



## ARTÍCULO

# La protección de los conocimientos tradicionales desde una perspectiva económica<sup>☆</sup>

Juan Carlos García-Bermejo

*Departamento de Análisis Económico, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, España*

Recibido el 5 de diciembre de 2011; aceptado el 12 de diciembre de 2011

### CÓDIGOS JEL

D69  
O34

### PALABRAS CLAVE

Conocimientos tradicionales;  
Protección de los conocimientos tradicionales;  
Apropiación indebida;  
Consentimiento fundamentado previo;  
Participación equitativa en los beneficios;  
Propiedad intelectual;  
Propiedad industrial

**Resumen** El artículo se centra en la propuesta de protección de los conocimientos tradicionales (CCTT) plasmada en los documentos elaborados por la secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. En un primer momento, se destacan los rasgos de esa propuesta de protección que pueden resultar más determinantes desde el punto de vista económico. En segundo lugar, se analiza cómo pueden desarrollarse los distintos tipos de intercambios bajo esa protección. Respecto de los intercambios en los que la transferencia de conocimientos desempeña un papel destacado, el artículo subraya los problemas de asimetrías informativas que pueden operar en contra de los intereses de las comunidades. De donde se desprende que puede ser muy conveniente por lo general que las comunidades cuenten con algún apoyo externo, preferentemente público. Respecto de los intercambios de productos derivados de los CCTT se argumenta que otras medidas de desarrollo más directas que la protección pueden ser más efectivas. Y se subraya la ayuda que los signos distintivos como las marcas colectivas, las denominaciones de origen protegidas y las indicaciones geográficas protegidas pueden prestar. En una sección posterior, se compara, contraponiéndolas, la orientación y justificación de la protección propuesta en la documentación mencionada con la visión que la Economía del Bienestar ofrece de la propiedad intelectual e industrial. El artículo finaliza sugiriendo que, no obstante lo anterior, el proceso de internacionalización del sistema de la propiedad intelectual e industrial puede justificar, por razones de reciprocidad, medidas o sistemas de protección de los CCTT.

© 2011 Asociación Cuadernos de Economía. Publicado por Elsevier España, S.L. Todos los derechos reservados.

<sup>☆</sup>Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto FONCICYT 95255, titulado 'Conservación, desarrollo, aprovechamiento social y protección de los conocimientos y recursos tradicionales en México'.

Correo electrónico: jcgbermejo@gmail.com (J.C. García Bermejo).

## JEL CLASSIFICATION

D69

O34

## KEYWORDS

Traditional knowledge;  
Protection of traditional knowledge;  
Unlawful conversion;  
Prior informed consent;  
Equitable benefits sharing;  
Intellectual property;  
Industrial property

## Protection of traditional knowledge from an economics perspective

## Abstract

This article focuses on the proposal of the protection of traditional knowledge expressed in documents prepared by the Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, of the World Intellectual Property Organisation. Firstly, the characteristics of this protection proposal that could result in more determining factors from an economics point of view are highlighted. Secondly, an analysis is made of how the different types of exchanges covered by this protection may be developed. As regards the exchanges in which the transfer of knowledge plays an important role, the article underlines the problems of informational asymmetry that can work against the interests of the community. From where it emerges that it may be generally more advisable that the communities have some external, preferably public, support. As regards exchanges of products arising from traditional knowledge, it is argued that the protection may be more effective by other more direct means. The help of distinctive signs, such as collective marks, is underlined, as well as protected denominations of origin, and protected geographic indications that may be used. In a later section, a comparison is made by contrasting the orientation and justification of the protection proposal in the previously mentioned documents with the justification that Welfare Economics offers to intellectual and industrial property. The article ends by suggesting that, notwithstanding the aforementioned, the internationalisation process of the intellectual and industrial property may justify, for reasons of reciprocity, measures or protection of traditional knowledge.

© 2011 Asociación Cuadernos de Economía. Published by Elsevier España, S.L. All rights reserved.

## 1. Introducción

El objetivo principal de este artículo es analizar la propuesta de protección *sui generis* contenida en varios documentos elaborados por la secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en aras de la brevedad, a partir de ahora nos referiremos frecuentemente a esos documentos y a la propuesta que contienen como los documentos y la propuesta "de referencia"). En la sección segunda se destacan los aspectos más notorios de esa propuesta.

Aunque no sea su única ni su principal finalidad, el tipo de protección propuesto en los documentos mencionados persigue tener unos efectos económicos beneficiosos para la comunidad titular de los conocimientos. En la sección tercera de este trabajo se comentan algunos aspectos problemáticos de la propuesta de referencia desde la perspectiva de esa finalidad, subrayándose la práctica necesidad de apoyo externo, preferiblemente público, para que la propuesta fuera efectiva<sup>1</sup>.

Por su parte, en la sección cuarta abordamos otro asunto. La propuesta de referencia sobre la protección de los CCTT está concebida, según se afirma en los documentos de referencia, desde la perspectiva de la propiedad inte-

lectual e industrial (PI), y especialmente desde la segunda. Argumentaremos que, a pesar de ello, la concepción de fondo que subyace o acompaña a esa propuesta difiere de manera muy acusada de la interpretación y justificación que se da a la propiedad intelectual e industrial en el marco de la Economía del Bienestar.

Se acepta comúnmente que los conocimientos tradicionales, por su propia naturaleza, no se prestan a ser protegidos por el sistema vigente de la propiedad intelectual e industrial (en adelante "sistema PI") y requieren de un tipo *sui generis* de protección. Esta idea puede interpretarse en el sentido de que el sistema PI debe ser extendido para cubrir esa protección<sup>2</sup>. En esa dirección, la propuesta de referencia, que se presenta como configurada a partir de la perspectiva de la propiedad intelectual e industrial, debería ser un ejemplo de esa ampliación. Sin embargo, la interpretación prevalente en Economía sobre el sistema PI ayuda a percibir que en esa propuesta no se trata sólo de añadir un conjunto de medidas y previsiones para extender el mismo tipo de protección a una materia de carácter distintivo, sino que introduce una contraposición de concepciones de fondo sobre el alcance que debe tener un sistema de protección de ideas o de conocimientos. La protección de los conocimientos tradicionales que se desarrolla en la propuesta que se comenta en este trabajo estaría más cerca de interpretaciones y justificaciones del sistema de la propiedad intelectual (derechos de autor) basadas en el reconocimiento del derecho de propiedad sobre las propias creaciones intelectuales o en la filosofía de la personalidad.

1. Como es natural, no pretendemos dar a entender que no haya razones para proteger los CCTT con independencia de sus efectos económicos, razones que puedan considerarse incluso de mayor calado que los beneficios que pueda generar la protección. Simplemente, sucede que nuestro cometido en este trabajo es resaltar algunos aspectos de esos efectos. Otra cuestión es la sostenibilidad de CCTT que no redunden en beneficio de sus comunidades.

2. Sobre otras formas de enfocar las propuestas *sui generis* de protección de los CCTT, puede verse Caldas (2004; pp. 136 y ss.).

## 2. El esquema de protección de los CCTT propuesto en la documentación de referencia

Tratándose de proteger conocimientos, aunque su carácter sea especial, resulta natural preguntarse hasta qué punto puede contribuir a esa finalidad el sistema PI. O dada la naturaleza eminentemente técnica y práctica que se destaca en los CCTT concebidos en sentido estricto, frente al carácter predominantemente estético de las expresiones culturales tradicionales, la pregunta podría centrarse en el sistema de la propiedad industrial, y específicamente en el derecho de patentes. La perspectiva de la propiedad intelectual (derechos de autor) se considera como la más apropiada en relación con la protección de las expresiones culturales tradicionales<sup>3</sup>.

### 2.1. Aplicabilidad limitada del derecho de patentes y necesidad de una protección *sui generis*

El derecho de patentes puede ser y ha sido aplicado en la protección de los CCTT en varios supuestos. Por ejemplo, puede amparar la concesión de patentes a invenciones derivadas del conocimiento tradicional, tanto si se considera o como si no que formen parte *sensu stricto* de los CCTT (véase a este efecto OMPI, 2010a). Aunque con limitaciones que sería muy deseable eliminar, puede ser empleado, asimismo, para impedir que se concedan patentes ilegítimas o fraudulentas, logrando, por ejemplo, que los CCTT se tengan en cuenta como parte del estado de la técnica en el examen de las solicitudes correspondientes en los diferentes países o sistemas de registro y examen. Es la aplicación preventiva, o defensiva “*ex ante*” del derecho de patentes. Y, como la otra cara de la misma moneda, puede servir asimismo para fundamentar denuncias de invalidez contra patentes fraudulentas o concedidas de manera irregular, aunque aquí también se tropiece con limitaciones en las legislaciones de algunos países interesados que también sería deseable eliminar. Es la función defensiva “*ex post*” del derecho mencionado.

Sin embargo y aparte del problema planteado por la naturaleza colectiva de los CCTT, hay dos razones básicas por las que el derecho de patentes no se considera el instrumento más adecuado para proteger esos conocimientos<sup>4</sup>. Por un lado, los requisitos de novedad y actividad inventiva (no-obviedad) que se exigen de las invenciones para poder ser patentadas. Por el otro, el hecho de que la patente sea a partir de cierto momento un documento a disposición del público, con la consiguiente divulgación de la invención. Traducido al terreno de los CCTT, eso significaría su divulgación y puesta a disposición del público, cuando lo que se pretende es en gran medida que el acceso a esos conocimientos esté sujeto a un control completo por parte de las

comunidades afectadas. Por todo ello, parece haber un consenso amplio sobre la necesidad de articular un tipo *sui generis* de protección cuando el objeto a proteger son los CCTT (véase, por ejemplo, Cottier y Panizzon, 2004, o Caldas, 2004, pp. 131 y ss.).

Como las propuestas de protección *sui generis* pueden ser muy diversas, en este trabajo hemos seleccionado la propuesta de protección *sui generis* que se expone en varios documentos elaborados por la secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Esos documentos han sido objeto de análisis y comentarios por parte de un conjunto muy amplio de expertos de diversos países, y pretenden reflejar los elementos básicos de la protección tal como se concibe ésta entre esos expertos y se materializa en las legislaciones de esos países. Lejos pues de constituir una propuesta particular más, se trata de una propuesta confeccionada para aglutinar o sintetizar un conjunto muy relevante de puntos de vista sobre el problema.

Además, el cometido inmediato que se atribuye a los documentos es bastante específico. No pretenden ser guías para la actuación política en general. Pretenden ofrecer un esquema articulado que sirva a los responsables nacionales para desarrollar cuerpos legales de protección de los CCTT. Se trata, por lo tanto, de una propuesta de tipo jurídico, que en su versión más específica se concreta en 14 artículos, lo que permite manejarla con facilidad. Facilidad que se extiende al tratamiento de los objetivos políticos y criterios reguladores que acompañan la propuesta.

Esas ventajas, sin embargo, se ven mermadas por el alto nivel de generalidad y falta de concreción en relación con múltiples cuestiones relevantes, características que son una consecuencia de cómo se concibe la propuesta. En efecto y como ha quedado apuntado más arriba, ésta no pretende constituir un instrumento jurídico efectivo, sino una especie de versión o guía esquemática que debiera ser desarrollada, completada, concretada y precisada en las legislaciones nacionales. Es natural que un planteamiento así se mueva en un nivel elevado de vaguedad y ambigüedad en puntos importantes. Aunque también es cierto que la orientación general de la propuesta se percibe con bastante nitidez<sup>5</sup>.

### 2.2. Idea genérica de protección y propuesta específica desde la perspectiva de la PI

A esa ambigüedad contribuye también la diversidad de sentidos en los que se concibe la protección de los CCTT, así como los diferentes y múltiples objetivos que se asocian con ella. Es preciso advertir que cuando más arriba hablábamos de que se trata de una propuesta claramente articulada y manejable, nos estábamos refiriendo al sentido más específico en el que se entiende la protección de los CCTT en la documentación de referencia. Es un esquema de desarrollo jurídico de la protección, considerada desde la perspectiva de la PI, y en especial, de la propiedad industrial. Pero junto a ese sentido más concreto y especializado, la documentación de referencia se hace eco de una concepción de la protección de los CCTT mucho más general y diversa, deri-

3. Emplearemos las expresiones “bienes derivados” y “productos derivados” en un sentido análogo pero diferente al habitual en la literatura sobre la PI. En ese sentido, un bien derivado de los CCTT de una comunidad es un bien producido aplicando esos CCTT. (Sobre el significado habitual de la expresión “bienes derivados” en la literatura puede verse Landes y Posner, 2006).

4. Naturalmente, según la postura de fondo que se mantenga sobre la naturaleza de los CCTT y de los derechos asociados con ellos, las razones para rechazar el sistema de la propiedad industrial como el marco adecuado para proteger los CCTT pueden ser más y de carácter más general. Puede verse a este efecto Caldas (2004; pp. 126 y ss.).

5. Sobre un tipo de posiciones que descartan las propuestas de la OMPI por su enfoque global puede verse Caldas (2004; pp. 136 y ss.).

vada en parte de la propia naturaleza del objeto y de los derechos a proteger, y que exige una gama más amplia y diversa de instrumentos y medidas de protección

Así, se indica expresamente, por ejemplo, que la protección de los CCTT plantea actuaciones políticas complementarias destinadas a fomentar, por ejemplo, la innovación y la creatividad en el contexto tradicional, así como la propia explotación comercial de los CCTT si esa explotación es decidida por la comunidad. Análogamente, se mencionan y comentan también objetivos orientados a fomentar el reconocimiento social del valor de estos conocimientos.

Y de manera más general se habla de una concepción “holística” de los CCTT y de su protección. De acuerdo con ese punto de vista, el objeto a proteger no se limita sólo a los CCTT en sentido estricto. Abarca todo el sistema cultural de creencias y valores del que esos CCTT forman parte, y del que, junto a las costumbres y normas consuetudinarias, depende la conservación y el desarrollo de los propios CCTT. De donde se deriva el carácter distintivo de los CCTT que se subraya en los documentos de referencia al compararlos con los conocimientos protegidos habitualmente por el sistema de la PI. No sólo por formar parte de la identidad cultural de las comunidades, sino porque, por ejemplo, la protección brindada por el secreto puede estar considerada en la comunidad como algo sagrado, de manera que su violación puede estar considerada como una infracción notablemente más grave que una mera deslealtad o una infracción de un deber de confidencialidad.

En un sentido paralelo y en relación con las dimensiones que plantea la protección de los CCTT en otras esferas importantes de la política general, se mencionan entre otras, *a)* el respeto de los derechos, los intereses y las reivindicaciones de las poblaciones indígenas y otras comunidades tradicionales; *b)* los desafíos que plantea la pluralidad cultural, y *c)* la promoción de la diversidad cultural, la idiosincrasia, los valores y creencias específicas de unos y otros sistemas de conocimientos (véase OMPI, 2008, apartados 15-18).

