madrid, Dykinson, 2002.

RICKETSON, S. *The Berne Convention for the protection of literary and artistic works: 1886-1986*. London, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary, 1987.

RIFKIN, J. *O século da biotecnologia: a valorização dos genes e a reconstrução do mundo*. Tradução de Arão Sapiro. São Paulo, Makron, 1999.

ROBINSON, D. "Sui generis systems for plant variety protection and traditional knowledge in Asia", in MELÉNDEZ-ORTIZ, R.; ROFFE, P. (Ed.). *Intellectual Property and sustainable development*. Development agendas in a changing world. Northampton, 2009.

ROCHA, M. V. "A originalidade como requisito de proteção da obra pelo Direito de Autor: algumas reflexões", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXII, 2001-2002, pp. 339-368.

RODRÍGUEZ ABASCAL, L. "El debate sobre los derechos de grupo", en DÍAZ, E.; COLOMER, J. L. *Estado, Justicia, Derechos*. Madrid, Alianza Editorial, 2002.

RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 2ª ed., Navarra, Civitas, 2009.

RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. "Comentario al art. 8 LPI", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2007.

RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. *La Ley de Propiedad Intelectual. Tras las reformas efectuadas por la Ley 19/2006, de 5 de junio y 23/2006, de 7 de julio*. Navarra, Aranzadi, 2006.

RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. *La cesión en exclusiva de Derechos de Autor*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1992.

RODRÍGUEZ-TOQUERO Y RAMOS, R. "Propiedad Intelectual: marco jurídico y organizativo en España", *PJ*, nº. 43-44, 1996.

ROGEL VIDE, C. "Autoría y titularidad de las obras integradas en la cultura popular", en VALDÉS DIAS, C. C.; ROGEL VIDE, C. *Cultura popular y propiedad intelectual*. Madrid, Aisge, 2011 (Colección de Propiedad Intelectual), pp. 49-62.

ROGEL VIDE, C. *Estudios completos de Propiedad Intelectual*. Vol. 3º, Madrid, Editorial Reus, 2009 (Colección de Propiedad Intelectual).

ROGEL VIDE, C. "Origen, razón de ser y vicisitudes del registro de la Propiedad Intelectual", en SERRANO GÓMEZ, E. (Coord.). *El registro de la Propiedad Intelectual*. Madrid, Editorial Reus, 2008 (Colección de Propiedad Intelectual).

ROGEL VIDE, C. *Estudios completos de Propiedad Intelectual*. Vol. 2º, Madrid, Editorial Reus, 2006 (Colección de Propiedad Intelectual).

ROGEL VIDE, C. (Coord.). *La duración de la Propiedad Intelectual y las obras en dominio público*. Madrid, Editorial Reus, 2005.

ROGEL VIDE, C. *Estudios completos de Propiedad Intelectual*. Madrid, Editorial Reus, 2003.

ROGEL VIDE, C. (Coord.). *En torno a los derechos morales de los creadores*. Madrid, Editorial Reus, 2003.

ROGEL VIDE, C. "Comentarios al art. 10 LPI", en ALBADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (Dir.). *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Madrid, Edersa, 1994.

ROGEL VIDE, C. *Autores, coautores y Propiedad Intelectual*. Madrid, Tecnos, 1984.

ROGEL VIDE, C.; SERRANO GÓMEZ, E. *Manual de Derecho de Autor*. Madrid, Editorial Reus, 2008 (Colección de Propiedad Intelectual).

ROMÁN PÉREZ, R. "Manifestaciones de la cultura popular relevantes como obra del espíritu. Artesanía. Folclore. Cuentos y tradiciones populares", en VALDÉS, C.; ROGEL, C. (Dir.). *Cultura popular y Propiedad Intelectual*. Madrid, Editorial Reus, 2011 (Colección de Propiedad Intelectual), pp. 29-47.

ROMÁN PÉREZ, R. "Una visión particular sobre la obra colectiva y la difícil cuestión de los "derechos morales" de la persona jurídica", en IGLESIAS REBOLLO, C. (Coord.). *Sujetos del Derecho de Autor*. Madrid, Editorial Reus, 2007 (Colección de Propiedad Intelectual), pp. 55-83.

ROMÁN PÉREZ, R. "Naturaleza jurídica del Derecho de Autor", en IGLESIAS REBOLLO, C. (Coord.). *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial*. Madrid, Editorial Reus, 2005.

ROMÁN PÉREZ, R. "Las expresiones culturales tradicionales en las normas sobre derechos de autor", en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2634/10.pdf>. Consultada el 04 de mayo de 2011.

RUESCH, M. "Creating culture: protection of traditional cultural expressions and folklore and the impact on creation and innovation in the marketplace of ideas", in *Symposium: 21st Century International, Foreign and Comparative Law Research Issues*. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, spring, 2008.

RUIZ MULLER, M. *La protección jurídica de los conocimientos tradicionales: algunos avances políticos y normativos en América Latina*. Unión Mundial para la Naturaleza, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ), Lima, Perú, 2006.

RUIZ MULLER, M. *The international debate on traditional Knowledge as prior art in the Patent System: Issues and options for developing countries*. CIEL, october, 2002.

RUIZ MULLER, M. "Análisis de la Decisión 486 de la CAN: su legalidad y aplicabilidad en cuanto a sus exigencias sobre el origen legal de los recursos genéticos y conocimientos indígenas". Disponible en <<http://www.caf.com/attach/17/default/ManuelRuiz,An%C3%A1lisisdeladecisi%C3%B3n486delaCAN.pdf>>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

RUIZ MULLER, M. "Regulating bioprospecting and protecting indigenous peoples knowledge in the Andean Community: Decision 391 and its overall impacts in the region", en *Documento preparado para la Iniciativa Biocomercio de la UNCTAD para la Reunión de Expertos sobre Conocimiento Tradicional de la UNCTAD*, Ginebra, 2000.

RUIZ MULLER, M. "Protecting indigenous peoples' knowledge: a policy and legislative perspective from Peru", in *Policy and Environmental Law Series*. Peruvian Society for Environmental Law, Lima, Peru, nº. 3, May, 1999.

