

La Protección Jurídica de los Conocimientos Tradicionales: Algunos Avances Políticos y Normativos en América Latina

Manuel Ruiz Muller



**La Protección Jurídica de los
Conocimientos Tradicionales:
Algunos Avances Políticos y
Normativos en América Latina**

Manuel Ruiz Muller

La designación de entidades geográficas y la presentación del material en este libro no implican la expresión de ninguna opinión por parte de la UICN o el Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ) respecto a la condición jurídica de ningún país, territorio o área, o de sus autoridades, o referente a la delimitación de sus fronteras y límites.

Los puntos de vista que se expresan en esa publicación no reflejan necesariamente los de la UICN o de BMZ.

Esta publicación ha sido posible gracias al financiamiento del proyecto "Supporting the Global Biodiversity Agenda" auspiciado por el el Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ).

Publicado por: UICN, Oficina Regional para América del Sur, Quito, Ecuador.



Derechos Reservados: © Unión Mundial para la Naturaleza / Sociedad Peruana de Derecho Ambiental

Se autoriza la reproducción de esta publicación con fines educativos y otros fines no comerciales sin permiso escrito previo de parte de quien detenta los derechos de autor con tal que se mencione la fuente.

Se prohíbe reproducir esta publicación para venderla o para otros fines comerciales sin permiso escrito previo de quien detenta los derechos de autor.

Citación: Ruiz, M. (2006) La Protección Jurídica de los Conocimientos Tradicionales: Algunos Avances Políticos y Normativos en América Latina, UICN, BMZ, SPDA, Lima - Perú.

Diseño de la cubierta: Pedro Lerma

Fotografía de la cubierta: Archivo fotográfico INDEPA

Fotografía interiores: Daniel Huamán Chang, Archivo fotográfico SPDA

Disponible en: http://www.sur.iucn.org/publicaciones/lista_documentos.cfm

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N°: 2006-1887

ISBN: 9972-792-54-4

Unión Mundial para la Naturaleza (UICN)

La Unión Mundial para la Naturaleza, fundada en 1948 agrupa a Estados soberanos, agencias gubernamentales y una diversa gama de organizaciones no gubernamentales, en una alianza única: más de 1000 miembros diseminados en 147 países.

Como Unión, la UICN busca influenciar, alentar y ayudar a los pueblos de todo el mundo a conservar la integridad y la diversidad de la naturaleza, y a asegurar que todo uso de los recursos naturales sea equitativo y ecológicamente sustentable.

La Unión Mundial para la Naturaleza fortalece el trabajo de sus miembros, redes y asociados, con el propósito de realzar sus capacidades y apoyar el establecimiento de alianzas globales para salvaguardar los recursos naturales a nivel local, regional y global.

<http://www.iucn.org>

Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA)

La SPDA es una asociación que desde hace casi dos décadas trabaja en el desarrollo, difusión y promoción del Derecho y Política Ambiental en el ámbito nacional, regional e internacional.

Se organiza en cuatro programas de trabajo: Conservación; Asuntos Internacionales y Biodiversidad; Defensa del Interés Público; Política y Gestión Ambiental. Asimismo, cuenta con un Centro de Información y Base de Datos en materia de política y legislación sobre ambiente, recursos naturales, conservación y desarrollo sostenible. La SPDA también se encuentra impulsando dos iniciativas: la Iniciativa de Prevención de la Biopiratería y la Iniciativa para la Conservación Privada y Comunal.

Su sede se encuentra en Lima, Perú.

<http://www.spda.org.pe>

Agradecimientos

Agradezco muy especialmente a Maria Fernanda Espinosa con quien se concibió la idea de esta publicación y quien la apoyó desde sus inicios.

También agradezco a Alejandro Argumedo, Pamela Ferro, Manuela González, Jorge Quezada, Flavia Noejovich, Henry Novion, Juliana Velez y Gonzalo Varillas quienes de diferentes maneras –facilitando información, datos, comentarios– han contribuido al logro de esta publicación.