Adicionalmente, también se menciona la necesidad de coordinar la protección de los CCTT, tanto en el plano nacional como el internacional, con otros instrumentos jurídicos y objetivos políticos de protección en contextos relacionados, como por ejemplo, la protección de la biodiversidad y de los recursos genéticos, o el reconocimiento de los derechos de los agricultores y la protección de los recursos fitogenéticos.

Pero una vez subrayada la naturaleza pluridimensional y globalizadora de la idea general de protección dibujada en los documentos, éstos se centran en desarrollar una idea de protección mucho más específica, que es la que analizamos en este trabajo.

Sobre esa idea más específica de protección se dice expresamente que se adopta desde la perspectiva concreta de la PI. En realidad, la perspectiva adoptada es todavía más concreta: es la de la propiedad industrial, dada la naturaleza eminentemente técnica y práctica que se destaca en los CCTT concebidos en sentido estricto.

La diferenciación de los CCTT en sentido estricto tiene que ver con las relaciones entre éstos y las expresiones culturales tradicionales. Ambos están tan íntimamente entrelazados que puede hablarse con pleno sentido de los CCTT como un concepto que engloba unos y otras. Fundamentalmente, por formar parte de un único sistema de valores y creencias. Pero además de eso porque los CCTT se incorporan, por

ejemplo, en el diseño y producción de los propios objetos, construcciones y atuendos originales tradicionales. Sin embargo y aunque la protección de los unos y de las otras se concibe como complementaria, en la documentación se opta por diferenciarlos, reservando la expresión “conocimientos tradicionales” para el “contenido o el fundamento de los conocimientos relativos a la actividad intelectual en un contexto tradicional, en particular, los conocimientos especializados, capacidades, innovaciones, prácticas y enseñanzas que forman parte de los sistemas de conocimientos tradicionales, y los conocimientos que entrañan el modo de vida tradicional de un pueblo o comunidad, o que están contenidos en sistemas codificados de conocimientos transmitidos de una generación a otra” (OMPI, 2010a; Anexo, p. 2).

De este modo y como quedó indicado más arriba, mientras que respecto de la protección de los CCTT se considera que la perspectiva más idónea es la de la propiedad industrial, la perspectiva de la propiedad intelectual (derechos de autor) se considera como la más apropiada en relación con la protección de las expresiones culturales tradicionales. Aunque en el caso de las artesanías la protección podría ser mixta, en su condición de productos derivados de los CCTT por un lado, y objetos de creación estética, por el otro.

### 2.3. El núcleo del sistema de protección propuesto

Puesto que el derecho de patentes no es un instrumento adecuado de protección de los CCTT, ¿qué enfoques o principios relacionados con el sistema PI servirían para proporcionar esa protección de una manera más efectiva? En OMPI (2006; Anexo, pp. 9-13), se enumeran cuatro posibles principios o enfoques —los derechos exclusivos de propiedad, el consentimiento fundamentado previo, la responsabilidad pecuniaria (participación justa y equitativa en los beneficios) y la competencia desleal— subrayando la superposición que se da entre unos y otros, así como que “la mayoría de los sistemas *sui generis* en vigor combinan al menos dos de estos conceptos jurídicos”.

Además, a esos principios debería añadirse un quinto, a pesar de que no estaría tan presente como los anteriores en los sistemas *sui generis* en vigor: el reconocimiento del derecho consuetudinario.

De todos modos, de los documentos examinados se desprende que el enfoque de la competencia desleal ha ido ganando terreno en el comité por su carácter globalizador y porque constituiría un marco jurídico especialmente apropiado para albergar el núcleo del tipo de protección que se propone: la defensa frente a la apropiación indebida. Debe advertirse que el derecho de defensa frente a la competencia desleal se sitúa en la documentación como parte del sistema PI, que parece concebirse de una manera más amplia de lo habitual.

Tratando de concretar más las cosas, la protección que se dibuja en el articulado de la propuesta tiene como núcleo la defensa frente a la apropiación y el uso indebidos de los CCTT, entendiendo como actos de apropiación indebida o desleal la adquisición, apropiación o utilización de conocimientos tradicionales por medios desleales o ilícitos.

Entre estos medios se encuentran los actos desleales o indebidos más obvios, como el robo, el soborno o la obtención ilícita de patentes. Pero es esencial advertir que entre esos medios desleales o indebidos también se encuentran las violaciones de los principios del consentimiento funda-

mentado previo y de la participación justa y equitativa en los beneficios. Dicho de otra manera, el objetivo inmediato central de la protección que se propone es conceder a los titulares y custodios de los CCTT un poder de decisión determinante sobre el acceso a los CCTT, protegiendo los CCTT y su uso de su apropiación indebida, y entendiendo que ésta se produce si la adquisición, apropiación o la utilización de los CCTT se hace 1) por medios desleales o ilícitos; o 2) sin respetar el principio del consentimiento fundamentado previo, o 3) o sin respetar el principio de la participación justa y equitativa en los beneficios.

La consecuencia es clara. Aunque no se considere la concesión de otros derechos en exclusiva (de hecho se adopta una posición muy cauta a este respecto), se concede a los titulares de los CCTT el derecho de controlar el acceso, el uso y la divulgación de los CCTT. Así, queda vetado cualquier acto de apropiación o de uso de conocimientos tradicionales que no haya sido aceptado expresamente por los titulares, y cuya compensación (monetaria o no) no se haya ajustado a lo previsto y a lo acordado en cuanto a la participación equitativa en los beneficios. Incluso, se considera apropiación indebida el uso industrial o comercial de CCTT que previamente estaban a disposición del público de una manera legítima, si no se compensa debidamente a los titulares (véase, por ejemplo, OMPI, 2006; Anexo, p. 27).

Ese control debe asegurar que las comunidades obtengan una participación justa y equitativa cuando de la utilización de sus CCTT se deriven beneficios. En principio, esa compensación se considera que debe tener lugar tanto si los CCTT han sido divulgados como si no. Parece subyacer la idea de que la divulgación no altera la titularidad. Pero aunque se hable de controlar el acceso a conocimientos divulgados y a disposición del público, perseguir una utilización ilícita o desleal de conocimientos divulgados puede presentar en la práctica dificultades notables. Por el contrario, si no están divulgados, quien quiera obtenerlos no tendrá más remedio que compensar a sus poseedores para conseguirlos. Por ello, aunque se incluya la protección de los conocimientos divulgados, el eje de la protección se centra en garantizar el control de acceso a los CCTT no divulgados, favoreciendo que no se divulguen para poder así asegurar mejor que se obtiene la compensación buscada.

En este sentido, cabe recordar un problema que se suele señalar en la literatura: la posible colisión entre el valor y la protección conferidos al secreto y a la confidencialidad en relación con los CCTT, y la necesidad de divulgarlos para tratar de evitar la concesión de patentes ilegítimas a terceros, o para tratar de invalidarlas una vez otorgadas. Cabe también señalar la tendencia a que opciones alternativas, como subvencionar la divulgación, no se consideraran aceptables precisamente por el problema citado. En la sección cuarta volveremos sobre este tema. Pero en cualquier caso, podemos anticipar que nos parece especialmente revelador el hecho de que en la propuesta objeto de estos comentarios la investigación científica no constituya una excepción a la protección. Consecuentemente y como cuestión de principio, no constituye tampoco un medio de divulgación de los CCTT que escape a los principios del consentimiento fundamentado previo y de la participación justa y equitativa en los beneficios, beneficios que, recuérdese, pueden no ser monetarios, como la participación en la propia investigación o el intercambio de información, por ejemplo.

Nótese, asimismo, que aunque nominalmente la materia protegida sean los CCTT, como el eje de la protección jurídica propuesta es la defensa frente a la apropiación y el uso indebidos de esos conocimientos, el objeto efectivo de la protección no son sólo los CCTT, sino su posible uso por terceros fuera del contexto tradicional y, en consecuencia, los bienes y servicios derivados de su utilización (productos y servicios que aparecen mencionados expresamente en algunas legislaciones nacionales).

Utilizando para resumir los propios términos del documento OMPI, (2006; p. 13), el control sobre los CCTT puede abarcar, entre otros, los derechos siguientes:

- “el de impedir el acceso no autorizado a los CCTT protegidos, así como su registro o su divulgación no autorizadas;
- el de impedir el uso comercial no autorizado de los CCTT protegidos;
- el de oponerse a las reivindicaciones de propiedad intelectual por un tercero respecto de la materia protegida de los CCTT;
- el de oponerse al uso culturalmente ofensivo, degradante o impropio de los CCTT;
- el de reivindicar una forma de derecho moral, como el derecho a la integridad de los CCTT y la mención de su origen; o
- el de oponerse a las prácticas engañosas o fraudulentas en relación con el uso de los CCTT, así como a otras formas de competencia desleal asociadas a esos conocimientos, como el enriquecimiento indebido, las ventajas comerciales no equitativas, o la imitación servil”.

#### 2.4. Un punto clave: la efectividad del sistema en la práctica

Como es natural, la consecución de estos objetivos dependerá de la efectividad con la que pueda funcionar el mecanismo jurídico-administrativo de protección en la práctica. Y la experiencia del sistema PI, especialmente desde el movimiento de expansión que viene a arrancar a mediados de los años setenta del siglo pasado, no permite mantener unas expectativas muy optimistas al respecto, por la propia naturaleza y el margen de ambigüedad de las cuestiones sometidas a decisión judicial (puede verse a este respecto Bessen y Meurer, 2008. Sobre problemas relativos al funcionamiento del aparato administrativo en los EE. UU., concretamente en la oficina estadounidense de patentes, puede verse Jaffe y Lerner, 2004).

Por otro lado, es de notar también que al hacer descansar la defensa frente a la imitación y la copia en la defensa frente a la competencia desleal, esa defensa puede no ser tan efectiva como se da a entender en la documentación de referencia. En ésta, la interpretación que se da a la competencia desleal es muy amplia, de manera que la imitación o la copia que proporciona al copista una ventaja comparativa sobre el titular del original constituye una práctica de competencia desleal. “La responsabilidad por apropiación indebida surge en situaciones en las que un segundo explotador puede copiar empleando un método cuyo coste es menor que el de crear el producto original que contiene la información. La finalidad de la legislación en materia de apropiación indebida es proteger el incentivo de invertir en la creación de bienes inmateriales e impedir el posible enriquecimiento ilícito de los competidores que se apropian del

fruto de la inversión ajena. Con frecuencia, la apropiación indebida opera cuando ciertos bienes intangibles no satisfacen los requisitos de los derechos de propiedad intelectual tradicionales” (OMPI, 2006; Anexo, p. 17). Sin embargo, debe tenerse en cuenta a este respecto que en legislaciones sobre la competencia desleal se suele poner un gran énfasis en la protección de la libertad de imitación y de copia como elemento sustancial de la libertad de mercado.

Además, es común constatar que por lo general las comunidades indígenas carecen de los recursos económicos y humanos para defender sus derechos y hacer funcionar el sistema. Por eso, el sistema de protección de los CCTT se hace descansar normalmente en organismos nacionales o regionales, de manera que el funcionamiento del sistema depende del funcionamiento de estos organismos, que no son los beneficiarios directos de la protección.

Un problema adicional muy conocido es quién deba ser considerado como el titular de los derechos el receptor de los beneficios. En particular, quién detenta la capacidad de otorgar el consentimiento previo, y quién debe ser el receptor de los beneficios que se generen. Debe subrayarse que aunque se asigne un papel relevante a la autoridad nacional sobre el control de acceso, en la documentación de referencia está muy claro que el control de acceso es ejercido por el titular, en el sentido de que o bien es quien otorga el consentimiento, o bien debe aprobar la autorización si es la autoridad nacional quien la otorga (OMPI, 2006; Anexo, p. 48). Y no es un mero problema de reconocimiento de personalidad jurídica. El núcleo de los requisitos que se exigen a los CCTT para poder ser considerados realmente tradicionales y susceptibles de protección es precisamente la vinculación con la comunidad respectiva (véase OMPI, 2006; Anexo, p. 39). De hecho, de esos requisitos se desprende una especie de definición circular de los CCTT y de las comunidades. Una comunidad es titular de los CCTT y de los derechos sobre ellos porque esos CCTT están especialmente vinculados con ella. A su vez, los CCTT son objeto de protección en la medida en que están especialmente vinculados a una comunidad.

Hay legislaciones, como la peruana, por ejemplo, en las que los titulares reconocidos de CCTT son los pueblos. En otras se habla de pueblos y de comunidades. En este trabajo hablaremos preferentemente de comunidades, para agilizar la exposición y para ser congruentes con lo que se hace en los documentos objeto de estos comentarios.

### 3. La protección de los CCTT y el desarrollo de las comunidades

Pero nuestro objetivo no es comentar los rasgos de la aplicación jurídica del sistema de protección propuesto en la documentación de referencia, sino algunos aspectos del funcionamiento de ese sistema como mecanismo económico. Permitásenos, por tanto, pasar a examinar esos aspectos<sup>6</sup>.

6. Sería muy deseable disponer de información suficiente para abordar con carácter general la cuestión clave desde el punto de vista económico: en qué medida puede contribuir un esquema de protección de los CCTT como el propuesto en la documentación de referencia a la subsistencia y al desarrollo de las propias comunidades. Fernández Ham y otros (2006) ofrece una informativa panorámica de las condiciones de vida y económicas de las comunidades indígenas mexicanas.

### 3.1. Tipos de intercambios que considerar

Desde un punto de vista económico, el efecto habitual de un mecanismo jurídico de protección de bienes intelectuales es el de proporcionar al beneficiario ventajas competitivas o beneficios económicos que le compensen por la inversión realizada (que no necesariamente ha de ser sólo económica) para crear, preservar y desarrollar el objeto de la protección, generando así incentivos para que los agentes tengan interés en desarrollar esas actividades.

En el caso del secreto comercial y en el de las patentes, el efecto buscado del mecanismo es impedir que terceros puedan competir con ventaja con el titular mediante la producción y comercialización de copias o imitaciones del producto original que, al no requerir los mismos costes de I+D, se hayan obtenido a un coste inferior, y que puedan ponerse en el mercado a un precio también inferior. Por ello, la transferencia de información protegida por el secreto comercial y la concesión de la licencia de uso de una invención protegida por una patente son actos regulados contractualmente, en un intercambio en el que el titular tiene control pleno para aceptar o rechazar los términos en los que se proponga realizar el intercambio. Con ello, la protección protege dos tipos de intercambio en los que toma parte el titular de la protección. Por un lado, el intercambio de los productos patentados, o que son resultado de procesos patentados, o que están protegidos por el secreto comercial. Por el otro, el intercambio que tiene lugar al suscribir un contrato de licencia o un contrato de transferencia de información confidencial.

En el caso que nos ocupa, los efectos buscados por la propuesta que comentamos pretenden ser similares. Citábamos más arriba un pasaje muy explícito de OMPI (2006; Anexo, p. 17) en el que se subraya que la finalidad de la legislación en materia de apropiación indebida es proteger frente a copistas e imitadores que se apropian de la inversión y el esfuerzo ajeno, también en los casos en los que no son aplicables los derechos tradicionales de autor y de patentes.