RUIZ MULLER, M.; LAPEÑA, I. "Nueva Ley peruana establece un régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos", en LIMA, A.; BENSUSAN, N. (Orgs.). *Quem cala consente? Subsídios para a proteção dos conhecimentos tradicionais*. São Paulo, Instituto Sócioambiental, 2003, pp. 75-80.

SAIZ GARCÍA, C. "Requisitos de protección de los dibujos y modelos comunitarios", en PALAO MORENO, G.; CLEMENTE MEORO, M. (Coords.). *El diseño comunitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 185-202.

SAIZ GARCÍA, C. *Obras audiovisuales y Derecho de Autor*. Navarra, Aranzadi, 2002.

SAIZ GARCÍA, C. "Requisitos de protección de los dibujos y modelos industriales", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXII, 2001, pp. 369-398.

SAIZ GARCÍA, C. *Objeto y sujeto del Derecho de Autor*. Madrid, Tirant lo Blanch, 2000.

SAIZ GARCÍA, C. "Las obras audiovisuales de carácter publicitario y el Derecho de Autor", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XIX, 1998, pp. 245-271.

SAIZ GARCÍA, C.; MONFORT FERRERO, M. J. "Sentencia de 15 de febrero de 2000: derechos de la personalidad y Propiedad Industrial: ausencia de intromisión ilegítima", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º. 53, abril-septiembre 2000, pp. 699-713.

SALVADOR JOVANÍ, C. *El ámbito de protección de la Patente*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

SÁNCHEZ ARISTI, R. *La Propiedad Intelectual sobre las obras musicales*. 2ª ed., revisada, actualizada y ampliada, Granada, Editorial Comares, 2005.

SÁNCHEZ ARISTI, R. "Las ideas como objeto protegible por la Propiedad Intelectual", *Revista de Propiedad Intelectual*, n.º. 4, enero-abril, 2000, pp. 25-67.

SÁNCHEZ CALERO, F.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Vol. I, 32ª ed., Navarra, Thomson Reuters, 2009.

SÁNCHEZ GIL, O. "Efectos de la Convención UPOV sobre la patentabilidad de las invenciones vegetales en el Derecho Europeo y, en particular, en los derechos nacionales español y alemán", *Derecho de los Negocios*, noviembre, 1998.

SÁNCHEZ GIL, O. "La Ley española de protección de Obtenciones Vegetales, a la luz de la última reforma del Convenio UPOV de 19 de marzo de 1991", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XVII, 1996, pp. 219-259.

SANT'ANA, P. J. P. "Bioprospecção no Brasil: contribuição para uma gestão ética", en *Paralelo 15*, Brasília, 2002.

SANTILLANA DEL BARRIO, A. "El mercado de la copia privada. Dimensión económica de los Derechos de Propiedad Intelectual. Examen de la copia privada en ese contexto", en *La copia privada a examen: el derecho de remuneración compensatoria en el ámbito de la Propiedad Intelectual*, Colección Análisis y Documentos, n.º. 6, Madrid, Ministerio de Cultura, 1995, pp. 39-53.

SANTILLI, J. "Patrimônio imaterial e direitos intelectuais coletivos", en BARROS, B. S.; GARCÉS, C. L. L.; MOREIRA, E. C. P.; PINHEIRO, A. S. F. (Orgs.). *Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais*. Belém, Museu Paraense Emílio Goeldi, Centro Universitário do Pará, 2007, pp. 119-138.

SANTILLI, J. "Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime *sui generis* de proteção", en PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Orgs.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte, Del Rey, 2004, pp. 341-369.

SANTILLI, J. "Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção", en LIMA, A.; BENSUSAN, N. *Quem cala consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*. São Paulo, Instituto Sócioambiental, 2003, pp. 53-74.

SANTILLI, J. “A Biodiversidade e as comunidades tradicionais”, en BESUNSAN, N. (Org.). *Seria melhor mandar ladrilhar? Biodiversidade como, para que, por quê*. Brasília, Editora UNB, Instituto Socioambiental, 2002.

SANTOS, B. S. *Para um novo senso comum: a ciência, o Direito e a política na transição paradigmática. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. Vol. 1, São Paulo, Cortez, 2000.

SANTOS, L. G. “Direitos coletivos de Propriedade Intelectual ou direitos intelectuais coletivos?”, en *Taller Acceso a recursos biológicos: subsídios para sua normatização*, Painel 1: Soberania, propriedade e direitos de uso de recursos genéticos, 09 de outubro de 1996.

SANTOS, L. G. “Propriedade Intelectual ou direitos intelectuais coletivos?”, en ARAÚJO, A. V.; CAPOBIANCO, J. P. (Orgs.). *Biodiversidade e proteção de comunidades tradicionais*. São Paulo, Documentos ISA nº. 02, 1996.

SANTOS, R. V.; COIMBRA JUNIOR, C. “Sangue, bioética e populações indígenas”, *Parabólica*, nº. 20, Jornal do Instituto Sócio-Ambiental, São Paulo, 1996.

SCHERER, F. M. “Los objetivos de la concesión de Patentes”, *ICE: Revista de economia*, nº. 569, pp. 99-115.

SCHLAIS, G. K. “The patenting of sacred biological resources, the taro patent controversy in hawai'i: a soft law proposal”, *29 U. Haw. L. Rev.* 581, summer, 2007.

SCHRICKER, G. “Reflexiones sobre el agotamiento en el derecho de los bienes inmateriales”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Homenaje al Profesor Carlos Fernández-Nóvoa, tomo XX, 1999, pp. 347-358.

SCHROEDER, T. “Chinese regulation of traditional chinese medicine in the modern world: can the chinese effectively profit from one of their most valuable cultural resources?”, *11 Pac. Rim L. & Pol'y J.* 687, june, 2002.

SEGURA CÁMARA, P. “Directrices para la determinación del alcance de la protección de las Patentes y los Modelos de Utilidad en España”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXII, 2001-2002, p. 455 y ss.

SEGURA CÁMARA, P. “Interpretación de reivindicaciones e infracción de Patentes, con especial referencia al Derecho español”, en *Estudios sobre Propiedad Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial en homenaje a Marcel-Lí Curell Suñol. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 2000.

SERRANO ALONSO, E. “Sugerencias para una reforma del Derecho de Autor”, AC, tomo I, 1986.