Finalmente, agradezco a la Oficina Regional para América del Sur de la Unión Mundial para la Naturaleza quien, a través del Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung. (BMZ) de Alemania y su proyecto “Supporting the Global Biodiversity Agenda” han hecho posible esta investigación.

Nota del autor

La sola referencia a pueblos indígenas, comunidades indígenas, nacionalidades indígenas, etnias indígenas, comunidades nativas, comunidades campesinas y pueblos originarios, como objeto de estudio, plantea retos metodológicos considerables al momento de desarrollar una investigación como la presente.

Frente a las conocidas similitudes de los contextos sociales, económicos, culturales, religiosos, políticos y legales que circundan a estas categorías (por ejemplo la exclusión social, económica y laboral; el aislamiento geográfico; la pobreza en términos de ingreso económico), se presentan también considerables diferencias entre ellas.

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

Esta situación un tanto paradójica (de similitudes y diferencias), exige un grado importante de abstracción para plantear opciones en el ámbito político y normativo que sean satisfactorias para la generalidad de este sector de la sociedad y que, especialmente, tengan un impacto práctico del cual puedan beneficiarse de manera directa e inmediata.

En este sentido, muchas de las ideas y propuestas expresadas en esta investigación pueden ser perfectamente aplicables para ciertos grupos y absolutamente inconvenientes para otros. Lo que conviene en ciertos casos a los Ashaninkas en Perú, tal vez no tenga mayor relevancia para los Kuna en Panamá. O lo que resulta relevante e importante para

los Yanomani en Venezuela o Mayas en México, puede ser absolutamente irrelevante para los Mapuche en Chile o los Cogi en Colombia.

Por ello, no se pretende plantear soluciones universales para todos los problemas referidos a los CT ni para todos los grupos indígenas por igual. Todo lo contrario, la tesis central de esta investigación (la posibilidad de establecer un *sistema integral de protección de los CT*) ofrece precisamente la posibilidad de encontrar alternativas adecuadas que satisfagan a los diferentes grupos indígenas pero con un gran objetivo en la mira, a saber, ofrecer diferentes medios y alternativas para proteger los CT en función a sus necesidades específicas.

Es importante hacer esta breve disquisición metodológica, pues es la única manera de entender la propuesta central de esta investigación. Curiosamente, la *integralidad* del sistema se fundamenta precisamente en la diversidad de los actores (grupos indígenas) a los cuales está dirigida y cuyos intereses se espera pueda servir.

Por último, vale la pena mencionar por qué se han incorporado algunos países y excluido otros de esta investigación. La razón es relativamente sencilla: en algunos países se ha avanzado más que en otros en materia de la discusión política y jurídica sobre la protección de los CT y, por otro lado, la información sobre estos procesos e iniciativas se encuentra bastante más disponible y accesible en unos que en otros. Es por ello que esta investigación se refiere a América Latina pero con el señalamiento que no se han abarcado todos y cada uno de los países.

Índice

Agradecimientos	7
Nota del autor	9
Prólogo	15
Acrónimos	21
Introducción	23
CAPITULO PRIMERO	29
1. Las comunidades indígenas en América Latina: una aproximación inicial	29
2. La importancia y el valor de los conocimientos indígenas	40
CAPITULO SEGUNDO	49
1. El contexto internacional para la protección de los conocimientos tradicionales	49
2. La posición de los grupos indígenas: ¡ frenar la biopiratería !	56
CAPITULO TERCERO	59
1. El proceso para la protección de los conocimientos tradicionales en la sub-región andina: un breve repaso histórico 1993 - 2005	59
CAPITULO CUARTO	69
1. Algunos procesos de interés: el Protocolo Centroamericano y el Tratado de Libre Comercio entre EEUU y el Perú.	69
1.1 El Protocolo Centroamericano de Acceso a los Recursos Genéticos y Bioquímicos y al Conocimiento Tradicional Asociado (1998)	69
1.2 El Tratado de Libre Comercio entre EEUU y los países andinos (Colombia, Ecuador y Perú)	72
CAPITULO QUINTO	77
1. Avances en los procesos políticos y normativos de algunos países de América Latina	77
1.1 Avances a nivel de la Comunidad Andina (CAN)	77