Debe señalarse además que la propuesta de protección está diseñada para proteger los CCTT y su utilización por terceros fuera de la comunidad, puesto que los diversos tipos de utilización de esos conocimientos en el seno de la comunidad y los sistemas tradicionales de intercambio de los CCTT entre comunidades son considerados como exenciones a la protección. Por lo tanto, los efectos buscados con la protección deben buscarse en las relaciones de intercambio de las comunidades con el entorno externo a ellas, es decir, los intercambios con terceros que no pertenezcan a la comunidad en cuestión ni a otras comunidades con las que los intercambios estén considerados como exenciones de la protección.

Consecuentemente, a efectos expositivos podemos diferenciar tres grandes tipos de intercambios en los que estaría destinada a operar la protección propuesta. Por un lado, aquellos en los que la comunidad cede o transfiere conocimientos fuera del entorno comunitario para su utilización en un proceso de I+D tendente a culminar en la puesta en el mercado de alguna innovación. El ejemplo más típico sería la transferencia de conocimientos en un proceso de bioprospección. En segundo lugar, se pueden distinguir aquellos intercambios en los que la comunidad también cede o transfiere conocimientos fuera del entorno comunitario,

pero con la finalidad de su aplicación directa en la producción y comercialización de algún servicio o algún producto. En tercer lugar, cabe mencionar los intercambios en los que la propia comunidad (o sus componentes) comercializa fuera de ese entorno bienes protegidos por ser productos derivados de los CCTT (bien sea por su propia composición o por el proceso por el que son producidos). En resumen, podemos distinguir tres tipos de intercambios: 1) la transferencia de conocimientos demandados por sí mismos; 2) la cesión de derechos o la concesión de licencias a terceros para producir y comercializar productos derivados; y 3) la producción y comercialización de bienes derivados por parte de (miembros de) la propia comunidad.

Nótese, de todos modos, que el segundo tipo es similar al primero por cuanto en ambos casos se trata de intercambios de transferencia protegidos por el principio de consentimiento fundamentado previo y el de la participación justa y equitativa en los beneficios. Por ello, en aras de la brevedad no le dedicaremos atención especial y nos centraremos en el primer tipo de intercambios. El tercer tipo también está protegido de la posible competencia de rivales que pudieran comercializar copias desleales de los productos derivados originales. Es un tipo de intercambios que según los documentos de referencia y siempre que sea a iniciativa de las comunidades como parte de sus estrategias de desarrollo social y económico, debe ser fomentado como uno de los objetivos políticos relacionados con la protección (véase OMPI, 2008; p. 6, y Anexo. p. 6). Sin embargo, el mecanismo jurídico de protección incide sobre él de manera diferente, por lo que requiere una atención específica.

### 3.2. Intercambios de transferencia de información

#### 3.2.1. El problema de Hirshleifer

Sin duda, uno de los objetivos principales de la protección de los CCTT propuesta en la documentación de referencia es salvaguardar los derechos de las comunidades frente a las empresas y entidades que tratan de obtener beneficios desarrollando, produciendo y comercializando productos derivados, directa o indirectamente, de los CCTT, especialmente cuando éstos no han sido divulgados. El ejemplo típico es la obtención de medicamentos o cosméticos a partir de informaciones sobre el uso de plantas en contextos tradicionales.

En tales casos, un problema que puede plantearse es el llamado problema de Hirshleifer. Expuesto para simplificar en sus términos más extremos, el problema es el siguiente: si la información es desconocida no será objeto de demanda; pero si se transmite o divulga por la parte que dispone de ella para estimular la demanda, la parte potencialmente demandante no necesitará ya ofrecer nada a cambio porque ya dispondrá de la información buscada.

Es usual destacar que la patente, por su propia configuración, resuelve este problema. Lo hace porque lo que protege no es la información sino su uso o su explotación. De hecho, la concesión de una patente lleva consigo el requisito de su divulgación, que en teoría debe ser tan completa que un experto en el campo correspondiente sea capaz de replicar la invención. Por eso, un contrato de licencia se negocia conociendo las dos partes el contenido de la información afectada.

Con el secreto y la información confidencial pasa lo contrario. Como no se conoce la información que podría ser ob-

jeto de demanda, precisamente porque es secreta o confidencial, no se demandará. Y la parte que dispone de la información no tendrá en general incentivos para proporcionarla porque eso significaría perder las ventajas que le proporciona mantenerla en secreto.

Como el esquema de protección de los CCTT no divulgado basado en la defensa frente a la apropiación indebida y los actos de competencia desleal es similar a la que proporciona el secreto, el problema es parecido. Pero con diferencias importantes. En el caso del secreto comercial, se supone que mantener la información en secreto proporciona a la empresa ventajas competitivas frente a los competidores. Pero por otra parte, el secreto comercial dura mientras el titular puede mantenerlo, y el riesgo de no poder hacerlo durante mucho tiempo se incrementa sustancialmente al haber puesto la innovación en el mercado. Sin embargo éste no es generalmente el caso de las comunidades, especialmente cuando son titulares de CCTT no divulgados que son objeto de demanda por parte de terceros para tareas de investigación y desarrollo. Esas comunidades pueden carecer de los medios, no ya para comercializar los bienes derivados de la utilización de esos conocimientos, sino de la propia capacidad de investigación y desarrollo para llegar a poder producir esos bienes. Con consecuencias que parecen claras. Por un lado, les será más fácil mantener el secreto por más tiempo. Pero por el otro, mantener el secreto sin transferirlos no les proporciona los beneficios económicos y no económicos que puede proporcionarles transferir los conocimientos relevantes, transferencia que es el canal de las ventajas económicas otorgadas por la protección<sup>7</sup>.

En resumen, la propia configuración de la protección propuesta, que descansa en gran medida en el secreto y la confidencialidad, lejos de fomentar los intercambios de transferencia de información para beneficio de las comunidades, puede hacer que la protección opere en sentido contrario: impidiéndolos o dificultándolos. Y en cualquier caso, el esquema de protección de referencia incrementa los costes de búsqueda de la información por parte de los demandantes potenciales, con lo que disminuirán los incentivos de los posibles usuarios.

Naturalmente, esto no es lo que suele suceder en la práctica, donde se dispone en muchas ocasiones de información divulgada, que refuerza la posición de los demandantes de información adicional más precisa y que, de esta manera no parten de cero en la búsqueda de información ni operan a ciegas.

Olvídemos, pues, el problema de Hirshleifer y supongamos que las empresas que están interesadas en obtener determinados CCTT lo están porque tienen una información de partida suficiente para estar interesadas en completar o en profundizar su información sobre los CCTT. Diferentes empresas interesadas pueden disponer de niveles de información de partida diferentes. Pero para simplificar las cosas, supondremos que las empresas a las que vamos a referirnos tienen todas el mismo nivel de información sobre los CCTT que demandan. El grado de interés en los CCTT puede ser distinto, pero puede serlo porque pueden pensar

7. Nos limitamos a hablar de los intereses de la comunidad como tal, no de las personas concretas que sean los custodios de esos conocimientos y para las que mantener el secreto pueda significar mantener una posición ventajosa.

de manera diferente sobre la contribución de esos CCTT al proceso de I+D que puede conducir a la innovación, o porque pueden valorar ésta de diversa manera (por razones diversas, como por ejemplo, su propia capacidad de producción y comercialización).

La pregunta es, por lo tanto, qué beneficios puede esperar obtener una comunidad cuyos CCTT son objeto de demanda de esta clase. Desde el punto de vista de la propuesta que venimos comentando, esos beneficios tenderán a ser superiores si los CCTT están debidamente protegidos 1) frente a actos ilícitos de adquisición de la información, y 2) por los principios de consentimiento previo fundamentado previo y 3) de participación justa y equitativa en los beneficios. Pero sucede, como también ocurre con las restantes figuras del sistema PI, que a pesar de la protección, los beneficios para las comunidades pueden ser muy diversos en función de una numerosa serie de circunstancias diversas.

### 3.2.2. Diversidad de casos y situaciones

Una de esas circunstancias especialmente relevante es que, quien suele tener en los casos de este tipo la capacidad para proseguir el proceso de I+D hasta desembocar en el lanzamiento al mercado de una innovación es habitualmente la empresa o empresas que tratan de hacerse con la información sobre los CCTT. La comunidad titular de esos CCTT, por lo tanto, no competirá con esas empresas ni en el proceso ulterior de I+D, ni en la fase posterior de producción y comercialización. Es una situación parcialmente análoga a la de una empresa que trata de conseguir información sobre una investigación universitaria para tratar de desarrollar una innovación a partir de la información que pueda conseguir.

En consecuencia, los beneficios que pudieran afluir a la comunidad dependen del valor que los posibles compradores atribuyan a la información sobre los CCTT que tratan de obtener. Y ese valor puede ser muy diverso, pues depende de factores muy diversos. Depende, por ejemplo y de manera importante, de circunstancias que afectan al proceso de I+D conducente a la innovación, tales como la contribución que la información sobre los CCTT pueda aportar al propio proceso de I+D, la rivalidad que pueda existir entre empresas por conseguir la patente, y la incertidumbre existente sobre el resultado exitoso o no del proceso.

En un sentido análogo, disponer en exclusiva de los conocimientos obtenidos de una comunidad puede proporcionar a la empresa una ventaja comparativa significativa en el proceso de I+D, consiguiendo por ejemplo la patente y haciéndolo de una manera más barata que si hubiera tenido que rivalizar con otras empresas por ser la primera en llegar a la invención patentable.

Otras circunstancias relevantes afectan al proceso subsiguiente de producción y comercialización y a la incertidumbre que la empresa pueda albergar sobre su éxito, éxito que depende, entre otras cosas, de la demanda que termine suscitando la innovación, la propia capacidad productiva de la empresa para abastecer esa demanda, el tamaño del mercado y la posición o el poder de la empresa en ese mercado (que depende en gran medida de la existencia de bienes sustitutivos próximos).

Como consecuencia de todo ello, el valor de los CCTT para las empresas que los demandan puede variar significativamente de unos casos a otros. No es lo mismo demandar unos CCTT que pueden abaratar muy significativamente el

proceso de I+D, que demandar unos conocimientos de los que se desea disponer para completar una investigación en fase exploratoria. Y como es natural, la diversidad puede darse también por la diferente rentabilidad de las innovaciones comercializadas en unos casos y en otros.

### 3.2.3. Asimetrías informativas

Además, conviene tener en cuenta que en los casos de esta clase la comunidad está habitualmente en una clara situación de desventaja informativa, tanto sobre el valor que sus CCTT puedan tener de cara al proceso de I+D, como sobre el valor que pueda llegar a alcanzar en el mercado la innovación resultante. La empresa también puede tener algún grado, grande o relativamente pequeño, de incertidumbre sobre todo ello, pero su información es por lo general muy superior a la que pueda tener la comunidad. Lo que confiere a la empresa una situación de ventaja clara en estos intercambios.

#### 3.2.3.1. Una comunidad, una empresa

Para simplificar, podemos suponer en adelante que quien detenta el control formal del acceso a la información objeto de demanda (es decir, quien puede conceder el consentimiento), detenta también el control efectivo de dicho acceso, y es además quien recibe todos los beneficios generados por la transferencia de conocimiento. Y como ya hemos avanzado más arriba, hablaremos preferentemente de comunidades, evitando estar hablando continuamente de "comunidades o pueblos".

En un escenario del tipo más simple, una única empresa demanda información sobre los CCTT de una comunidad. Como en todo intercambio económico, entre una y otra parte media un conflicto de intereses, por cuanto a una parte le interesará vender caro lo que a la otra le interesa comprar barato<sup>8</sup>.

Pero cuando se intercambia información, ese conflicto de intereses se extiende a la forma o modalidad que los pagos pueden adoptar, forma que puede condicionar su magnitud. Como sucede en los contratos de licencia, los pagos por la transferencia de CCTT pueden adoptar tres formas principalmente: 1) pueden consistir exclusivamente en un pago fijo hecho o comprometido cuando se realiza la transferencia; 2) pueden adoptar la forma de regalías, es decir, pueden consistir exclusivamente en pagos variables en función de las ventas; y 3) pueden hacerse en parte mediante un pago fijo y el resto mediante pagos variables. Imagínese, por ejemplo, que, siendo sólo una empresa la que demanda información sobre los CCTT, las perspectivas sobre los beneficios futuros son buenas. En principio, a la empresa le interesará el pago de la compensación mediante una cantidad fija, mientras que a la comunidad le interesaría seguramente unos pagos variables en función de las ventas. Si por el contrario, las perspectivas son malas o muy inciertas, a cada una de las partes podría interesarle lo contrario que antes, a la empresa le podría interesar compartir el riesgo con la otra parte mediante pagos variables, mientras que a la comunidad le podría interesar evitar riesgos reclamando una compensación mediante una cantidad fija.

8. Como es sabido, los beneficios no tienen por qué ser monetarios, ni siquiera necesariamente económicos. Pero para simplificar la exposición, vamos a suponer que la contrapartida se abona en dinero.

El problema, es por lo tanto, llegar a un acuerdo. ¿A cuál? Eso depende del poder de mercado o de negociación de cada una de las partes. Y en estas situaciones, la posición más fuerte es habitualmente la de la empresa por dos tipos de razones. Primero, porque al suponer que la empresa es la única demandante, a la comunidad sólo le caben dos opciones: o terminar aceptando los términos de la negociación que la empresa esté dispuesta a aceptar, o quedarse sin nada. En segundo lugar, porque la posición de la empresa viene además reforzada por su clara ventaja informativa, sin que en estos casos la comunidad disponga de mecanismos para que la empresa revele el valor que atribuye a la información que trata de obtener de aquélla.

Esta falta de información por parte de la comunidad genera un problema de selección adversa, puesto que si la comunidad (o la autoridad nacional) fija un precio elevado, la empresa puede desistir y abandonar el intercambio. Si, por el contrario, se fija un precio bajo puede suceder que sea inferior al que la empresa hubiera estado dispuesta a pagar en función de su interés en conseguir la información, de modo que la comunidad dejaría de obtener beneficios que hubiera podido conseguir. El problema puede abordarse ofreciendo un menú de opciones distintas, orientadas a que la empresa elija la que mejor le venga y revele, de este modo, su interés real por la información sobre los CCTT que demanda. Un menú de este tipo podría contemplar, por ejemplo, dos modalidades de pagos. Una opción podría estar basada en un pago fijo elevado (con o sin pago variable), fórmula que en principio sería preferible para las empresas que valoran más la información que buscan y que pueden preferir por lo tanto pagar un pago fijo aunque sea elevado antes que uno variable, y otra modalidad basada en un pago variable (con o sin pago de una cantidad fija) relevante si la empresa valora menos la información (por su incertidumbre sobre el éxito del proceso de I+D, por una mayor aversión al riesgo o por su incertidumbre sobre el rendimiento comercial de la innovación) y puede preferir compartir los riesgos con la comunidad.