SERRANO CAÑAS, J. M. “La transposición de la Directiva 2001/29/CE. Una visión comparada”, en GARCÍA PÉREZ, R.; LÓPEZ SUÁREZ, M. (Eds.). *Nuevos retos para la Propiedad Intelectual*. II Jornada sobre la Propiedad Intelectual. A Coruña, Servizo de publicación de la Universidad da Coruña, 2008.

SHASHIKANT, S. “Sur propone nueva cláusula del TRIPS contra la biopiratería”, en *Red del Tercer Mundo*. Disponible en <http://www.redtercermundo.org.uy/texto_completo.php?id=3058>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

SHEWOORD, R. *Propriedade Intelectual e desenvolvimento econômico*. São Paulo, Edusp, 1992,

SHIVA, V. *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*. Petrópolis, Vozes, 2001.

SHIVA, V. “As negociações internacionais sobre a imposição de Patentes e os Direitos de Propriedade Intelectual de populações tradicionais de agricultores e as incoerências entre as diretrizes da Convenção sobre Diversidade Biológica e as negociações relativas ao tema que estão em andamento no GATT”, en ARAÚJO, A. V.; CAPOBIANO, J. P. (Orgs.). *Biodiversidade e proteção do conhecimento de comunidades tradicionais*. Resultado dos seminários internos, com convidados realizados nos dias 8 de abril e 25 de julho de 1996. Documento ISA nº. 2, novembro de 1996.

SHIVA, V. “The politics of knowledge at the CDB”, in *Third World Network*. Disponible en <<http://www.twinside.org.sg/title/cbd-cn.htm>>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

SILGUERO, J. “Las acciones colectivas de grupo en España”, en GIDI, A.; FERRER MAC-GREGOR, E. (Coords.). *Procesos colectivos*, Porrúa, México, 2003, p. 350 y ss.

SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Malheiros, 2000.

SILVA, J. C. *O rio, a comunidade e o viver*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, 1999.

SILVA, L. M.; CARDOSO, W. C.; MOREIRA, E. C. P.; SOARES, G. A. “Incentivo à proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: uma proposta de educação ambiental”, en BARROS, B. S.; GARCÉS, C. L. L.; MOREIRA, E. C. P.; PINHEIRO, A. S. F. (Orgs.). *Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais*. Belém, Museu Paraense Emílio Goeldi, Centro Universitário do Pará, 2007, pp. 208-209.

SIMPSON, T. *Patrimonio indígena y autodeterminación*. Gaia, 1997.

SOCORÓ, J. M.; GRAU MORA, J. “Consideraciones sobre la infracción de Patentes”, en *Estudios sobre Derecho Industrial*. Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia en homenaje a Hermenegildo Baylos Corroza. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 1992, pp. 523-538.

SOLER MASOTA, P. “La protección de las ideas por Derecho de Autor”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXII, 2001, Madrid, pp. 485-505.

SORIANO, R. *Los derechos de las minorías*. Sevilla, Editorial MAD, 1999.

SOUZA FILHO, C. F. M. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba, Juruá, 1998.

SQUYRES, M. M. “Trademark practice throughout the world”, in *TMPRWLD* § 32:1, april, 2009.

SRINIVAS, R. K. “Traditional knowledge and Intellectual Property Rights: a note on issues, some solutions and some suggestions”, *3 Asian J. WTO & Int'l Health L. & Pol'y* 81, march, 2008.

STAVENHAGEN, R. (Coord.). *Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina*. México, Colegio de México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1988.

STOLL, P.-T.; HAHN, A. v. “Indigenous peoples, indigenous knowledge and indigenous resources in international law”, in LEWINSKI, S. v. *et al. Indigenous heritage and Intellectual Property: genetic resources, traditional knowledge, and folklore*. New York, Kluwer Law International, 2004.

TATO PLAZA, A. “La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual y los límites al Derecho de Autor: copia privada, canon digital y *press clipping*”, en GARCÍA PÉREZ, R.; LÓPEZ SUÁREZ, M. A. *Nuevos retos para la Propiedad Intelectual*. II Jornada sobre la Propiedad Intelectual y el Derecho de Autor/a realizada en A Coruña, el 22 e 23 de marzo de 2007. A Coruña, Universidade da Coruña, Servizo de publicacións, 2008, p. 09 y ss.

TEN KATE, K.; LAIRD, S. *The commercial use of biodiversity. Access to genetic resources and benefit sharing*. European Commission. Earthscan Publications, UK, 1999.

The Crucible II Group. “*Seeding solution. Options for national laws governing control over genetic resources and biological innovations*”. Vol. 2, Ottawa, IDRC, IPGRI and the Dag Hammarskjold Foundation, 2001.

THOMPSON, A. G. “An untapped resource in addressing emerging infectious diseases: traditional healers”, *6 Ind. J. Global Legal Stud.* 257, fall, 1998.

TOBIN, B. "The role of customary law and practice in the protection of traditional knowledge related to biological diversity", in ANTONS, C. (Ed.). *Traditional knowledge, traditional cultural expressions and Intellectual Property Lay in the Asia-Pacific region*. Netherlands, Max Planck Institute, 2009.

TOBIN, B.; NOEJOVICH, F.; YAÑES, C. *Petroleras, Estado y pueblos indígenas: el juego de las expectativas*. Lima, Defensoría del Pueblo, 1998.

TORBISCO CASALS, N. "La interculturalidad posible: el reconocimiento de derechos colectivos", en LUCAS MARTÍN, F. J. de. *La multiculturalidad. Cuadernos de Derecho Judicial*, VI-2001, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001.

TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S. "Los pueblos indígenas en el orden internacional", *Cuadernos Internacionales*, nº. 2, Madrid, Dykinson, 2001.

TORRENTS, L.; VIDAL-QUADRAS, M. "La doctrina de los equivalentes y su aplicación en España", en *Estudios sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia*. Colección de trabajos en homenaje a Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano. Barcelona, Grupo español de la AIPPI, 2005.

TUSTIN, J. "Traditional knowledge and Intellectual Property in Brazilian biodiversity law", *14 Tex. Intell. Prop. L.J.* 131, spring 2006.

UBERTAZZI, L. C.; AMMENDOLA, M. *Il Diritto d'Autore*. Torino, UTET Libreria, 1993.