1.2	Argentina	79
1.3	Bolivia	80
1.4	Brasil	82
1.5	Chile	95
1.6	Colombia	96
1.7	Costa Rica	101
1.8	Ecuador	110
1.9	El Salvador	112
1.10	Guyana	115
1.11	México	117
1.12	Panamá	119
1.13	Perú	126
1.14	Surinam	136
1.15	Venezuela	137
CAPITULO SEXTO		147
1.	Definición de “Derecho Consuetudinario” de los pueblos indígenas	148
2.	Reconocimiento del derecho consuetudinario indígena a nivel internacional	153
3.	El derecho consuetudinario y la protección de los conocimientos tradicionales	161
4.	El derecho consuetudinario en el derecho internacional referido a la protección de los conocimientos tradicionales	170
5.	Algunos temas a considerar	176
CAPITULO SEPTIMO		179
1.	Consideraciones iniciales: ¿privatizar o no privatizar?	179
2.	¿Qué son los conocimientos tradicionales?	180
2.1	La noción de “conocimientos colectivos”	183
2.2	Algunas dificultades y problemas para proteger los conocimientos tradicionales	186
3.	La protección de los conocimientos tradicionales como un Derecho Fundamental	191
3.1	Los derechos mínimos: consentimiento, posibilidad de la negación y no impedimentos de uso del CT	193
3.2	¿ Qué significa la protección sui generis de los CT ?	197

4.	Elementos básicos para la protección de los conocimientos tradicionales: la idea de un sistema integral de protección	198
4.1	Instrumentos y mecanismos (incluyendo normas) orientadas al control y establecimiento de condiciones para el acceso y uso de CT	201
4.2	Instrumentos y mecanismos de gestión orientados a la distribución justa y equitativa de beneficios derivados del acceso y uso de los CT	206
4.3	Instrumentos y mecanismos de gestión orientados al mantenimiento y preservación de los CT	207
5.	El marco institucional y la autoridad competente	211
5.1	Funciones y rol del ente coordinador del sistema integral de protección	211
5.2	Designación o creación del ente coordinador	212
5.3	Coordinación intrarregional	212
5.4	Representatividad de las comunidades.	213
	Comentarios Finales	215
	Bibliografía	223

Prólogo

El tema de los conocimientos tradicionales relacionados con la biodiversidad ha sido sometido, en los últimos diez años, a complicados procesos normativos y de establecimiento de políticas específicas de protección. Esto se debe a que existe un reconocimiento general sobre el aporte sustantivo de las prácticas e innovaciones tradicionales al manejo ambiental, al desarrollo biotecnológico y al avance de las ciencias. Existe, además, un claro interés comercial en los potenciales del conocimiento tradicional para el desarrollo farmacéutico, agroindustrial, turístico. Concurren, en torno al tema, posturas no siempre conciliatorias. Por una parte, los pueblos indígenas reivindican la propiedad colectiva sobre sus conocimientos ancestrales y los derechos plenos a decidir sobre su uso y divulgación; por otra parte, los Estados, a pesar de haber adquirido el compromiso de reconocer estos derechos a los pueblos indígenas, ya sea por vía de la ratificación del Convenio de Diversidad Biológica (CDB), del Convenio 169 de la OIT o por legislaciones y marcos constitucionales nacionales, enfrentan limitaciones institucionales, políticas y jurídicas para el establecimiento de mecanismos efectivos de cumplimiento.

En el ámbito internacional vemos que al interior de la OMC, de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, del CDB, el Foro Permanente de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, la FAO, se están produciendo dinámicos procesos de discusión y establecimiento de marcos normativos para la regulación y protección de los conocimientos tradicionales. Este tema ha sido parte de las discusiones del TLC relativas a la agricultura, la biodiversidad y la propiedad intelectual.