La posición de desventaja negociadora de la comunidad y sus dificultades para superarla por sus propios medios reclama un apoyo externo, por ejemplo, contando con la asistencia de expertos, o con el apoyo directo de la autoridad nacional, como se prevé en la legislación de diferentes países.

En esa misma línea de proteger los intereses de las comunidades a veces se fija de antemano en la propia normativa legal el tipo de pagos requerido para realizar la compensación exigida. El problema con este procedimiento es que fija un único patrón sobre cuantía y modalidad para casos que pueden ser muy distintos, y en los que los intereses de las comunidades pueden ser diversos. Además, da la impresión de que al fijar estas reglas se opera dando por sentado que los beneficios esperados son importantes y que la información que se busca es muy relevante. Al fijar unas reglas específicas con carácter general, lo que puede estarse consiguiendo es una disminución o desaparición de intercambios de transferencia de CCTT que hubieran podido tener lugar si la normativa hubiera sido más flexible. Un esquema más flexible, con la participación de expertos independientes, podría ser un mecanismo más adecuado.

### 3.2.3.2. *Varias comunidades, una empresa*

La situación para la comunidad puede empeorar si, siendo sólo una la empresa interesada en sus CCTT, son varias las comunidades que poseen conocimientos similares y que pueden transferirlos. Debe advertirse que en estos casos, las normas y prácticas tradicionales sobre las relaciones entre comunidades pueden conducir a comportamientos diferentes a los que se generarían en virtud de los incentivos económicos. Pero si éstos fueran determinantes, lo que podría desencadenarse en una situación como ésta es una rivalidad por parte de las comunidades, ofreciendo cada una de ellas una información más abundante y más barata. En un caso así, la empresa podría en principio conseguir una oferta por parte de alguna comunidad que se acercara al nivel mínimo de beneficios que las comunidades estén dispuestas a exigir.

### 3.2.3.3. *Un pueblo, una empresa*

Una forma de que las comunidades puedan recuperar poder de negociación frente a las empresas es asociándose. De alguna manera, esto es lo que sucede cuando el titular de la negociación es todo un pueblo, en lugar de sus comunidades.

La asociación voluntaria de comunidades se diferencia básicamente de la idea habitual de cártel en que lo que se trata de negociar (vender) es sólo una unidad de producto. No es que cada componente de la asociación pueda beneficiarse vendiendo su propia producción. Aquí se trata de vender una única pieza de información. Por ello, si la asociación es voluntaria, la tendencia a romper el acuerdo tenderá a ser mayor que en el caso habitual de un cártel.

Lo que en el caso de los conocimientos tradicionales sucede a veces es que se fija legalmente la titularidad en todo un pueblo, o en sus representantes reconocidos. En ese caso, la mecánica de la negociación sería similar a la que hemos descrito en el primer escenario "una comunidad y una empresa". Pero habría una diferencia importante: los beneficios se distribuirían entre todas las comunidades de ese pueblo. Con lo que los beneficios para cada una de ellas podrían ser poco significativos. Nótese, de todos modos, que ésta es una diferencia que se daría básicamente en el plano distributivo. En un caso, los beneficios irían a la comunidad titular de los conocimientos, pero no a las demás. En el otro, se distribuirían por las diferentes comunidades, eso sí, según el criterio que el propio pueblo decidiera.

### 3.2.3.4. *Una comunidad, varias empresas*

Imaginemos ahora que varias compañías están interesadas en una información no divulgada que obra únicamente en poder de una comunidad. En principio, un escenario así beneficia la posición negociadora de la comunidad, especialmente si las compañías son numerosas y si éstas consideran que la información puede tener una contribución sustancial en el proceso de I+D que debe desembocar en la innovación que tratan de conseguir. En particular, permite a la comunidad fijar los términos del intercambio.

Por ejemplo, puede determinar si concede el consentimiento fundamentado previo a una única empresa, que dispondría de la información sobre los CCTT en exclusiva, o si se lo concede a toda empresa que pague un precio determinado en una modalidad determinada. Un caso intermedio sería aquél en el que la comunidad decidiera conceder el

consentimiento a un número limitado y prefijado de empresas, inferior al de las empresas que demandan la información.

En general, sí se puede aventurar que, si consideran suficientemente valiosa la información sobre los CCTT, las empresas estarán muy interesadas en disponer en exclusiva de ella porque de esta manera la empresa que lo consiguiera podría evitar la competencia de las demás en una carrera por llegar la primera a obtener la innovación, con el consiguiente ahorro de costes en el proceso de I+D, y podría conseguir así una ventaja competitiva al conseguir la patente o al ser la primera en lanzar la innovación al mercado.

Pero como ya hemos subrayado más arriba, el problema que se le presenta a la comunidad a la hora de tomar decisiones de ese tipo es su carencia de la información sobre el valor que los CCTT puedan representar para las empresas que los demandan.

#### 3.2.3.4.1. Transferencia a una sola empresa

Supongamos que la comunidad plantea transferir la información a una sola empresa.

Una opción que la comunidad puede utilizar es fijar un precio mínimo en una modalidad determinada y transferir los CCTT a la empresa que lo pague antes o se comprometa antes a pagarlo. Pero dada la desinformación que padece la comunidad para fijar ese precio, lo que puede suceder es que el precio resulte excesivamente caro y los CCTT dejen de demandarse, o que el precio sea demasiado bajo y que la comunidad deje de obtener beneficios que hubiera podido conseguir. Este problema es una variante del problema de la selección adversa que ya hemos comentado más arriba, y puede soslayarse si la comunidad subasta los CCTT objeto de demanda. A diferencia de lo que se consigue marcando un precio fijo, una subasta del tipo apropiado puede revelar el interés que las empresas tienen por conseguir la información, y la comunidad puede así obtener el mayor beneficio que permite el valor que las empresas conceden a los CCTT.

Cuando es la autoridad nacional o regional quien fija los términos del intercambio, la situación es parecida. Aunque la autoridad disponga de una información mayor que la comunidad, esa información será deficiente. Por ello, la utilización de una subasta puede tener los efectos beneficiosos comentados.

#### 3.2.3.4.2. Transferencia a varias empresas

Otra opción en manos de la comunidad es ofrecer la información a toda aquella empresa dispuesta a pagar el precio que la comunidad le pida. Es un caso de características muy similares al que se da cuando hay sólo una empresa que demande la información. Si la comunidad fija un precio único, puede suceder como antes que deje de ingresar beneficios si el precio es demasiado bajo, o que expulse del intercambio a empresas interesadas si el precio es alto. Este problema nuevamente una variante del problema de selección adversa, y puede solucionarse ofreciendo un menú de opciones distintas, orientadas a que cada empresa elija la que mejor le venga y revele, de este modo, su interés por la información sobre los CCTT que demanda. Como antes, un menú de este tipo podría contemplar, por ejemplo, dos tipos de pagos. Una opción basada en un pago fijo elevado, destinado a captar a las empresas que valoran más la información que buscan, y otra opción basada en un pago varia-

ble orientado a captar a las empresas que valoran menos la información.

#### 3.2.4. Varias comunidades, varias empresas

El caso restante es el que se daría si fueran varias las comunidades que pretendieran transferir la información a varias empresas que la demandaran. La configuración que puede adoptar una situación de este tipo es muy diversa porque depende básicamente de la presión de la competencia por cada lado del mercado.

También aquí debe considerarse la posibilidad de que las comunidades se asocien o que la titularidad se haya conferido a todo un pueblo. Los efectos de una y otra eventualidad serían similares a los señalados más arriba.

### 3.3. Efectividad de la protección en los intercambios comerciales

En los escenarios contemplados hasta aquí, la protección propuesta para los CCTT se centraba en la obtención de beneficios por parte de las comunidades procedentes de la actividad de I+D y de la actividad económica (producción y comercialización) de terceros. El objetivo es conseguir una participación justa y equitativa en esos beneficios. El mecanismo para ello es el control del acceso a los CCTT y la previsión normativa de que incluso los CCTT divulgados deben ser acreedores de una compensación equitativa.

Podemos pasar a considerar ahora la posibilidad de que sean los propios miembros de la comunidad quienes desarrollan la actividad innovadora, productiva y comercializadora mediante la que se obtienen los beneficios en cuestión.

Ya hemos mencionado que en la documentación que estamos comentando se contempla expresamente como objetivo político la promoción, cuando los titulares así lo reclamen, del desarrollo de las comunidades mediante el fomento de la utilización de los CCTT y de la creación y ampliación de las oportunidades comerciales para los productos derivados de esos CCTT y de las industrias relacionadas (OMPI, 2008; Anexo, p. 5). La cuestión es, por lo tanto, cómo puede contribuir al cumplimiento de ese objetivo el mecanismo de protección de los CCTT dibujado en esa documentación.

Como es obvio, la protección de los CCTT en este caso viene dada por el principio de evitar la apropiación indebida al amparo de la defensa legal frente a la competencia desleal, sin que en este caso ni el principio de consentimiento fundamentado previo ni el de la participación justa y equitativa en los beneficios tengan la incidencia que tenían en los supuestos anteriores. Y el mecanismo fundamental es la ventaja competitiva que se obtiene al poder evitar la apropiación indebida. Una manera clara y lamentablemente muy conocida en la que se puede producir esa apropiación indebida es mediante la obtención de patentes ilícitas sobre procedimientos o productos derivados de los CCTT. Pero la protección que pretende delinarse no se detiene en evitar esa clase de apropiación y copia. Pretende evitar también toda explotación de imitaciones y copias que pudiera constituir un acto de competencia desleal, entendida ésta de una manera muy amplia.

Un punto al que ya nos hemos referido es que el alcance de este tipo de protección puede ser menor en la práctica de lo que se da a entender en la documentación de referencia. En parte, porque la legislación de defensa frente a

la competencia desleal suele asumir el principio de la libertad de imitación y de copia como elemento fundamental de la libertad de mercado. Además, al ser los CCTT y su uso la materia objeto de protección, la protección de los productos derivados puede ser más débil porque lo que se protegería principalmente serían las prácticas y procedimientos que llevan a la producción de esos productos, pero no los productos en sí, que es lo que se protege, por ejemplo, con el derecho de patentes. De esta manera, puede que no se evite la copia mediante medios lícitos (mediante procedimientos diferentes, por ejemplo), quedando así mermada la ventaja competitiva frente a los copistas que la protección hubiera podido ofrecer si lo protegido hubiera sido directamente el producto.

### 3.3.1. Factores de los que depende la efectividad económica de la protección

Pero con independencia de esas limitaciones y como en los casos considerados previamente, la efectividad económica de la protección depende básicamente de circunstancias relativas al mercado, como el tamaño de éste, las condiciones de la demanda, y la capacidad de producción, comercialización e innovación por parte de la propia comunidad.

Por el lado de la oferta (producción, comercialización e innovación), la efectividad económica de la protección dependerá de los recursos físicos y humanos disponibles para la comunidad, de su capacidad productiva y comercializadora, y de su capacidad de organización de la producción y de la distribución, y de su capacidad inversora en todos esos capítulos<sup>9</sup>. Las condiciones de control y explotación de la tierra y de los recursos naturales en el entorno tradicional condicionan las posibilidades de la comunidad. Pero también lo hacen los aspectos organizativos y el capital humano. Es de notar al respecto que frecuentemente la producción y comercialización de bienes derivados tiene lugar en el modesto marco de una economía de subsistencia. Por ello, la mejora en los capítulos mencionados puede exigir tanto la protección de los derechos de la comunidad sobre los recursos, como sobre todo el apoyo y fomento externo para que la comunidad pueda innovar y adoptar formas de producción y comercialización más eficientes.

En relación con esas mejoras, lo que puede requerirse habitualmente para lograrlas es un tipo más dinámico de actuaciones y estrategias, por un lado, y de políticas de apoyo por el otro, que no se limiten a los aspectos más bien defensivos de la protección de los CCTT, aunque éstos puedan llegar a ser importantes en ciertos casos. A corto plazo, por ejemplo, medidas directas de fomento y apoyo, que pueden incluir el fomento de formas organizativas más eficientes, o la creación y fomento de canales de distribución que extiendan los mercados de los productos tradicionales, y que al eliminar intermediarios permitan que terminen revirtiendo más beneficios a las comunidades. Y a medio y largo plazo,

por ejemplo, esfuerzos considerables en mejorar los servicios educativos y sanitarios en las comunidades, y en mejorar las comunicaciones y las redes de transporte.

Tampoco parece que la protección de los CCTT pueda ser una palanca muy efectiva en relación con las mejoras que pudieran conseguirse por el lado de la demanda. En relación con ésta, una circunstancia que la condiciona es la información existente sobre el producto y sus características. Otra circunstancia especialmente significativa es la existencia o no de bienes sustitutivos próximos. En el caso del derecho de patentes, un rasgo que puede hacer especialmente efectiva la protección que ofrece es precisamente la reducción de sustitutivos, reducción que si es la innovación es drástica tiende a convertirse en la eliminación de sustitutivos próximos y a terminar por otorgar un poder monopolístico. Pero aunque esa reducción no sea tan completa, otorga ya al titular de la patente un poder significativo de mercado al disponer y poder controlar éste un nicho de mercado en el que goza de ventajas competitivas sobre sus competidores. Y esas ventajas serán tanto mayores cuanto menos y más lejanos sean los bienes sustitutivos. Y a la inversa, cuanto más y más próximos sean los bienes y servicios sustitutivos de los ofrecidos por una empresa, mayor será el grado de competencia en ese mercado y menor el poder sobre éste por parte de aquélla.

Dadas las características de los bienes y servicios que normalmente ofrecen los miembros de las comunidades (productos agrícolas y artesanales, principalmente, aparte de servicios sanitarios de medicina tradicional), se puede aventurar que por regla general habrá un número significativo de sustitutivos próximos (producidos, por ejemplo, por miembros de la propia comunidad o de otras comunidades) incluso en los mercados locales, y que a medida que se pretenda colocar los productos en mercados más amplios, aumentará ese número. Por ello, si se consideran los mercados correspondientes a nivel estatal o nacional, los productos tradicionales pueden verse enfrentados a la competencia de numerosos productos similares, y las ventajas competitivas proporcionadas por la protección de los CCTT y de los bienes y servicios derivados tenderán a ser exiguas.

Asimismo, debe tenerse en cuenta la importancia de la información disponible sobre los bienes que se desea comercializar, pues sin información no habrá demanda o será inferior a la que podría ser. La presencia física de un producto en un mercado físicamente localizado, por ejemplo, proporciona información sobre su existencia y puede proporcionar alguna información sobre sus características a quienes acuden físicamente a ese mercado. Pero conforme un mercado en expansión va desligándose de localizaciones concretas y va extendiéndose geográficamente, la demanda de bienes y servicios requiere que los consumidores potenciales estén debidamente informados de su existencia. Y las comunidades tradicionales pueden tener dificultades para atender esta necesidad con sus propios recursos.