UNCTAD-ICTSD. "Property rights: Implications for development", in *Policy Discussion Paper*. Geneva, 2003. Disponible en http://www.iprsonline.org/unctadictsd/Policy%20Discussion%20Paper/PP_Introduction.pdf. Consultada el 01 de abril de 2011.

VALBUENA GUTIÉRREZ, J. A. *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del Derecho Autor*. Granada, Editorial Comares, 2000 (Colección Estudios de Derecho Privado, nº. 15).

VALDÉS DIAS, C. C. "Las obras procedentes de la cultura popular en la legislación de la República de Cuba. Análisis particular de los ritmos musicales. Otras singularidades cubanas", en VALDÉS DIAS, C. C.; ROGEL VIDE, C. *Cultura popular y propiedad intelectual*. Madrid, Aisge, 2011 (Colección de Propiedad Intelectual), pp. 131-152.

VALIENTE LÓPEZ, A. (Compilador). *Derechos de los pueblos indígenas de Panamá*. San José, Impresora Gossestra Intl. S.A., 2002.

VAN DYKE, V. *Human Rights, ethnicity and discrimination*. Westport, Greenwood Press, 1985.

VATTIER FUENZALIDA, C. "La Propiedad Intelectual. Estudio sistemático de la Ley 22/1987", *ADC*, julio-septiembre, 1993.

VÁZQUEZ LÉPINETTE, T. *La cotitularidad de los bienes inmateriales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

VÁSQUEZ LÓPES, V. "Perspectivas de futuro en torno a los límites del Derecho de Autor. Las tendencias internacionales y la posición de la OMPI", en ROGEL VIDE, C. (Coord.). *Los límites de Derecho de Autor*. Madrid, Editorial Reus, 2006 (Colección de Propiedad Intelectual), pp. 295-308.

VEGA VEGA, J. A. "Reflexiones sobre la protección del derecho moral", en ROGEL VIDE, C. (Coord.). *En torno a los derechos morales de los creadores*. Madrid, Editorial Reus, 2003, pp. 111-146.

VEGA VEGA, J. A. *Derecho de Autor*. Madrid, Tecnos, 1990.

VELASCO NIETO, C. E. "Los requisitos de patentabilidad I". *Derecho sobre Propiedad Industrial. Estudios de Derecho Judicial* 35, 2001, pp. 44-80.

VERBEURE, B. "Patent pooling for gene-based diagnostic testing. Conceptual framework", in OVERWALLE, G. V. (Ed.). *Gene patents and collaborative licensing models. Patent pools, clearinghouses, open source models and liability regimes*. Cambridge, University press Cambridge, 2009.

VIANA, G.; SILVA, M.; DINIZ, N. (Orgs.). *O desafio da sustentabilidade: um debate socioambiental no Brasil*. São Paulo, Fundação Perseu Abramo, 2001.

VICENT CHULIÁ, F. *Compendio crítico de Derecho Mercantil*. Tomo I, vol. 1º, 3ª ed., Barcelona, Bosch Editor, 1991.

VICTORIA ROCHA, M. "A originalidade como requisito de protecção da obra pelo Direito de Autor: algumas reflexões", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXII, 2001, Madrid, 2002.

VIDAL-QUADRAS TRIAS DE BES, M. *Estudio sobre los requisitos de patentabilidad, el alcance y la violación del Derecho de Patente*. Barcelona, Bosch, 2005.

VIVAS EUGUI, D.; RUIZ MULLER, M. "Manual explicativo sobre mecanismos para la protección del conocimiento tradicional de las comunidades indígenas en la región andina". *Preparado para la Iniciativa Biocomercio de la UNCTAD*. Ginebra, noviembre, 2001.

WAGER, H. "Biodiversity, traditional knowledge and folklore: work on related IP matters in the WTO", *3 Intercultural Hum. Rts. L. Rev.* 215, 2008.

WANDSCHEER, C. B. *Patentes & conhecimento tradicional: uma abordagem socioambiental da proteção jurídica do conhecimento tradicional*. Curitiba, Juruá, 2004.

WISER, G. "The ayahuasca patent case: indigenous people's stand against misappropriation", in LAIRD, S. A. (Org.). *Biodiversity and traditional knowledge: equitable partnerships in practice*. London, Earthscan Publication LTDA, WWF, UNESCO, Royal Botanic Gardens Key, 2000.

WOLKMER, A. C. (Org.). *Fundamentos da Historia do Direito*. 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

YOUNG-ING, G. *Intellectual Property Rights, legislated protection, sui generis models and ethical access in the transformation of indigenous traditional knowledge*. A thesis submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree of doctor of philosophy. University of British Columbia, October, 2006.

YOUNG, S. "The patentability of maori traditional medicine and the morality exclusion in the patents Act 1953", *This paper submitted in fulfillment of the LLB (Hons) requirements at Victoria University of Wellington*, 2000.

YU, K. P. "Traditional knowledge, Intellectual Property, and indigenous culture", *11 Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 239, summer, 2003.

ZAMUDIO, T. "Conocimiento tradicional en el ámbito internacional", en BARROS, B. S.; GARCÉS, C. L. L.; MOREIRA, E. C. P.; PINHEIRO, A. S. F. (Orgs.). *Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais*. Belém, Museu Paraense Emílio Goeldi, Centro Universitário do Pará, 2007, pp. 9-22.

ZAMUDIO, T. "Relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la protección de los conocimientos tradicionales". Disponible en <<http://www.prodiversitas.bioetica.org>>. Consultada el 29 Marzo de 2011.

ZANETTI JÚNIOR, H. "Direitos coletivos *lato sensu*: a definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos *stricto sensu* e dos direitos individuais homogêneos", en AMARAL, G.; CARPENA, M. L. C. (Coords.). *Visões críticas do Processo Civil*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

ZANIRATO, S. H.; RIBEIRO, W. C. "Conhecimento tradicional e Propriedade Intelectual nas organizações multilaterais", en *Ambiente & Sociedade*, vol. X, nº 1, jan.-jun., Campinas, pp. 39-55, 2007.