El valor y contribución de estos conocimientos no son solo vitales para el manejo y conservación de los ecosistemas, la salud y la seguridad alimentaria, sino, que tienen aplicaciones y usos comerciales en el campo

de la medicina y la agroindustria. En un estudio del 2003 la Organización Mundial de la Salud estableció que más del 80% de la población mundial depende de la medicina tradicional para sus necesidades primarias de salud. Actualmente el comercio vinculado a los recursos genéticos y al conocimiento tradicional asociado a éstos, representa grandes intereses económicos. Se trata del comercio de medicinas, semillas, artesanías, productos del bosque no maderables. Aunque es casi imposible establecer con certeza el valor monetario de estos productos, hay varios estimados de estudios producidos por la UNCTAD y otras organizaciones que establecen que el mercado de plantas medicinales y materias primas asciende a 43 billones de dólares con un crecimiento anual de entre el 5 al 15% y que el valor del comercio mundial de productos relacionados al CT podría fácilmente llegar a los 5 trillones de dólares para el año 2020 (Suman Sahai, 2002). Esto explica, parcialmente, los renovados esfuerzos de protección del conocimiento tradicional, los mismos que están recibiendo una gran atención a nivel internacional y en las legislaciones subregionales y nacionales.

Las discusiones sobre la protección de los conocimientos tradicionales tienen implicaciones directas en áreas estratégicas de la economía y la política, como el uso sostenible y el manejo de la biodiversidad, la seguridad alimentaria, la salud pública, el comercio internacional, la responsabilidad y la ética empresarial, los derechos humanos, la investigación científica, la distribución de la riqueza; en síntesis, tenemos un contexto en el que existe una atención creciente de los sistemas de conocimiento tradicional por su valor económico actual y potencial.

Esta preocupación se ha traducido en esfuerzos regulatorios y normativos que buscan formalizar el uso de los conocimientos tradicionales utilizando parámetros que no necesariamente se ajustan a las dinámicas de producción y conservación de los mismos ni garantizan la protección de los derechos, la participación, los territorios y el bienestar de los pueblos indígenas y las comunidades locales.

Son estas consideraciones las que llevaron a la UICN a incorporar un componente específico sobre conocimiento tradicional en el proyecto que hace posible esta publicación. El proyecto: “Apoyo a la Implementación de la Agenda Global de Biodiversidad” es ejecutado

por UICN gracias al apoyo del Ministerio de Cooperación de Alemania BMZ. El proyecto tiene el propósito de contribuir al avance e implementación de la agenda global sobre biodiversidad en lo relativo a su conservación, la distribución equitativa de los beneficios generados por la utilización y acceso a los recursos genéticos, la reducción de la pobreza, protección de los conocimientos tradicionales y las comunidades locales, el mantenimiento de la integridad cultural de los pueblos indígenas y las comunidades locales. Para cumplir con estos objetivos el proyecto ha elaborado una serie de insumos técnicos, documentos analíticos y recomendaciones para fortalecer los procesos normativos internacionales y regionales y facilitar la participación de los actores claves en dichos procesos, además de ofrecer apoyo a los esfuerzos nacionales de aplicación de los compromisos internacionales.

En concordancia con los objetivos del proyecto, esta publicación tiene el propósito de ofrecer un análisis de los avances normativos en el contexto internacional, una evaluación del estado de protección de los conocimientos tradicionales en 10 países de América Latina en base a estudios de caso. El documento analiza ejemplos regionales como la iniciativa de la Comunidad Andina de Naciones para el posible establecimiento de un régimen subregional para los cinco países miembros, así como la Propuesta de Protocolo Centroamericano de Acceso a los Recursos Genéticos y Bioquímicos y al Conocimiento Tradicional Asociado, además de abordar el tema en el contexto de los Tratados de Libre Comercio entre Estados Unidos y Ecuador, Perú y Colombia.