Además, la información puramente genérica puede ser insuficiente. Normalmente interesará que haya una demanda específica sobre un bien determinado, por ejemplo para crear una clientela y ocupar así un nicho de mercado. Esa circunstancia permite fijar precios más elevados y, si el grado de competencia lo permite, obtener beneficios que no se obtendrían si no hubiera demanda específica. Pero para lo-

9. La importancia de la existencia de canales adecuados de distribución puede tener una importancia determinante sobre los ingresos de las comunidades por la venta de productos derivados de los CCTT. Este punto fue muy claramente expuesto y argumentado en las ponencias que Paul Hersch y Fernando Sánchez impartieron en el seminario que, en el marco del proyecto FONCICYT 95255 se celebró en la Universidad Autónoma de Madrid los días 28 y 29 de junio de 2011.

grar ese fin, para crear una demanda específica sobre un bien, no basta con una información genérica que favorezca que la gente pueda confundir un bien con otros. Se requerirá que el bien se diferencie de otros bienes (aunque sea sólo en su apariencia o presentación), y que fluya información específica sobre el bien, sus características y sus ventajas relativas, como pretende conseguirse habitualmente mediante la publicidad.

Nuevamente y dada la inversión que todo ello supone, las comunidades tradicionales pueden tener dificultades significativas para conseguir esos objetivos con sus propios recursos y sin cambiar sus estructuras organizativas de carácter individual o unifamiliar.

En síntesis y como también subrayábamos en relación con los otros escenarios analizados, de cara al desarrollo económico de las comunidades y en comparación con la protección de los CCTT, pueden resultar bastante más efectivas medidas más directas de apoyo para soslayar las debilidades más habituales de las comunidades en este terreno de la producción y comercialización de bienes derivados.

### 3.3.2. Los signos distintivos

Sucede, además, que en la tarea de impulsar la actividad económica de las comunidades para ir logrando mayores cotas en su desarrollo, hay figuras en el sistema PI que pueden servir de ayuda significativa. Nos estamos refiriendo a las marcas y otros signos distintivos como las denominaciones de origen o las indicaciones geográficas protegidas. Aunque no sean instrumentos de protección de los CCTT ni de los bienes derivados en un sentido jurídico riguroso, desde un punto de vista económico son mecanismos que, utilizados con éxito, procuran ventajas competitivas de cara a la comercialización de aquellos y pueden considerarse, por ello, como figuras que pueden proteger indirectamente los productos tradicionales.

Es cierto que al asociar la protección de los CCTT y de los productos derivados con la defensa frente a la competencia desleal, la propuesta que venimos comentando supone que quedan excluidas por ilícitas prácticas como la información engañosa sobre el origen u otras características de los bienes. Pero, por lo demás, apenas se mencionan ni reciben atención figuras del sistema de la propiedad industrial que, como los signos distintivos (en especial, las marcas colectivas, las denominaciones de origen protegidas y las indicaciones geográficas protegidas, así como las certificaciones de calidad), pueden contribuir de manera significativa a conseguir mejoras en la comercialización de los bienes derivados. De hecho, son figuras que ya se han apoyado y empleado públicamente en apoyo de los productos tradicionales, o que se proponen actualmente con frecuencia como figuras especialmente adecuadas a ese fin, como es el caso de las indicaciones geográficas protegidas, a las que la propia OMPI ha prestado atención importante en otros documentos.

Puede resultar curioso que en la documentación de referencia apenas se mencionen estas figuras del sistema PI. Pero esa falta de atención a esas figuras en la propuesta presentada en esa documentación se debe sin duda a que, desde un punto de vista jurídico estricto, no son figuras que puedan proteger conocimientos ni bienes o servicios. Aunque también hay que añadir que la plataforma parece man-

tener una concepción del enfoque basado en la defensa contra la competencia desleal que incluiría bastantes cuerpos normativos que normalmente se consideran de manera diferenciada, como por ejemplo, la propia PI, lo que incluiría a las figuras mencionadas como instrumentos adicionales de protección.

¿Cómo pueden contribuir estas figuras al desarrollo de las comunidades mediante la comercialización de sus productos derivados de sus CCTT?

A pesar de las diferencias entre unas figuras y otras, estos instrumentos jurídicos tienen unos efectos económicos similares, aunque con intensidad distinta. La clave de esos efectos económicos reside en la diferenciación que introducen o subrayan entre los bienes, y en las facilidades que abren para ofrecer información específica sobre cada uno de los bienes diferenciados.

La diferenciación por sí misma tiende a segmentar el mercado, de manera que cada producto, aunque sea sustitutivo próximo de los producidos por las empresas competidoras, puede tener su propia clientela y puede seguir manteniéndola sin grandes variaciones aunque la empresa suba el precio en comparación con los de los competidores, y aunque éstos bajen su precio en comparación con el de aquella. Nótese que si el producto de una empresa es igual al que producen otras y no hay ninguna característica del propio producto o de la empresa ni ninguna señal que los diferencie, un cambio en los precios como los anteriores tenderá a producir la pérdida de la clientela por parte de la empresa, siempre claro está que los clientes estén suficientemente informados del cambio.

Nótese igualmente que si el producto de una empresa es igual al que producen otras y no hay ninguna característica ni ninguna señal que los diferencie, para la empresa no tendrá interés invertir en publicidad o en proporcionar información sobre su producto, porque esa información se estará refiriendo tanto al bien producido por ella como a los producidos por las demás empresas. Por ello, si realizara esa inversión, estaría incurriendo en costes adicionales en beneficio de los bienes producidos por sus competidores, que se ahorrarían ese coste. La inversión en información y publicidad cobran sentido para la empresa cuando se refieren clara y específicamente al bien que ésta produce, y esto supone que es diferente (aunque sólo sea en apariencia) a los que producen las empresas competidoras.

En resumen, una marca, una denominación de origen o una indicación geográfica sirven para diferenciar productos o para subrayar o incrementar su diferenciación. Pero además, proporcionan información sobre las características o la calidad de los bienes básicamente mediante la reputación de la empresa, de la marca o del signo distintivo correspondiente. Una marca, una denominación de origen o una indicación geográfica, además de diferenciar, proporcionan información, información que se acumula e incrementa con el consumo del bien en cuestión. Lo que tiene dos consecuencias.

Por un lado, abarata el proceso de búsqueda de información por parte de los consumidores. No es lo mismo entrar en una tienda de vinos donde todas las botellas son iguales, que encontrarse cada botella etiquetada con la información correspondiente, cuyo núcleo será normalmente una denominación de origen y una marca. Consecuentemente, los

consumidores pueden estar dispuestos a pagar precios más altos por un bien si se les facilita la información que de esta manera no tienen que buscar.

Por otra parte, la reputación depende en gran medida de que la empresa mantenga la calidad. Si al consumir el bien los consumidores no se ven defraudados es muy posible que tiendan a mantenerse como clientes de esa empresa, de esa marca o de ese producto, con el consiguiente beneficio para la empresa. Por el contrario, si la calidad del bien asociado a una marca empeora durante un tiempo, puede suceder que esa empresa tenga dificultades para recuperar su clientela anterior. Hay por tanto un incentivo para que la empresa mantenga su reputación manteniendo la calidad, incentivo que refuerza la fiabilidad de la información obtenida de este modo. La otra cara de la moneda es la fidelidad que tiende a crearse entre los clientes.

Las ventajas, por lo tanto, que instrumentos como las marcas colectivas, las denominaciones de origen o las indicaciones geográficas pueden ofrecer para la comercialización de los bienes tradicionales son claras. Por lo que no es de extrañar que la recomendación de utilizar estos instrumentos para ese fin no sea nada nuevo en la literatura, ni sean nada nuevo tampoco políticas de fomento del uso de alguno de ellos.

Sin embargo, no sobra tener en cuenta algunos extremos, sobre todo teniendo en cuenta los recursos con los que suelen contar las comunidades.

En primer lugar, una obviedad. Estos instrumentos facilitan o potencian el éxito comercial pero no lo garantizan, ni sustituyen las estrategias básicas de producción y comercialización, ni las inversiones correspondientes.

En segundo lugar, son instrumentos que proporcionan ventajas competitivas pero no eliminan el grado de competencia ni lo reducen drásticamente, a diferencia de las patentes. Por ello, los costes de hacer frente a un nivel determinado de competencia se mantiene, como por ejemplo, la necesidad de difundir información mediante campañas publicitarias o de otra forma.

En tercer lugar, su utilización exitosa requiere inversiones específicas, como por ejemplo, las destinadas a mantener el nivel de calidad del producto o defender la imagen de la marca, de la denominación de origen o de la indicación geográfica. En este sentido es importante tener en cuenta que si la reputación de una marca o de una indicación de procedencias empeora, no sólo deja de ofrecer las ventajas que pudiera venir ofreciendo. Ese empeoramiento puede traducirse en desventajas bastante más difíciles de remontar.

Y es probable que en muchos casos estos costes originados por mantener el nivel de calidad del producto o defender la imagen de la marca, de la denominación de origen o de la indicación geográfica requieran un apoyo externo.

### 3.3.3. Fomento de la innovación y la creatividad

Un objetivo de la protección indicado en la propuesta de referencia que tiene que ver no sólo con la preservación y desarrollo de los CCTT, sino con el desarrollo de la propia comunidad es el de fomentar la innovación y la creatividad con base en los CCTT (OMPI, 2008, anexo, p. 1). Podemos cerrar la sección preguntándonos brevemente hasta qué punto contribuye a ese objetivo el esquema de protección de referencia.

Aunque con diferencias, ese esquema brinda una protección de naturaleza análoga a la defensa del secreto comercial y de la confidencialidad. Es conocido que de acuerdo con varios estudios empíricos muy conocidos, el secreto comercial es una estrategia que combinada con la ventaja temporal y otras, como los servicios postventa, por ejemplo, es una opción alternativa a la patente que, en numerosos sectores, las empresas encuestadas juzgan más fiable para asegurar que las inversiones en innovación son debidamente remuneradas (ver, por ejemplo, Boldrin y Levine, 2008, pp. 62-63, 76).

Sin embargo, no debe concluirse que esa percepción sea extrapolable sin más a otros contextos. El secreto protege tanto la innovación como la tradición sin innovaciones. No es un mecanismo que, como la patente, ofrezca una protección específica a la novedad no obvia. Por ello, que bajo esta figura tenga lugar una actividad innovadora no se debe tanto a ella cuanto a las condiciones del mercado. Y en este sentido debe recordarse que el poder sobre el mercado suele desincentivar la inversión (en dinero, tiempo y esfuerzo) en innovar, mientras que la competencia efectiva o meramente potencial la estimula. (véase, por ejemplo, Tirole, 1990, pp. 592-597). Estas indicaciones nos llevan a sugerir que los incentivos a innovar sobre la base de los CCTT están muy relacionados con la actividad productiva y comercial que trata de expandir el mercado y se encuentra así enfrentada a niveles de competencia superiores que si, por el contrario, el objetivo se fija en abastecer un mercado local o limitado, en el que se puede detentar un poder de naturaleza monopolística, por estar al abrigo de rivalidades que pudieran proceder de fuera.

Una de las características de las patentes que se considera ventajosa socialmente frente al secreto comercial e industrial es precisamente la obligación de divulgar la invención. La ventaja tiene que ver con el progreso tecnológico, que de esta manera, no se vería frenado, ni la protección desaparecida porque se preserva la exclusividad sobre la explotación de la patente, como sucede con las patentes dependientes. En el caso del secreto no se da ninguna de esas dos circunstancias. El secreto es lo contrario de la divulgación, y si se rompe por medios lícitos la protección que brindaba desaparece. Es, por tanto, una figura que tiende a frenar las innovaciones que no son propias. Y esto trae consigo otro posible problema si el secreto sobre ciertos CCTT no es compartido por toda la comunidad sino detentado por algunos de sus miembros. La capacidad de la comunidad para innovar sobre la base de esos CCTT tenderá a ser menor.

Por último, recuérdense los requisitos básicos para que unos conocimientos tradicionales sean objeto de protección: '1) que esos conocimientos se creen y preserven en un contexto tradicional y se transmitan de una generación a otra; 2) que estén particularmente vinculados a un pueblo o comunidad indígena tradicional, que los preserva de una generación a otra; y 3) sean parte integrante de la identidad cultural de un pueblo o comunidad indígena o tradicional que sea reconocido como su titular porque sobre ellos ejerce su custodia, conservación, titularidad colectiva o responsabilidad cultural' (OMPI, 2006, anexo, p. 39). Pues bien, una interpretación rígida de estos requisitos haría dudoso que la protección pudiera recaer sobre un tipo de innovación que, dadas las facilidades existentes hoy en día de in-

formación, comunicación y movilidad, tenderá a ser bastante frecuente. Nos estamos refiriendo a las innovaciones que combinen prácticas y técnicas tradicionales con prácticas y técnicas importadas por las comunidades del entorno no tradicional. Piénsese, por ejemplo, en que una o varias comunidades dedicadas a la agricultura tradicional adoptaran alguna técnica moderna como el cultivo en invernaderos de plástico. Es dudoso que una innovación de este tipo cumpliera con los requisitos anteriores si éstos se interpretan de manera rígida, por lo que habría que situarla fuera de los CCTT, como las innovaciones de las que en el documento (OMPI, 2010b) se dice expresamente que no forman parte de los CCTT. En ese documento se distingue entre las innovaciones realizadas dentro del marco tradicional y que seguirían siendo parte de los CCTT “como tales”, de las innovaciones que se basan en los CCTT pero que no forman parte de ellos. Por ello, si se pretende que el esquema de protección que venimos comentando fomente este tipo de innovaciones, parece ineludible manejar un concepto de los CCTT que subraye más explícitamente su carácter adaptativo y dinámico.

Por otro lado y como es obvio, nada que decir sobre las innovaciones patentables. Aunque no sean protegibles como CCTT, lo son bajo el derecho de patentes.

#### **4. La tensión entre los intereses de los titulares de los CCTT y los de la sociedad en su conjunto**

En la sección anterior hemos examinado algunos aspectos de los mecanismos por los que la protección de los CCTT debería contribuir al desarrollo y el bienestar de la propia comunidad. Permítasenos en ésta ocuparnos de la medida en la que la protección de los CCTT debería contribuir al desarrollo y al bienestar de la población en su conjunto.

##### **4.1. ¿Quién debe ser beneficiario de la protección, la comunidad o la sociedad en su conjunto?**

Desde el punto de vista más ampliamente aceptado en Economía, el sistema PI se concibe como un instrumento al servicio del bienestar general de la sociedad. En el caso particular de la propiedad industrial, el sistema tiene como función fomentar la innovación, la productividad, el crecimiento y con ello, la posibilidad de que los miembros de la sociedad gocen de más oportunidades, o lo que viene a ser lo mismo, de un mayor bienestar. El valor social potencial de una innovación de consumo, por ejemplo, se analiza precisamente como el conjunto de ventajas que, bajo el punto de vista de sus posibles consumidores, ofrecería a éstos si se produjera y distribuyera de manera eficiente.