ZAPATER ESPÍ, M. J. "Marco jurídico internacional y comunitario para la protección de nuevas Obtenciones Vegetales", en AMAT LLOMBART, P. (Coord.). *La Propiedad Industrial sobre Obtenciones Vegetales y organismos transgénicos*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

ZAVASCKI, T. A. "Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos", *Revista Jurídica*, Porto Alegre, nº. 212, jun., 1995, pp. 16-33.

ZAZZALI, J. C.; MULLER, M. R. "La protección jurídica de los conocimientos tradicionales y sus desafíos", *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, Lima, año 1, nº. 1, 2004.

ZERDA SARMIENTO, Á. *Propiedad Intelectual sobre el conocimiento vernáculo*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2003.

ZERDA SARMIENTO, Á. *Derechos de Propiedad Intelectual sobre conocimiento vernáculo*. Tesis de Doctorado, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Económica, Bogotá, diciembre de 2002.

ZULUAGA, G. “¿Para qué y cómo proteger el conocimiento tradicional? Una experiencia de diálogo intercultural desde la medicina moderna”, en BARROS, B. S.; GARCÉS, C. L. L.; MOREIRA, E. C. P.; PINHEIRO, A. S. F. (Orgs.). *Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais*. Belém, Museu Paraense Emílio Goeldi, Centro Universitário do Pará, 2007, pp. 161-182.

DOCUMENTOS DE ORGANIZACIONES NACIONALES, INTERNACIONALES O SUPRANACIONALES

CAN. “Elementos para la protección *sui generis* de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena”. Documento consensuado por el Grupo de Trabajo de Expertos Indígenas sobre Conocimientos Tradicionales de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), 18 de octubre de 2004. Disponible en <<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/DInformativos/SGdi724.doc>>. Consultada el 28 de marzo de 2011.

CAN. “Decisión 524. Mesa de Trabajo sobre Derechos de los Pueblos Indígenas”. Disponible en <<http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D524.htm>>. Consultada el 28 de marzo de 2011.

CAN. “Decisión 523. Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino”. Disponible en <<http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/d523.HTM>>. Consultada el 28 de marzo de 2011.

CAN. “Decisión 486. Régimen Común sobre Propiedad Industrial”. Disponible en <<http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/d486.HTM>>. Consultada el 28 de marzo de 2011.

CAN. “Decisión 391. Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos”. Sexagesimooctavo período ordinario de sesiones de la Comisión, 02 de julio de 1996, Caracas, Venezuela. Disponible en <<http://www.sice.oas.org/trade/junac/Decisiones/Dec391s.asp>>. Consultada el 28 de marzo de 2011.

CDB. Grupo de Trabajo Especial de composición abierta entre períodos de sesiones sobre el artículo 8.j) y disposiciones conexas del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Quinta reunión, Montreal, 15-19 de octubre de 2007. “Situación de la ejecución de las diversas tareas del programa de trabajo”. Disponible en <<http://www.cbd.int/doc/meetings/tk/wg8j-05/official/wg8j-05-02-add1-es.pdf>>. Consultada el 28 de marzo de 2011.

Comisión de las Comunidades Europeas. Libro verde. Los derechos de autor y los derechos afines en la sociedad de la información. Bruselas, 19 de julio de 1995, COM (95) 382 final. Disponible en <<http://eur-ex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1995:0382:FIN:ES:PDF>>. Consultada el 16 de mayo de 2011.

Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del Derecho de Autor y de determinados Derechos Afines (versión codificada).

Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los Derechos de Autor y Derechos Afines a los Derechos de Autor en la sociedad de la información, en DOCE 167/2001, de 22 junio de 2001 (EDL 2001/22888).

FAO. Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura. Disponible en <<http://www.fao.org/ag/CGRFA/Spanish/itpgr.htm>>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

INDECOPI: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. “Manual explicativo de la Ley 27.811, régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos”. Disponible en <<http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/portalcopi/archivos/docs/articulos/106-2005-1/Manual%20Explicativo%20de%20la%20Ley%2027811.pdf>>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

OIT. “Convenio n°. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, 1989. Disponible en <<http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

OMC. Doc. W/GC/W/566. Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio. Relación entre el acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la protección de los conocimientos tradicionales. “Modificación del Acuerdo sobre los ADPIC a efectos de introducir la obligación de divulgar el origen de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales en las solicitudes de patentes”, 14 de junio de 2006.

OMC. Doc. IP/C/W/370/Rev.1. Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio. “Protección de los conocimientos tradicionales y el folclore: resumen de las cuestiones planteadas y de las observaciones formuladas”, 9 de marzo de 2006. Disponible en <http://www.wto.org/english/tratop_e/TRIPS_e/ipcw370r1.doc>. Consultada el 30 de marzo de 2011.

OMC. Doc. IP/C/W/469. Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. “Párrafo 3 b) del artículo 27, relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore”, 3 de marzo de 2006.

OMC. Doc. IP/C/W/368/rev.1. Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. “La relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Resumen de las cuestiones planteadas y las observaciones formuladas”, revisión, 8 de febrero de 2006.

OMC. Doc. IP/C/W/459. Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio. “Relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la protección de los conocimientos tradicionales. Observaciones técnicas sobre la comunicación de los Estados Unidos (IP/C/W/449) formuladas por Bolivia, el Brasil, Colombia, Cuba, la India y el Pakistán”, 18 de noviembre de 2005.

OMC. Doc. IP/C/W/443. Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio. “La relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la protección de los conocimientos tradicionales. Observaciones técnicas sobre cuestiones planteadas en una comunicación de los Estados Unidos (IP/C/W/434)”, 18 de marzo de 2005.

OMC. Doc. IP/C/W/383. Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio. “Comunicación de la Comunidad Europea y sus Estados miembros: examen del párrafo 3 b) del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC y la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Biodiversidad Biológica y la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore”, 17 de octubre de 2002.

OMC. Doc. IP/C/W/356. Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio. “Relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la protección de los conocimientos tradicionales”, 24 de junio de 2002.

OMC. Declaración Ministerial de Doha. Disponible en <<http://scm.oas.org/reference/spanish/comercio/declaracion%20de%20doha%20dec1-spa.doc>>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

OMC. Doc. IP/C/W/165. Comunicación de Bolivia, Colombia, Ecuador, Nicaragua y Perú.

OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/18/4. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “La protección de las expresiones culturales tradicionales: proyecto de artículos”, 18 de febrero de 2011. Disponible en <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_18/wipo_grtkf_ic_18_4.doc>. Consultada el 14 de abril de 2011.

OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/17/5. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “La protección de los conocimientos tradicionales: objetivos y principios revisados”, 15 de septiembre de 2010. Disponible en <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_17/wipo_grtkf_ic_17_5.doc>. Consultada el 04 de abril de 2011.

OMPI. Doc. SPC/15/2. “Adenda al informe sobre el sistema internacional de patentes: revisión del anexo II del documento SCP/12/3 REV.2”, 2 de septiembre de 2010. Disponible en <www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/es/scp_15/scp_15_2_add.doc>. Consultada el 21 de abril de 2011.

OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/17/4. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “La protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore: proyecto de objetivos y principios”, 7 de junio de 2010. Disponible en <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_17/wipo_grtkf_ic_17_4_pro_v.doc>. Consultada el 04 de abril de 2011.

OMPI. Doc. SCP/12/3 Rev.2. “Informe sobre el sistema internacional de patentes”, 3 de febrero de 2009. Disponible en <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/es/scp_15/scp_15_2-annex1.pdf>. Consultada el 21 de abril de 2011.

OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “Proyecto de análisis de las carencias en la protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore”, 11 de octubre de 2008. Disponible en <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_13/wipo_grtkf_ic_13_4_b_rev.pdf>. Consultada el 06 de mayo de 2011.

OMPI. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “Proyecto de análisis de carencia en materia de protección de conocimientos tradicionales”, 30 de mayo de 2008. Disponible en <http://www.wipo.int/tk/es/igc/doc/tk_gap_analysis.doc>. Consultada el 06 de abril de 2011.

OMPI. Doc. WIPO/GRTF/IC/12/5(a), Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “Reproducción del documento WIPO/GRTKF/IC/9/5: ‘la protección de los conocimientos tradicionales: revisión de objetivos y principios’”. 6 de diciembre de 2007.

OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/11/5(c). Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. Reproducción del documento WIPO/GRTKF/IC/9/5: “La protección de los conocimientos tradicionales: revisión de objetivos y principios”, 26 de abril de 2007.

OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/11/4(c). Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. Reproducción del documento WIPO/GRTKF/IC/9/4, “La protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore: objetivos y principios revisados”, 26 de abril de 2007.

OMPI. “Customary Law & the Intellectual Property System in the protection of traditional cultural expressions and traditional knowledge”, *Draft customary law issues paper*, december, 2006. Disponible en <www.wipo.int/tk/en/consultations/customary_law/issues-revised.pdf>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/10/5. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “La protección de los conocimientos tradicionales: proyectos de objetivos y principios”, 2 de octubre de 2006.

OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/9/5. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “La protección de los conocimientos tradicionales. Revisión de objetivos y principios”, 9 de enero de 2006. Disponible en <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_9/wipo_grtkf_ic_9_5.pdf>. Consultada el 04 de abril de 2011.

OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/9/4. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “La protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore: objetivos y principios revisados”. Anexo: Disposiciones revisadas para la protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore objetivos políticos y principios fundamentales. Ginebra, 9 de enero de 2006. Disponible en http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_9/wipo_grtkf_ic_9_4.doc. Consultada el 29 de marzo de 2011.

OMPI. “Propiedad Intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore: fuentes de información”, 2006. Disponible en http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/es/consultations/draft_provisions/pdf/draft-provisions-booklet.pdf. Consultada el 29 de marzo de 2011.

OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/8/8/REV. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “Reconocimiento de los conocimientos tradicionales en el sistema de patentes: borrador provisional”, 3 de junio de 2005.

OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/7/4. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “La protección de las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore: esquema de las opciones políticas y los mecanismos jurídicos”, de 27 de agosto de 2004. Disponible en http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_7/wipo_grtkf_ic_7_4.pdf Consultada el 29 de marzo de 2011.

OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/6/3. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “Las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore: opciones políticas y jurídicas”, 1 de diciembre de 2003. Disponible en http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_6/wipo_grtkf_ic_6_3.doc. Consultada el 05 de mayo de 2011.

OMPI. Doc. IP/C/W/403. Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. “The relationship between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity and the protection of traditional knowledge”. Submission by Bolivia, Brazil, Cuba, Dominican Republic, Ecuador, India, Perú, Thailand, Venezuela, 24 June 2003. Disponible en <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/IP/C/W403.doc>. Consultada el 29 de marzo 2010.

OMPI. Doc. IP/C/W/356. “The relationship between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity and the protection of traditional knowledge”, 24 June 2002. Disponible en http://commerce.nic.in/trade/international_trade_matters_agreement_trips_submissions_14.asp. Consultada el 05 de abril de 2010.

OMPI. Doc. WIPO/GRTKF/IC/3/9. Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore. “Traditional knowledge: operational terms and definitions”, 20 de mayo de 2002. Disponible en <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_13/wipo_grtkf_ic_13_5_a.pdf> Consultada el 29 de marzo de 2011.

OMPI. Doc. WIPO/GTKF/IC/3/8. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “Elementos de un sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales”, 29 de marzo de 2002. Disponible en <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_3/wipo_grtkf_ic_3_8.pdf>. Consultada el 07 de mayo de 2011.

OMPI. Doc. WIPO/GTKF/IC/3/10. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “Informe final sobre las experiencias nacionales en materia de protección jurídica de las expresiones del folclore”, 25 de marzo de 2002. Disponible en <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_3/wipo_grtkf_ic_3_10.pdf>. Consultada el 04 de mayo de 2011.

OMPI. Doc. OMPI/GRTKF/IC/2/6. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. “Informe sobre la marcha de la labor relativa a la inclusión de los conocimientos tradicionales en el estado de la técnica”, 1 de julio de 2001. Disponible en <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_2/wipo_grtkf_ic_2_6.pdf>. Consultada el 04 de mayo de 2011.

OMPI. “General Declaration of the United States of America to the First Session of the WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore”, May 1, 2001.

OMPI. “Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de Propiedad Intelectual. Informe relativo a las misiones exploratorias sobre Propiedad Intelectual y conocimientos tradicionales (1998-1999)”, Ginebra, OMPI, 2001. Disponible en <<http://www.rimisp.org/getdoc.php?docid=6588>>. Consultada el 10 de abril de 2011.