Este trabajo ofrece también una reflexión del rol del derecho consuetudinario o derecho propio en los diseños normativos de protección de los sistemas de conocimiento tradicional. Finalmente, la publicación aporta una serie de recomendaciones prácticas, sugiere medidas e instrumentos para contribuir al establecimiento y aplicación de marcos jurídico-institucionales que favorezcan el mantenimiento y revitalización de los sistemas de conocimiento ancestral.

El trabajo de la UICN en el proceso de elaboración de marcos regulatorios sobre acceso a los recursos genéticos y la distribución de los beneficios generados por su utilización, se ha orientado a promover la conservación y uso sostenible de la biodiversidad. De igual manera,

los principios de equidad y justicia, la participación de los actores claves, el intercambio de información y la transferencia de tecnología, el respeto de los pueblos indígenas y las comunidades locales a su conocimiento tradicional, en base al cumplimiento del principio de consentimiento fundamentado previo y acuerdos justos de distribución de beneficios, ha sido la norma conductual que guía a UICN.

Para la UICN el tema de los pueblos indígenas ha sido fundamental en su programa de trabajo. En el Tercer Congreso Mundial de Conservación de la UICN celebrado en Bangkok, en noviembre del 2004, se aprobaron varias resoluciones que reconocen, promueven y convocan a la implementación apropiada de políticas de conservación basadas en el respeto de los derechos colectivos, las culturas y el conocimiento tradicional de los pueblos indígenas, de acuerdo con su derecho de autodeterminación.

Las mencionadas resoluciones hacen referencia específica a la necesidad de establecer políticas y prácticas especiales dirigidas a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, para que los gobiernos y las organizaciones nacionales y regionales establezcan políticas de protección especial.

Igualmente, las resoluciones confirman, una vez más, el papel vital que los pueblos indígenas juegan en las áreas protegidas y la necesidad de llevar a cabo acciones sustantivas en los ámbitos internacional, nacional y local para promover la implementación efectiva y los compromisos del Acuerdo y el Plan de Acción del Congreso Mundial de Parques de Durban en el 2003.

A pesar de los grandes avances que hemos presenciado en los últimos años en el reconocimiento del rol y los derechos indígenas, los retos son aún muy grandes, porque no solo suponen herramientas jurídicas adecuadas, sino, un proceso de reconocimiento y ejercicio de derechos que consideren aspectos que permitan contrarrestar una erosión cultural creciente que tiene efectos directos en el mantenimiento de los conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas.

En el estudio de Terra Lingua y WWF del 2001 (Maffi, y Oviedo, 2000) por ejemplo, más de la mitad de las lenguas indígenas que se hablan en el mundo están en peligro de extinción. La relación lengua-

cultura es fundamental en la práctica cultural y los sistemas de conocimiento y, cuando se pierden las lenguas, se pierden las prácticas culturales y, por ende, los sistemas de conocimiento. ¿Cuáles son las razones que explican que 3000 lenguas indígenas que se hablan en el mundo estén en peligro de extinción? Hay varias explicaciones, como la falta de seguridad territorial y de control de los recursos, el deterioro ambiental, los modelos de desarrollo y producción, las formas de educación, los desplazamientos, la violencia, la pobreza, entre otras.

El tema de la pobreza es muy relevante si consideramos que es multi-dimensional y está determinada no solo por bajos ingresos económicos, sino por la falta de bienes, capacidades, oportunidades, voces, derechos y seguridad de los medios de vida. A partir de los acuerdos de la Cumbre del Milenio en el 2000, el trabajo y los compromisos en relación con el alivio de pobreza y los Objetivos del Milenio son una prioridad en las agendas de desarrollo de nuestros países. Sin embargo, el cumplimiento de dichos Objetivos no podrá ser efectivo si no se garantiza el derecho de los pueblos indígenas de tener una vida digna, reconocer sus conocimientos y culturas y sobretodo valorar el enorme aporte que ofrecen a la conservación de la naturaleza y al mantenimiento de los servicios ambientales.