Por el contrario, la propuesta de protección de los CCTT que venimos comentando, articulada en torno a la defensa frente a apropiación indebida y a los principios de consentimiento fundamentado previo y de participación justa y equitativa en los beneficios, presenta un claro sesgo hacia el reconocimiento y la protección de los derechos de las comunidades tradicionales y, en particular, hacia el reconocimiento y la protección del derecho a que estas comunidades obtengan un beneficio como titulares de sus CCTT.

En la documentación de referencia se habla a veces del necesario equilibrio con los derechos de terceros, pero esas cautelas suelen referirse a los agentes y entidades que hacen o pretenden hacer uso de esos conocimientos.

De hecho, ni en el articulado de la protección, ni en la exposición de objetivos políticos y criterios reguladores se encuentran prácticamente nunca mencionados los derechos o el bienestar del resto de la población, de la sociedad en su conjunto. (véase, por ejemplo, OMPI, 2008; Anexo, pp. 3-6). Si sólo se tratara del articulado no sería nada digno de resaltar. Al fin y al cabo, el articulado se centra en configurar un esquema de protección de los derechos de las comunidades sobre sus CCTT, y no sobre los derechos ni los beneficios del resto de la sociedad. Lo más significativo es que ese sesgo se observa en la enumeración y los comentarios de los objetivos políticos y criterios regulativos que acompañan la propuesta de protección. Esos objetivos y criterios tienen también como eje principal la defensa de los derechos y beneficios debidos de las comunidades.

##### **4.1.1. Justicia vs. eficiencia**

Todo indica que la justificación del planteamiento tan sesgado hacia el beneficio de la comunidad estaría basada sobre todo en razones de justicia. Por un lado, porque frecuentemente se mantiene la idea de que al proteger los CCTT de las comunidades lo que se hace no es más que proteger lo que es propiedad de esas comunidades, protección por lo tanto similar al que se proporciona a cualquier otro derecho de propiedad. Pero se detecta también con bastante claridad que en esas razones de justicia late la situación de pobreza y de marginación social y política en la que viven la mayoría de las comunidades tradicionales, y especialmente de las comunidades indígenas. En cualquier caso, las razones de justicia serían tan obvias que ni siquiera se debate sobre ellas, aunque a veces se mencionan expresamente (véase, por ejemplo, Cottier y Panizon, 2004).

También en este punto resalta la contraposición con el punto de vista prevalente en Economía, porque la justificación que se hace en esta disciplina de la PI no apela a razones de justicia. Por el contrario, y especialmente en el caso de la propiedad industrial, la justificación es consecuencialista, instrumental, de raíz utilitarista. Por encima del reconocimiento de derechos o de las razones de justicia social, priman las consideraciones de eficiencia. Es más, la propia asignación de la propiedad estaría sujeta a razones de eficiencia incluso en enfoques nada sospechosos de radicalismo (ver, por ejemplo, Landes y Posner, 2006, pp. 21-27). La PI es, desde el punto de vista económico, un mecanismo orientado a fomentar el crecimiento, sin funciones redistributivas. Éstas, se supone, deben ser el cometido de otros mecanismos, de otros campos de la actividad política o de otras instituciones.

##### **4.1.2. Beneficios y costes sociales vs. reconocimiento de derechos**

Esta diferente perspectiva puede traer consigo diferencias importantes en cuanto a la percepción de los costes que entraña la propia protección y en cuanto a la forma de entender el equilibrio que debería mediar entre las ventajas o beneficios sociales proporcionados por la protección y los costes sociales que ésta origina.

Si se considera que el objetivo de la protección es el reconocimiento de derechos que se consideran bien establecidos, y si como justificación adicional operan las razones de justicia derivadas de la situación económica, política y social de las comunidades, las posibles consecuencias perjudiciales para el resto de la sociedad tenderán a relegarse a un segundo plano. Lo primordial es reconocer los derechos aludidos y contribuir con ello a mejorar esa situación social de las comunidades.

En términos más generales, un enfoque centrado en el reconocimiento de derechos o en la idea de justicia, no sólo tenderá a minusvalorar los costes que pueden generarse para el resto de la sociedad, sino que tenderá a pasarlos por alto porque lo que se persigue es que cada uno reciba lo que debe recibir. Llevando al límite el argumento, no se podría hablar de costes sociales. Se trataría más bien de la pérdida de beneficios indebidos. Es como confiscar un cuadro adquirido de forma ilícita y restituirlo a su verdadero propietario.

Por el contrario, en el enfoque económico predominante, esos posibles perjuicios a la sociedad en su conjunto desempeñan un papel principal, hasta el punto de que si fueran superiores a los beneficios que la protección podría acarrear para el resto de la sociedad, esa protección quedaría sin justificación. La protección se justifica si en la comparación entre los beneficios y costes sociales generados por ella aquellos son superiores a éstos.

**4.1.3. Costes sociales originados por la propia protección**  
Esa tensión beneficios sociales-costes sociales surge porque la protección, que es un mecanismo diseñado para generar beneficios sociales, también origina costes sociales por su propio diseño.

Limitémonos por sencillez y por ser los más conocidos a los costes de acceso y comencemos por imaginar el caso de un medicamento descubierto en un laboratorio público. El medicamento resultante es un genérico abierto a la competencia. El precio no tiene que repercutir los costes de investigación. Lo ofrecerán todos los laboratorios que vean una oportunidad de negocio. Eso impide, además, que las empresas que ya venden el medicamento pongan precios muy superiores al coste de producción, porque si la oportunidad de negocio es extraordinaria, seguirán afluyendo otros laboratorios a producir y vender el medicamento. Por lo tanto, la población tendrá un acceso más barato, el volumen de intercambios será mayor y la población beneficiada será también mayor. Imaginemos ahora que el medicamento lo patentó una gran farmacéutica. Al monopolizar el mercado, ella impondrá el precio, que será normalmente muy superior al coste de producir la caja de píldoras o de ampollas que termina vendiendo, y reducirá la cantidad producida y vendida para que pueda mantenerse ese precio. Lo hace porque tiene que enjugar los importantes costes de I+D, pero también porque se lo permite el poder de mercado que le confiere la concesión de un monopolio legal. Pero a ese precio, la población que pueda comprarlo será menor, con lo que se genera escasez y una limitación de acceso que significa un coste social (por cuanto ese medicamento se produce a un coste notablemente inferior).

Estos costes sociales son pues la otra cara de la moneda de los beneficios sociales que la protección de la innovación puede traer consigo. Puesto que la justificación de la innovación es su valor social, al estimar éste deben restarse de

sus beneficios sociales potenciales los costes sociales debidos a ineficiencias en las que puede haberse incurrido al proveer la innovación. Y entre éstas destaca las ineficiencias originadas por el mecanismo de protección mismo, al proteger mediante la concesión de un derecho en exclusiva, de un monopolio legal que es lo que se concede cuando se otorga una patente. Con ello, se crea escasez y se altera el precio respecto de lo que sería eficiente, por lo que se crea un coste social. No se trata simplemente de un coste porque cueste más. Es un coste social porque priva a parte de la población del acceso a la innovación, parte de la población que estaría dispuesta a pagar lo que cuesta producirla y hubiera podido acceder a ella si se produjera y distribuyera en condiciones de eficiencia.

Nótese que cuando se considera que ese monopolio es un coste social que, de ser posible, debería ser evitado, se está defendiendo en el fondo la misma idea que justifica la persecución de las prácticas monopolistas y la defensa de la competencia. La diferencia radica en que el coste social originado por la protección de la patente se justifica como un coste necesario para alcanzar los beneficios sociales que se persiguen con el derecho de patentes, mientras que detrás de las prácticas antimonopolistas no habría más que la búsqueda de rentas y de beneficios privados.

#### 4.1.4. Limitaciones a la propia protección para atenuar los costes sociales

Esta percepción de los costes que genera la protección proporcionada por la patente subyace a y explica las limitaciones que se imponen a la protección, por ejemplo, limitando su duración, estableciendo exenciones como el uso experimental de las patentes, y sobre todo, estableciendo el requisito de hacer pública la invención. Y en el caso del secreto comercial, por ejemplo, reconociendo la ingeniería inversa como un método legítimo para romper el secreto.

Por ello, no debe sorprender que esa diferente percepción de los costes sociales lleve en el caso de la propuesta de protección de los CCTT que nos ocupa a delinear un sistema que, en comparación con el sistema PI, podría considerarse como "sobreprotectora" en algunos aspectos destacados.

##### 4.1.4.1. Una primera consideración. *Comparación con las patentes*

Comparemos brevemente a modo de ilustración el objeto protegido por el derecho de patentes y lo que la propuesta que estamos comentando trata de proteger.

Esta propuesta se centra en conceder a los titulares un control pleno sobre el acceso a los conocimientos. En este sentido, el tipo de protección ofrecido se parece más al secreto comercial o industrial que al derecho de patentes, con el que media una diferencia crucial.

En efecto, el derecho de patentes concede el control en exclusiva de la utilización y explotación de la invención, es decir, de la explotación de las innovaciones de producto o de proceso cubiertas por la patente. Pero al hacerlo exige la publicación y puesta a disposición del público de la información necesaria para que un experto pueda materializar y hacer funcionar en la práctica la invención. La patente es un documento a disposición del público, que además es actualmente de fácil acceso vía Internet. Con ello se espera no bloquear el progreso tecnológico, o minimizar los costes

sociales que las patentes pueden significar con respecto a ese bloqueo<sup>10</sup>.

Pero la protección propuesta no se limita a proteger los CCTT. ¿Cuáles son los activos tradicionales que las comunidades poseen y de los cuales pueden obtener algún rendimiento? Dejando de lado las expresiones culturales tradicionales, esos activos son los CCTT y los bienes que pueden producir e intercambiar al aplicar esos conocimientos. Aunque en el esquema de protección propuesto en la documentación de referencia se habla sobre todo de la protección de los CCTT como tales, también se establece que la protección debe incluir el uso de esos conocimientos. De esta manera, al conceder el control sobre la utilización de los conocimientos protegidos se concede también el control sobre los bienes derivados de esos conocimientos, es decir, los bienes que son producto directo de su aplicación.

Ya hemos reflejado más arriba la función que en la documentación de referencia se da a la legislación sobre la competencia desleal. Se concibe como el instrumento legal para defender los bienes derivados de los CCTT de la imitación y la copia oportunistas o ilícitas, y se subraya esta función como análoga a la que desempeñan los derechos de propiedad intelectual tradicionales (OMPI, 2006; Anexo, p. 17). Dicho de otro modo, como las exigencias de novedad y actividad inventiva limitan drásticamente la aplicabilidad del derecho de patentes a los CCTT, el enfoque adoptado en la documentación de referencia, centrado en la apropiación indebida y en la competencia desleal, ofrece un mecanismo alternativo para proteger no sólo los conocimientos, cosa que las patentes no hacen, sino también los bienes derivados de la aplicación directa de esos conocimientos, que es lo que las patentes hacen.

En suma, mientras que las patentes protegen el uso o la explotación de los conocimientos, pero exigen la divulgación de éstos, la propuesta de referencia trata de proteger tanto los conocimientos como los bienes y servicios producidos en aplicación de aquellos.

10. Ese requisito exige que la invención está descrita de manera tan completa que un experto pueda ponerla en práctica. Sobre el cumplimiento de este requisito existe bastante escepticismo entre los expertos. Además, no parece que con ello desaparezca la capacidad de las patentes para bloquear el progreso tecnológico. Una patente puede bloquearlo al hacer disminuir los incentivos para seguir investigando en invenciones cercanas, al encarecer (o impedir) el uso de la invención en mejoras, o al aumentar los riesgos de infringir alguna patente en aquellos sectores en los que, por tratarse de productos complejos o porque la tasa de innovación es elevada, el número de patentes por unidad de producto (o en un proyecto de I+D) es elevado (consecuencia: el coste de transacción puede ser muy elevado). Por ejemplo, estos problemas se han destacado en relación con el software.

Cimoli et al. (2011: 5) subrayan que el sistema moderno de patentes nació más para estimular la divulgación de la información tecnológica disponible, que para fomentar la innovación. Es por otra parte un hecho histórico, nada lejano en el caso de algunos países europeos, la vigencia de las patentes de introducción, que premiaban con la concesión de un monopolio legal la importación de invenciones aunque estuvieran patentadas en otros países. En España, por ejemplo, se podían solicitar patentes de introducción hasta la promulgación de la Ley de Patentes de 1986. Debo a Patricio Sáiz estas precisiones.

#### 4.1.4.2. Comparación con el secreto y la información confidencial

En relación con el secreto (y con la información confidencial) cabe hacer consideraciones de sentido análogo. El secreto protege directamente información y conocimientos, pero los procedimientos y los productos derivados de su aplicación pueden ser copiados, siempre que lo sean de una manera lícita, como por ejemplo, mediante ingeniería inversa. Si una empresa lanza al mercado un producto que puede ser copiado antes o después por otras empresas competidoras, éstas lo pueden hacer legítimamente, tenga o no que invertir en copiar un esfuerzo económico similar al que invirtió el titular del secreto. El secreto protege los conocimientos e informaciones correspondientes mientras el titular es capaz de mantener el secreto, con la ayuda que le proporciona la normativa que protege el secreto frente a actos ilícitos como el robo de información, el soborno o el incumplimiento de cláusulas de confidencialidad. Pero no protege los productos ni los productos como tales, de manera que en cuanto el secreto se quiebra de manera legal, desaparece la protección.

Aparentemente, con la protección propuesta en la documentación de referencia pasaría prácticamente lo mismo. Pero hay importantes diferencias. A una de ellas ya nos hemos referido anteriormente. El riesgo de que el secreto no pueda mantenerse durante cierto tiempo es considerablemente mayor en el caso del secreto comercial (e industrial) que en el caso de los CCTT. La razón es que en el primer caso el secreto se halla expuesto a la competencia en el mercado. Por eso se suele considerar que los secretos comerciales no suelen poder mantenerse durante mucho tiempo. Por el contrario, los CCTT cuya protección parece preocupar más no se encuentran sujetos a ese riesgo de ser descubiertos por medios lícitos, porque no se suelen encontrar expuestos del mismo modo en el mercado<sup>11</sup>.

Pero además, mientras que el secreto comercial sólo protege los conocimientos que el titular logra mantener en secreto, la propuesta de referencia prevé que la utilización de los conocimientos, es decir, la producción y comercialización de los bienes derivados, tanto si los conocimientos han sido divulgados como si no lo han sido, debe estar sujeta a la obligación de proporcionar una compensación equitativa a los titulares de los conocimientos.