OMPI. “Comentarios al Proyecto de Disposiciones Tipo para Leyes Nacionales en Material de Derecho de Autor”, Ginebra, 1989.

OMPI. Guía del Convenio de Berna. Ginebra, 1978.

OMPI. “Propiedad Intelectual y Expresiones Culturales Tradicionales o del Folclore”, *Folleto n.º 1*. Disponible en <http://www.wipo.int/freepublications/es/tk/913/wipo_pub_913.pdf>. Consultada el 04 de mayo de 2011.

OMPI. “Propiedad Intelectual y Conocimientos Tradicionales”, *Folleto n.º 2*. Disponible en <http://www.wipo.int/freepublications/es/tk/920/wipo_pub_920.pdf>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

OMPI/OMC. “Integrating Intellectual Property Rights and development policy”, in *Report of the Commission on Intellectual Property Rights*. London, september, 2002. Disponible en http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/final_report/CIPRfullfinal.pdf. Consultada el 29 de marzo de 2011.

OMS. “Medicina tradicional”. Nota descriptiva nº. 134, Ginebra, 2010. Disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs134/es/>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

OMS. “La atención primaria de la salud, más necesaria que nunca. Informe sobre la salud en el mundo 2008. Introducción y panorámica”, Ginebra, 2008. Disponible en http://www.who.int/whr/2008/08_overview_es.pdf. Consultada el 29 de marzo de 2011.

OMS. “Estrategia de la OMS sobre medicina tradicional 2002-2005”, Ginebra, 2002. Disponible en http://whqlibdoc.who.int/hq/2002/WHO_EDM_TRM_2002.1_spa.pdf. Consultada el 29 de marzo de 2011.

OMS. Doc. WHO/EDM/TRM/2000.1. “Pautas generales para las metodologías de investigación y evaluación de la medicina tradicional”, Ginebra, 2002. Disponible en <http://apps.who.int/medicinedocs/pdf/s4930s/s4930s.pdf>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

OMS. “Declaración de Alma-Ata”. Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, Alma-Ata, URSS, 6-12 de septiembre de 1978. Disponible en http://www.paho.org/Spanish/dd/pin/alma-ata_declaracion.htm. Consultada el 29 de marzo de 2011.

ONU. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Resolución aprobada por la Asamblea General, 13 de septiembre de 2007. Disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/drip.html>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

ONU. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. “Informe sobre la reunión de expertos en sistemas y experiencias nacionales de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, celebrada en el Palacio de las Naciones, Ginebra, del 30 de octubre al 1 de noviembre de 2000”, Ginebra, 07 de diciembre de 2000. Disponible en <http://www.unctad.org/sp/docs/c1em13d3.sp.pdf>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

ONU. Doc. E/CN.4/Sub.2/1995/26 en su forma revisada en E/CN.4/Sub.2/2000/26. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. 47º período de sesiones. “Discriminación contra las poblaciones indígenas protección del patrimonio de los pueblos indígenas”. Informe definitivo de la Relatora Especial, Sra. ERICA-IRENE DAES, presentado en virtud de la resolución 1993/4 y de la decisión 1994/105 de la Comisión de Derechos Humanos. Disponible en <<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/3d02b71f4de97cb2802566d4003eff08?Opendocument>>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

ONU. “Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales”. Adoptada en París, 14 de noviembre de 1970, entrada en vigor el 24 de abril de 1972. Disponible <http://www.cinu.org.mx/eventos/cultura2002/doctos/conv_vs_imptraf.htm>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

UNCTAD-ICTSD. “Intellectual Property Rights: Implications for Development”, in *Policy Discussion Paper*, Ginebra, 2003. Disponible en <http://www.iprsonline.org/unctadictsd/Policy%20Discussion%20Paper/PP_Introduction.pdf> Consultada el 01 de abril de 2011

UNESCO. “Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales”, París, 20 de octubre de 2005. Disponible en <http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31038&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

UNESCO. “Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial”, París, 17 de octubre de 2003. Disponible en <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540s.pdf>>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

UNESCO. “Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular”. Adoptada por la 25ª Conferencia General de la UNESCO, París, 15 de noviembre de 1989. Disponible en <http://www.lacult.org/doc/CULTRADICIONAL_POPULAR2002.doc>. Consultada el 16 de mayo de 2011.

UNESCO. “Disposiciones Revisadas para la Protección de las Expresiones Culturales Tradicionales/Expresiones del Folclore”, 1982.

UNESCO. “Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales”, 1970.

RECURSOS LEGISLATIVOS CITADOS

Ley argentina n°. 24.481, de 20 de marzo de 1996, que regula las patentes de invención y modelos de utilidad, publicada en el B.O. 22 de marzo de 1996.

Ley argentina n°. 23.302 de 1985, sobre política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes. Objetivos. Comunidades indígenas. Instituto Nacional de Asuntos Indígenas. Adjudicación de tierras. Planes de educación, salud y vivienda, promulgada 8 de noviembre de 1985. Disponible en <<http://www.desarrollosocial.gob.ar/Uploads/i1/Institucional/Ley%2023.302-1985%20-%20Pol%C3%ADtica%20Ind%C3%ADgena.pdf>>. Consultada el 05 de abril de 2011.

Ley boliviana n°. 1.322, de 13 de abril de 1992, sobre derecho de autor, publicada en la Gaceta Oficial de Bolivia n°. 1.734, el 24 de abril de 1992. Disponible en <<http://www.wipo.int/clea/es/details.jsp?id=494>>. Consultada el 31 de marzo de 2011.

BRASIL. Ministério da Cultura. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Fundação Nacional de Arte. "O registro do patrimônio Imaterial. Propostas, experiências e regulamentos internacionais sobre a proteção do patrimônio cultural imaterial". Dossiê final das atividades da comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial. Brasília, julho de 2003.