#### 4.1.4.3. El asunto de la duración

Una dimensión clave en la protección que brinda el sistema PI es su duración. Por un lado, la duración debe ser suficiente para generar los incentivos que compensen las inversiones en dinero, tiempo y esfuerzo por crear e innovar. Pero por el otro, cuanto mayor sea esa duración mayores serán los costes sociales que se generan, puesto que el tiempo durante el cual se encarece y se dificulta el acceso es mayor. De ahí que una variable de control clave del sistema sea precisamente la duración de la protección.

11. En la documentación de referencia parece defenderse la idea de que la copia o imitación debe considerarse desleal salvo que los costes de la copia no proporcionen ventaja competitiva (véase, por ejemplo, OMPI, 2006, anexo, p. 17). Si fuera así, el alcance de este tipo de protección sería notablemente más amplio del que suele concederse a la legislación sobre competencia desleal, y la protección brindada por el secreto sería así superior en este aspecto a la proporcionada habitualmente por el secreto comercial.

En este aspecto, los sistemas de propiedad intelectual y de la propiedad industrial se regulan de manera muy diferente. En la propiedad intelectual, la duración de la protección es enorme: la vida del autor más setenta años. En cambio, una patente tiene una vida de veinte años (salvo las farmacéuticas, que pueden tener una duración algo mayor en atención al tiempo que puede llevar conseguir la autorización administrativa para su comercialización).

Como ya hemos apuntado, se suele dar por supuesto que la protección de los CCTT, por su carácter de tipo más bien técnico, tendría su analogía más propia en el derecho de patentes, mientras que la protección de las expresiones culturales tradicionales encontraría su análogo en la propiedad intelectual. De acuerdo con ello y dado que la propuesta de protección que venimos comentando se dice inspirada en la perspectiva de la PI, lo que cabría esperar es que en la protección de los CCTT se detectara un propósito de reducir su duración al mínimo necesario. Además, como la protección de los CCTT protege que se mantengan en secreto o como información confidencial, el perjuicio para la sociedad en su conjunto si se prolonga el mantenimiento del secreto podría ser muy notable.

Sin embargo, a propósito de la duración de la protección de los CCTT en la propuesta que comentamos se opta por una extensión muy amplia o incluso ilimitada (siempre que los CCTT cumplan los requisitos que los hacen verdaderos conocimientos tradicionales susceptible de protección: 'La protección de los conocimientos tradicionales contra su apropiación indebida permanecerá en vigor en cuanto dichos conocimientos satisfagan los criterios de admisibilidad de la protección establecidos en el artículo 4' (OMPI, 2006; Anexo, p. 63). Y se subraya a este propósito lo siguiente: 'En los debates en torno a los CCTT, los miembros del Comité han hecho hincapié en la necesidad de contar con una protección más duradera, que se perpetúe de generación en generación; éste es uno de los argumentos que se esgrimen a favor de la protección de los conocimientos por medios *sui generis* y en detrimento de las legislaciones convencionales en materia de propiedad intelectual' (OMPI, 2006; Anexo, p. 62)<sup>12</sup>.

#### 4.1.4.4. Derechos morales

Esta forma de combinar perspectivas que en el sistema PI pertenecen a esferas distintas se observa también en la reivindicación de los llamados derechos morales.

Entre los derechos sobre los CCTT que según el punto de vista de la propuesta de referencia deberían reconocerse y protegerse, se contempla también "el de reivindicar una forma de derecho moral, como el derecho a la integridad de los CCTT y la mención de su origen" (OMPI, 2006; Anexo, p. 21; sobre la posible forma de cumplimentar estos requisitos puede verse OMPI, 2003). Pero la reivindicación y el reconocimiento de los derechos morales, como sucede también con las reivindicaciones de una protección de duración ilimitada, están vinculados básicamente

con la protección de obras literarias y artísticas. Y desde luego, están ausentes del derecho de patentes y del secreto comercial e industrial. Nuevamente, pues, se constata una especie de utilización combinada de medios de protección que en el sistema PI están previstos para tipos de protección diferentes.

#### 4.1.4.5. Exenciones

Otro capítulo que pone de manifiesto la medida en la que se tienen en cuenta en el sistema PI los perjuicios sociales que se podrían originar si se extendieran los derechos en exclusiva conferidos por la protección industrial son las exenciones, es decir, aquellos usos de la materia protegida por terceros que sin embargo no infringen los derechos del titular aunque no cuenten con una autorización expresa. En el caso del derecho de patentes, por ejemplo, la exención más conocida y aceptada es la utilización con fines de investigación o experimentales. En el terreno de la propiedad intelectual la doctrina más conocida es el uso leal (*fair use*).

En contraste con ello, en la propuesta objeto de estos comentarios las excepciones que se consideran son las relativas al uso y transmisión de los CCTT en el contexto tradicional, y el uso por terceros de los CCTT divulgados siempre que ese uso sea leal y se proporcione una compensación justa y equitativa. En concreto, el artículo 8 de la propuesta dice: 'La protección permanente de los conocimientos tradicionales no debe ir en detrimento de: i) la disponibilidad permanente de esos conocimientos para la práctica, el intercambio, el uso y la transmisión consuetudinarios por parte de los titulares; y ii) el uso de la medicina tradicional en el hogar; el uso en hospitales públicos, especialmente por parte de los titulares de conocimientos tradicionales asignados a dichos hospitales; o el uso a otros fines de salud pública. 2). En particular, las autoridades nacionales podrán excluir del principio de consentimiento fundamentado previo el uso leal de los conocimientos tradicionales que ya estaban a disposición del público en general, siempre y cuando los usuarios de esos conocimientos proporcionen una compensación equitativa por lo usos industriales y comerciales de dichos conocimientos (OMPI, 2006; Anexo, p. 27).

En síntesis, sólo se contemplan como excepciones la transmisión y el uso de los CCTT en el seno de las comunidades o entre comunidades, o el uso de conocimientos de medicina tradicional para usos domésticos u hospitalarios. Y en el caso del uso leal, sólo se contempla la excepción respecto del principio de consentimiento libre fundamentado, no del principio de la compensación equitativa.

Es muy ilustrativo al respecto que no se prevea una excepción relacionada con la investigación científica, de manera que en términos estrictos se puede decir que la investigación científica sobre conocimientos, normas y prácticas tradicionales está sujeta también al principio de consentimiento fundamentado previo, consentimiento en el que podrá o no establecerse la obligación de efectuar compensaciones a la comunidad (en este caso quizá no monetarias).

Esta ausencia, sin embargo, no es tan sorprendente como podría parecer a primera vista. Hay que tener en cuenta dos cosas. Por un lado, que la investigación científica conduce a la divulgación abierta de los CCTT descubiertos. En segundo lugar, que aunque se establece en la propuesta que también debe haber compensación por la utilización de los CCTT di-

12. En algunos países se ha fijado legalmente una duración limitada, que suele ser muy amplia. Pero este procedimiento requiere de un registro a partir del cual empieza a contar el plazo previsto. Parece que este problema, además de tropezar con posiciones contrarias a la divulgación en registros aunque sean de acceso limitado, no está resuelto satisfactoriamente.

vulgados previa y lícitamente, esa compensación no requiere el acuerdo que fija el principio del consentimiento previo, y se concibe, por lo tanto, como una compensación menor que la que devenga la utilización de los CCTT no divulgados. Por todo ello, la exención a la investigación científica, antropológica por ejemplo, conduciría a abrir una especie de puerta trasera por donde se convertirían en divulgados CCTT que, de no estarlo, necesitarían de un acuerdo expreso de los titulares para su utilización y devengarían una compensación mayor.

#### 4.2. ¿Deben estar los CCTT a disposición del público?

En otro orden de cosas y para ir cerrando la sección, imaginemos que se hiciera una encuesta entre personas que compartieran la perspectiva prevalente en Economía al concebir la función del sistema PI. En esa encuesta se preguntaría si los CCTT 1) deberían ser protegidos, o 2) deberían seguir o pasar a estar en el dominio público, o si se prefiere la expresión, a disposición del público. Aunque sea una especulación sobre una encuesta imaginaria, uno aventuraría que al menos un porcentaje holgado de respuestas serían favorables a la segunda opción. Y la razón es simple, es la respuesta más coherente con la perspectiva que hemos imaginado que comparten esas personas.

##### 4.2.1. El movimiento de defensa del dominio público

Hoy en día estamos ante la presencia pujante de una serie de movimientos que, seguramente como reacción al proceso de expansión tan fuerte que el sistema PI viene experimentando desde mediados de los años setenta del siglo pasado, 1) consideran abiertamente desmesurados y perjudiciales los costes sociales que genera el grado de protección que otorga el sistema PI en la actualidad, especialmente en el campo de la propiedad intelectual en sentido estricto y de la protección de las creaciones artísticas (y científicas); y 2) han emprendido una defensa activa del dominio público y de su expansión frente al avance incontenible del dominio propietario.

Las razones esgrimidas son diversas. Hay, por ejemplo, quien ve en la expansión del sistema PI una amenaza para la cultura democrática. Hay quien considera que se pone en riesgo el propio progreso tecnológico. Y todo el mundo coincide en resaltar que las creaciones e invenciones son a su vez el recurso clave para la producción de nuevas creaciones, invenciones y nuevos conocimientos. De manera que al dificultar, encarecer o impedir el uso de un conjunto tan amplio de creaciones artísticas y científicas, y de invenciones, lo que termina por ponerse en riesgo es la creación de nuevas creaciones y de nuevas invenciones. Por lo tanto, cuanto más limitado sea el dominio público, más se estará encareciendo, dificultando o haciendo imposible el progreso artístico y tecnológico (y hasta científico). Y viceversa, cuanto mayor sea el fondo de recursos intelectuales al que se tiene acceso más fácilmente y de manera más barata, más rápido será el progreso epistémico y artístico. De donde se desprende que el dominio público debe defenderse como un elemento de importancia cultural, tecnológica y científica clave, como la reserva de uso común de recursos artísticos y tecnológicos para la producción de nuevos bienes y recursos artísticos y tecnológicos, y de nuevos conocimientos.

Seguramente los movimientos específicos más conocidos son los relacionados con el software, como el movimiento del software libre o del código fuente abierto, o la organización Creative Commons. Pero la marea está llegando mucho más lejos, y abarca todos los campos de materia protegida (véanse, por ejemplo, Boyle, 2008 y Fisher, 2001).

##### 4.2.2. Dominio público por no tratarse de creaciones ni invenciones nuevas, y por los costes sociales potenciales del secreto

Pero no hace falta compartir plenamente las posiciones más beligerantes en defensa del dominio público para poder aceptar la idea de que los CCTT, precisamente por estar ya dados, y sobre todo por los beneficios sociales que podrían reportar si estuvieran públicamente disponibles, deberían estar o pasar (en el caso de los no divulgados) al dominio público, o si prefiere decirlo así, deberían pasar a estar a disposición del público (sobre estas nociones puede verse OMPI, 2010b). Piénsese por ejemplo en la posibilidad de que por desconocimiento de una planta medicinal utilizada por una o varias comunidades no se hubiera emprendido el proceso de I+D que podría haber culminado con la puesta en el mercado de un medicamento eficaz contra alguna enfermedad importante y generalizada. Sería un coste social difícil de justificar desde la perspectiva de la PI.

Debido a esta forma de pensar, coherente con la perspectiva que brinda la interpretación predominante en Economía del sistema PI, las personas que adoptan esa perspectiva tenderán en muchos casos a aceptar que los CCTT estén públicamente disponibles.

Además, divulgar no significa necesariamente que las comunidades no reciban contraprestaciones. Se puede concebir, por ejemplo, un mecanismo de divulgación y puesta a disposición del público de los CCTT que fuese voluntario por parte de las comunidades y estuviera incentivado por una compensación. Por ejemplo, la divulgación podría subvencionarse con fondos públicos. Y al ser voluntaria, el mecanismo no infringiría el derecho al secreto cuando la comunidad considere que 'determinados conocimientos se consideran secretos, sagrados y elementos inalienables del patrimonio cultural indígena desde tiempos inmemoriales' (OMPI, 2010b; p. 2).

Aunque para tomar en consideración un mecanismo de esta naturaleza se requeriría seguramente una información más ajustada sobre los beneficios sociales que se podrían derivar de un programa de divulgación así. Y sobre todo, parece que chocaría con los beneficios que parecen esperarse del secreto, como hemos comentado ya.

##### 4.2.3. ¿Contraposición con todas las interpretaciones del sistema PI?

En cualquier caso, la contraposición entre favorecer el mantenimiento en secreto frente a favorecer la divulgación de los CCTT refleja con especial nitidez la contraposición entre la idea de protección dibujada en la propuesta que nos ocupa y la perspectiva económica del sistema de PI en particular, y de la protección del conocimiento en general.

Aunque hay que apuntar adicionalmente, que esa perspectiva económica en la interpretación o justificación del sistema PI no es la única. Desde un punto de vista filosófico más general, la economía del bienestar y el enfoque habitual en economía de la PI se enmarcan en la tradición utili-

tarista. Y sucede que, sobre todo recientemente, se está prestando una atención académica creciente (1) a rastrear en la propia legislación y en las argumentaciones de jueces y abogados la influencia de otros enfoques para desarrollarlos y sistematizarlos, y (2) para aplicarlos en la interpretación y justificación del sistema. Y los más destacados entre esos enfoques son mucho más favorables a interpretar la protección como un reconocimiento y protección de derechos de propiedad. En particular, destacan los intentos de desarrollo de la teoría de la propiedad de Locke para cubrir y justificar la propiedad intelectual, o los vinculados con la filosofía de la personalidad, cuyas raíces se retrotraerían a Kant y Hegel (véase Boyle, 2008, cap. 2; Hughes, 1988; Fisher, 2001, Menell, 2000, y Waldron, 1993). Aunque hay que matizar, igualmente, que esos enfoques están vinculados más con la propiedad intelectual en sentido estricto (derechos de autor) que con la propiedad industrial. Repárese a este respecto, por ejemplo, en que los titulares de patentes son habitualmente empresas, no inventores individuales (lo que, dicho sea de paso y a pesar del rótulo “derechos de autor”, es lo que sucede frecuentemente también en el campo de estos derechos con los discos musicales, las películas y el software, por poner algunos de los ejemplos más obvios).

También se impone una matización respecto de la propia orientación de la Economía del Bienestar. Parece bastante claro que la orientación predominante es la basada en el criterio de eficiencia, y que de cara a al sistema PI y de la protección del conocimiento en general se orienta en el sentido comentado más arriba. Pero eso no significa que en la moderna Economía del Bienestar sea ése el único enfoque. Por ejemplo, hace ya bastante tiempo que Amartya Sen elaboró algunos resultados, como la paradoja liberal, para poner de manifiesto el conflicto que podía surgir al tratar de integrar en un mismo punto de vista social consideraciones de eficiencia y de reconocimiento de derechos (Sen, 1976). Y como es bastante sabido por la popularidad de que goza este autor en los ambientes académicos, ese tipo de resultados le ha ido conduciendo a sopesar las limitaciones del planteamiento estándar en la economía del bienestar, y a defender la necesidad de adoptar un enfoque que integre valores como la justicia y la libertad. Además, Sen no es el único en rastrear nuevas orientaciones más vinculadas con estos valores. Sin embargo, hoy por hoy estos intentos siguen siendo minoritarios y están generalmente circunscritos a círculos de especialistas.

#### 4.2.4. El movimiento de expansión del sistema PI.

**La protección propietaria y un posible efecto paradójico**  
Aunque las motivaciones políticas más de fondo sean otras, curiosamente el énfasis en la protección de los CCTT y la idea de vincular esa protección con la perspectiva de la PI coincide en el tiempo con el vasto movimiento de expansión del sistema PI que se viene impulsando desde mediados de los años setenta del siglo pasado, al que ya nos hemos referido más arriba. De alguna manera podría decirse que los avances en el diseño y puesta en práctica de sistemas *sui generis* de protección de los CCTT son piezas en ese movimiento expansivo.

Ese movimiento de expansión ha suscitado numerosas reacciones críticas, sobre todo en el ámbito académico y de movimientos como los indicados más arriba en defensa del

dominio público, y también aunque con menor intensidad en el ámbito político y en los medios de comunicación. La limitación de acceso que imponen las patentes farmacéuticas especialmente en los países con poblaciones de bajo poder adquisitivo, el dominio del mercado de las empresas multinacionales titulares de patentes sobre semillas, o los costes que introducen las patentes biotecnológicas no sólo en el campo de la investigación sino en el propio campo del diagnóstico, son ejemplos de problemas denunciados en los medios (ver por ejemplo, PUBLICO, 11/04/2011; EL PAÍS, 31/03/2011).

Por otra parte, sucede que a la protección de los CCTT subyace muy frecuentemente una concepción propietaria. Según esa concepción la protección de los CCTT no haría más que proteger el derecho de propiedad de las comunidades sobre esos conocimientos, concepción que como hemos apuntado más arriba, vendría a entroncar con las corrientes más conservadoras en la defensa de la apropiación del conocimiento.

Todo lo cual podría tener un efecto paradójico. Poner énfasis en la defensa de los CCTT bajo una esquema propietario podría ser inconsistente con la crítica del sistema PI por los costes sociales que origina su expansión. Como cuestión de principio, no es fácil argumentar a favor de un esquema propietario de protección de los CCTT por un lado y mantener por el otro una postura contraria a la protección propietaria proporcionada por los derechos de autor o por el derecho de patentes, o por alguna de las extensiones *sui generis* como la relativa a las variedades vegetales o a las patentes biotecnológicas.

En realidad, apelar a razones de justicia que no requieran derechos exclusivos podría ser igualmente efectivo y no parecería incoherente con la posibilidad de denunciar los excesos de la aplicación actual del sistema PI. De hecho, la propuesta de la OMPI es muy cuidadosa al respecto, matizando reiteradas veces que, basándose en la defensa contra la competencia desleal, en ella no se incluye el reconocimiento de más derechos exclusivos como un componente que deba estar presente necesariamente. Por ejemplo, en el apartado 2 del artículo 2 de OMPI, (2006; Anexo, p. 7) se dice expresamente, que la protección no tiene por qué otorgarse por medio de derechos de propiedad exclusivos. Aunque se señala acto seguido que de acuerdo con la propuesta esos derechos pueden concederse, cuando proceda, a los titulares individuales y colectivos de los conocimientos tradicionales.

#### 4.2.5. La protección frente a demandas internacionales

Hay sin embargo un extremo en relación con el cual la perspectiva económica vendría a ser favorable a la protección basada en el consentimiento fundamentado y la compensación justa y equitativa. Aunque no se trataría tanto de la perspectiva predominante sobre el sistema PI, sino de cómo es razonable que se comporte el gobierno de un país con CCTT demandados por compañías extranjeras a la vista de las estipulaciones sobre el sistema PI aprobadas en 1994 en la Organización Mundial del Comercio. Y el asunto es un capítulo importante de la protección de los CCTT que venimos comentando porque en la documentación de referencia la defensa y protección de los CCTT frente a la bioprospección parece ser uno de los objetivos principales de la propuesta y ésta parece estar concebida sobre todo para defender a las

comunidades frente a compañías multinacionales de matriz extranjera.

En un sentido cabría decir a nivel de la población mundial algo análogo a lo expresado más arriba en relación con el bienestar social a nivel de país. Los costes sociales que genera la protección deben sopesarse y limitarse en función de los beneficios sociales que pueden generar los CCTT a nivel mundial, como pone de relieve el ejemplo de la planta medicinal cuyo uso es mantenido en secreto que imaginábamos más arriba. Pero en este caso hay un elemento que hace distinta la situación. Porque ese mismo razonamiento teórico no respaldaría la extensión del sistema PI a nivel mundial que ha traído consigo el Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC, más conocido por sus siglas en inglés: TRIPS). Con ese acuerdo, los países integrantes de la Organización Mundial del Comercio han aceptado incluir en sus legislaciones nacionales un sistema de PI de gran homogeneidad y de un nivel de exigencia similar al que está vigente en los países más desarrollados. Ese acuerdo confiere a estos países, que son los mayores exportadores netos de bienes protegidos, una ventaja competitiva frente a los países exportadores de materias primas por ejemplo, o de otros bienes no protegidos. Esa ventaja se traduce en que los términos de los intercambios entre unos y otros países son más favorables para los exportadores de bienes protegidos que si no se hubiera firmado el acuerdo y los otros países no se hubieran comprometido a hacer suyo el sistema PI en esos términos. Dicho de otra manera, al quedar eliminada la competencia en los demás países, la exportación de bienes protegidos procura precios y beneficios más altos.

Sin embargo, ni desde un punto de vista del bienestar general de un país con CCTT ni desde el punto de vista de su desarrollo está nada claro que esa fórmula sea la más adecuada. Más bien lo contrario (ver Scotchmer, 2004, cap. 11; Cimoli et al.). ¿Qué debe hacer un gobierno de un país con comunidades poseedoras de CCTT? ¿Debe limitar su protección en aras a razones de bienestar social planetario como las indicadas más arriba? ¿O debe, por el contrario, procurar que los términos de los intercambios internacionales relacionados con los CCTT propios sean lo más ventajosos posible para las comunidades nacionales? En este segundo caso, la defensa y protección de los CCTT y la ventaja o los beneficios que pueda traer a las comunidades es la respuesta en reciprocidad que la propia idea de racionalidad económica podría aconsejar.

## 5. Resumen y conclusiones

Como se anuncia al principio, este trabajo analiza desde una perspectiva económica algunos rasgos de la propuesta de protección *sui generis* contenida en varios documentos elaborados por la secretaria del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, de la OMPI.

En la sección segunda se recuerdan las razones habitualmente esgrimidas para justificar la elaboración de un sistema *sui generis* de protección, y se pasa a continuación a presentar el mecanismo de protección articulado en la propuesta mencionada, cuyo eje es la protección de los CCTT de su apropiación y uso indebidos, y entendiéndose que éstos

se producen si la adquisición, apropiación o la utilización de los CCTT se hace 1) por medios desleales o ilícitos; o 2) sin respetar el principio del consentimiento fundamentado previo, o 3) o sin respetar el principio de la participación justa y equitativa en los beneficios. Una protección de este tipo parece orientada fundamentalmente a la protección de los CCTT no divulgados, aunque también se exija una compensación por el uso de los CCTT que hayan sido previamente divulgados de manera lícita.

Comenzábamos la sección tercera distinguiendo tres tipos de intercambios: 1) la transferencia de conocimientos demandados por sí mismos; 2) la cesión de derechos o la concesión de licencias a terceros para producir y comercializar productos derivados; y 3) la producción y comercialización de bienes derivados por parte de (miembros de) la propia comunidad. Por razones de brevedad y dada la semejanza entre los intercambios de los dos primeros tipos, la sección se centra en el primero y en el tercero de ellos.

En relación con los intercambios de transferencia de conocimientos comenzamos por comentar los posibles efectos relacionados con el problema de Hirshleifer, y pasábamos acto seguido a considerar diversos escenarios, recalcando la diversidad de casos y situaciones posibles y, de manera especial, la desventaja de las comunidades desde el punto de vista informativo. Después de examinar algunos posibles mecanismos para paliar esta desventaja, subrayábamos la conveniencia de adoptar planteamientos flexibles, y la necesidad de que las comunidades cuenten con apoyos externos dada su desventaja mencionada.

En cuanto a los intercambios de bienes derivados comercializados por (miembros de) la propia comunidad, examinábamos los diversos factores más relevantes que condicionan la efectividad económica de la protección y las dificultades de las comunidades para manejarlos por ellas mismas, de donde volvíamos a subrayar la necesidad que habitualmente habrá de apoyo externo, y de políticas de desarrollo. La exposición de los factores aludidos nos daba pie, a continuación, para analizar las ventajas que para las comunidades puede ofrecer el empleo de signos distintivos (como las marcas registradas, las denominaciones de origen protegidas y las indicaciones geográficas protegidas), que son figuras del sistema PI pero que en un sentido jurídico riguroso no protegen los conocimientos, ni pueden por lo tanto proteger los CCTT en ese sentido. Sin embargo, como estrategias de comercialización, su uso adecuado puede traer consigo claras ventajas económicas, y pueden ser especialmente adecuadas a las necesidades de las comunidades y al tipo de bienes que éstas ofrecen.

La sección finalizaba con unos comentarios sobre la medida en la que la protección dibujada en la propuesta de referencia estimula la innovación.

En la sección cuarta hemos subrayado la diferencia entre la protección propuesta en la documentación de referencia y la brindada por el sistema PI en cuanto a quiénes son teóricamente los beneficiarios finales en una y en otra. Mientras que la propuesta de referencia trata claramente de beneficiar a las comunidades tradicionales, el sistema PI, aunque procure beneficios para los autores, inventores o empresas titulares de los derechos, tiene como beneficiarios finales a la población en su conjunto. Teóricamente se justifica el sistema si se cumple esa con-

dición: procurar un beneficio social neto de la población en su conjunto.

Esta diferencia parece responder claramente a los valores de fondo sobre los que se sustentarían uno y otro sistema. Bajo la propuesta que venimos comentado ese valor sería la justicia, asociada en este caso con la defensa de los derechos de las comunidades y, sobre todo, con la situación de pobreza y de marginación social y política en la que viven la mayoría de las comunidades tradicionales, y especialmente de las comunidades indígenas. La orientación y la justificación del sistema PI, por el contrario, descansaría básicamente en consideraciones de eficiencia.

Esa diferencia de fondo origina y se refleja en otras diferencias más visibles, como la forma tan diferente de tratar los costes sociales que la propia protección puede generar. Lo que da lugar a diferentes tratamientos de diferentes cuestiones importantes en un sistema de protección, como por ejemplo, la duración de la protección o las exenciones, a algunas de las cuales se pasa revista en el texto.

Otra diferencia muy notoria es la tendencia a considerar que los CCTT, en lugar de estar protegidos en el sentido del sistema PI o en un sentido análogo, deberían estar a disposición del público por quien está acostumbrado a pensar en estos temas bajo la perspectiva prevalente en Economía sobre la protección de los bienes intelectuales. Se señala, sin embargo, que ésa no es la única forma de considerar el sistema PI, y se indican algunas de las tendencias recientes en esa línea. La sección concluye con un apartado en el que se argumenta que, a pesar de la tendencia mencionada, la perspectiva económica vendría a ser favorable a la protección a la hora de plantearse cómo es razonable que se comporte el gobierno de un país con CCTT demandados por compañías extranjeras, especialmente a la vista de las estimaciones sobre el sistema PI aprobadas en 1994 en la Organización Mundial del Comercio.

## Bibliografía

- Bessen, J., Meurer, M J., 2008. Patent failure. How judges, bureaucrats and lawyers put innovators at risk. Princeton University Press, Princeton.
- Boldrin, M., Levine, D.K., 2008. Copy right: against intellectual monopoly. Cambridge University Press, Cambridge.
- Boyle, J., 2008. The public domain. Yale University Press, New Haven.
- Caldas, A., 2004. La regulación jurídica del conocimiento tradicional: la conquista de los saberes. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá.
- Cimoli, M., Dosi, G., Mazzoleni, R., Sampat, B., 2011. Innovation, technical change and patents in the development process: A long term view. Working paper series, Laboratory of Economics and Management, Sant'Anna School of Advanced Studies.
- Cottier, T., Panizzon, M., 2004. Legal perspectives on traditional knowledge: the case for intellectual property protection. *Journal of International Economic Law* 7, 371-398.
- Fernández Ham, P., Tuirán Gutiérrez, A., Ordorica Mellado, M., Salas y Villagómez, G., Camarena Córdova, R., Serrano, E., 2006. Informe sobre desarrollo humano de los pueblos indígenas de México 2006 (versión electrónica base 200). Comisión para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, noviembre de 2006, México DF.
- Fisher, W., 2001. Theories of intellectual property. En: Munzer, S.R. (Ed.), *New essays in the legal and political theory of property*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Hughes, J., 1988. The philosophy of intellectual property. *Georgetown Law Journal* 77, 287-366.
- Jaffe, A.B., Lerner, J., 2004. *Innovation and its discontents. how our broken system is endangering innovation and progress, and what to do about it*. Princeton University Press, Princeton.
- Landes, W.M., Posner, R.A., 2006. *La estructura económica del derecho de propiedad intelectual e industrial*. (Traducción de Víctor Manuel Sánchez Álvarez). Fundación Cultural del Notariado, Madrid.
- Menell, P.S., 2000. Intellectual property: general theories. En: Bouckaert, B., De Geest, G., *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. 2: Civil Law and Economics. University of Ghent, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham. pp. 129-156.
- OMPI, 2003. Proyecto de estudio técnico sobre los requisitos de divulgación relativos a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales.
- OMPI, 2006. La protección de los conocimientos tradicionales: proyecto actualizado de esquema de las opciones de política y los mecanismos jurídicos.
- OMPI, 2008. Reproducción del documento wipo/grtkf/ic/9/5: "la protección de los conocimientos tradicionales: revisión de objetivos y principios".
- OMPI, 2010a. Lista y breve descripción técnica de las diversas formas que pueden presentar los conocimientos tradicionales.
- OMPI, 2010b. Nota sobre los significados de la expresión "dominio público" en el sistema de propiedad intelectual, con referencia especial a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore.
- Scotchmer, S., 2004. *Innovation and incentives*. The MIT Press, Cambridge.
- Sen, A., 1976. *Elección colectiva y Bienestar Social*. Alianza Editorial, Madrid.
- Tirole, J., 1990. *La teoría de la organización industrial*. Ariel, Barcelona.
- Waldron, J., 1993. From authors to copiers: Individual rights and social values in intellectual property. *Chicago-Kent Law Review* 68, 841-887.