Decreto brasileño n°. 4.339, de 22 de agosto de 2002, que instituye principios y directrices para la implementación de la política nacional de la biodiversidad, publicado en el Diario Oficial da União el 23 de agosto de 2002. Disponible en <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4339.htm>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

Ley Provisional brasileña n°. 2.186-16, 23 de agosto de 2001, que reglamenta el inciso II del § 1 y el § 4 del art. 225 de la Constitución, los arts. 1, 8, alínea "j", 10, alínea "c", 15 y 16, alíneas 3 y 4 del Convenio sobre Diversidad Biológica, dispone sobre el acceso al patrimonio genético, a la protección y el acceso al conocimiento tradicional asociado, a la repartición de beneficios y el acceso a la tecnología y transferencia de tecnología para su conservación y utilización, y da otras providencias, publicada en el Diario Oficial de la União el 24.08.2001. Disponible en <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2186-16.htm>. Consultada el 30 de marzo de 2011.

Ley Provisional brasileña nº. 2,052, de 29 de junio de 2000, que reglamenta el inciso II del § 1 y el § 4 del art. 225 de la Constitución, los arts. 1, 8, alinea "j", 10, alinea "c", 15 y 16, alineas 3 y 4 del Convenio sobre Diversidad Biológica, dispone sobre el acceso al patrimonio genético, a la protección y el acceso al conocimiento tradicional asociado, a la repartición de los beneficios y el acceso a la tecnología y a la transferencia de tecnología para su conservación y utilización, y da otras providencias, publicada en el Diario Oficial da União el 30 de junio de 2000. Disponible en <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas/2052.htm> Consultada el 29 de marzo de 2011.

Ley brasileña nº. 9.610, de 19 de febrero de 1998, sobre derecho de autor, publicada en el Diario Oficial de la Unión el 20 de febrero de 1998. Disponible en <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9610.htm>>. Consultada el 05 de mayo de 2011.

Ley brasileña nº. 9.279, de 14 de mayo de 1996, que regula derechos y obligaciones relativos a la propiedad industrial, publicada en el Diario Oficial da União el 15 de mayo de 1996. Disponible en <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

Constitución de la República Federativa de **Brasil** de 1988. Brasilia, Editora do Senado, 1998.

Ley ecuatoriana nº. 83, sobre propiedad intelectual, publicada en el Registro Oficial nº. 320, el 19 de Mayo de 1998. Disponible en <<http://www.wipo.int/clea/es/details.jsp?id=1205>>. Consultada el 31 de marzo de 2011.

Constitución de la Republica del **Ecuador**. Texto disponible en <<http://www.ecuanex.net.ec/constitucion/indice.html>>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

Constitución española 1978. Madrid, D. L., 2003.

Ley española nº. 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en Boletín Oficial del Estado, nº. 162, de 8 de julio del 2006.

Ley española nº. 1, de 7 de enero de 2000, Ley de Enjuiciamiento Civil, publicada en el BOE nº. 7, de 8 de enero de 2000.

Ley española nº. 11/1986 de 20 de marzo, de patentes de invención y modelos de utilidad. BOE 26-3-1986, nº. 73.

Ley de Filipinas nº. 8.423, de 1997, sobre la "traditional and alternative medicine". Disponibles en <<http://www.prodiversitas.bioetica.org/8423fil.htm>>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

Ley Federal de México sobre derecho de autor. Última reforma publicada DOF el 23 de julio de 2003. Disponible en <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/122.pdf>>. Consultada el 16 de mayo de 2011.

Ley panamena n°. 20, del 26 de junio de 2000, sobre el régimen especial de propiedad intelectual sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas para la protección y defensa de su identidad cultural y de sus conocimientos tradicionales, publicado en la Gaceta Oficial n°. 24.083, el 27 de junio de 2000. Disponible en <<http://www.indigenas.bioetica.org/20pan.htm>>. Consultada el 04 de abril de 2011.

Ley panamena n°. 15, de 8 de agosto de 1994, sobre derecho de autor y derechos conexos y se dictan otras disposiciones, publicada en la Gaceta Oficial n°. 22.598, el 10 de agosto de 1994. Disponible en <<http://www.cerlalc.org/documentos/panama.htm>>. Consultada el 04 de abril de 2011.

Ley paraguaya n°. 1.328, de 20 de agosto de 1998, sobre derecho de autor y derechos conexos, promulgada el 27 de agosto de 1998. Disponible en <http://www.wipo.int/clea/docs_new/pdf/es/py/py001es.pdf>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

Ley peruana n°. 28.216, sobre la protección al acceso a la diversidad biológica peruana y los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas, promulgada el 30 de abril de 2004. Disponible en <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/6773>>. Consultada el 30 de abril de 2011.

Ley peruana n°. 27.811, de 24 de julio de 2002, que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos, promulgada el 8 de agosto de 2002. Disponible en <http://www.wipo.int/clea/es/text_pdf.jsp?lang=ES&id=3420>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

Ley peruana n°. 26.839, sobre la conservación y el aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica, promulgada el 08 de julio de 1997, publicada el 16 de julio de 1997. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/comisiones/1996/ambiente/lib05/LEY26839.HTM>. Consultada el 29 de marzo de 2011.

Decreto Legislativo peruano n°. 822, de 23 de abril de 1996, Ley sobre derecho de autor, publicada en el Diario Oficial el 24 de abril de 1996. Disponible en <<http://www.wipo.int/clea/es/details.jsp?id=3412>>. Consultada el 31 de marzo de 2011.

Ley orgánica de pueblos y comunidades indígenas de **Venezuela**, que entró en vigencia y fue publicada en la Gaceta Oficial número 38.344, el 27 de diciembre de 2005. Disponible en <<http://www.enlaceindigenas.gob.ve/doc/LEYORGANICADEPUEBLOSYPUNTADECOMUNIDADESINDIGENAS.pdf>>. Consultada el 04 de abril de 2011.

Ley venezolana de diversidad biológica, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Año CXXVII, Caracas, el 24 de mayo de 2000, n°. 5468. Disponible en <http://www.grain.org/brl_files/VEN%20Ley%20de%20Biodiversidad%202000.pdf>. Consultada el 04 de abril de 2011.

Constitución de la República Bolivariana de **Venezuela**. Publicada en Gaceta Oficial del jueves 30 de diciembre de 1999, n°. 36.860. Disponible en <<http://www.eumed.net/oe-vess/normas/Constitucion%20de%20la%20Republica%20Bolivariana%20de%20Venezuela.htm>>. Consultada el 29 de marzo de 2011.