Lograr instrumentos y mecanismos de protección del conocimiento tradicional es un gran reto jurídico y político, pero, sobretodo, supone políticas públicas integrales que combinen sistemas eficientes de educación bilingüe, intercultural, seguridad en la tenencia de tierra, fomento al mantenimiento de estilos de producción y consumo diferenciados, ejercicio de sistemas jurídicos que consideren las formas de derecho consuetudinario o derechos propio. Es justamente esta propuesta de complejidad e integralidad la que ofrece este trabajo de Manuel Ruiz, quien comprende a profundidad el desafío que supone el establecimiento de medidas de protección del conocimiento tradicional, que en última instancia, es un reconocimiento a los derechos humanos y culturales de nuestros pueblos.

María Fernanda Espinosa

Directora Regional de UICN para América del Sur
Quito, Marzo, 2006

Acrónimos

ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
ARCA	Alianza Regional para Políticas de Conservación en América Latina y el Caribe
CAN	Comunidad Andina
CDB	Convenio sobre la Diversidad Biológica
CGEN	Consejo de Gestión del Patrimonio Genético
CONAP	Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú
CONAPA	Comisión Nacional de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroamericanos
CT	Conocimiento(s) tradicional(es)
IAS UNU	Instituto de Estudios Avanzados de la Universidad de Naciones Unidas
INDECOPI	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual
INDEPA	Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
OTCA	Organización del Tratado de Cooperación Amazónica
PIC	Consentimiento Fundamentado Previo
TI FAO	Tratado Internacional de Recursos Filogenéticos para la Alimentación y la Agricultura
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, Ciencia, Cultura

Introducción

La protección legal de los conocimientos tradicionales (CT) de los pueblos indígenas se ha convertido, en los últimos diez años, en un tema de gran relevancia en el plano jurídico, económico, social y cultural y en el contexto del desarrollo de políticas nacionales e internacionales.

En términos sencillos, la propiedad intelectual clásica y sus diferentes instrumentos, no han servido –o al menos no se ha comprobado que sean necesariamente el medio idóneo– para cautelar los diferentes intereses de los pueblos indígenas sobre sus aportes y esfuerzos intelectuales pasados, presentes y futuros. Por razones que serán expuestas a lo largo de esta investigación, ni las patentes de invención, ni el derecho de autor, ni las marcas, ni los derechos de obtentor, entre los instrumentos más conocidos, han permitido proteger, reconocer, retribuir y compensar a los pueblos indígenas por estos esfuerzos que se reflejan en creaciones en el campo artístico, artesanal, tecnológico (identificación y conocimientos sobre usos y aplicaciones de plantas medicinales), agrícola (conservación y desarrollo de nuevos cultivos, desarrollo y aplicación de técnicas de cultivo), entre otros.

Ante esta situación y, especialmente desde la entrada en vigor del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) a finales de 1993, se han multiplicado los esfuerzos internacionales, regionales y nacionales por impulsar los debates conceptuales sobre las características y naturaleza de los CT y cómo avanzar en el establecimiento de marcos de política y normatividad orientadas a la protección jurídica de los CT.

A nivel internacional el propio CDB, la Organización Mundial para la Propiedad Intelectual (OMPI) y su Comité Intergubernamental sobre Recursos Genéticos y Propiedad Intelectual, Conocimientos Tradicionales y Folklore (Comité Intergubernamental de la OMPI), la Organización Mundial del Comercio (OMC) y su Consejo del Acuerdo

sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Consejo ADPIC), la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO por sus siglas en inglés) y su Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (TI FAO) y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y Cultura (UNESCO por sus siglas en inglés), son solamente algunos de los espacios donde el tema de la protección de los CT se está discutiendo y donde se están lanzando iniciativas de distinta índole.

En el plano regional, América Latina ha sido pionera en plantear ideas y propuestas específicas en materia de CT y en liderar políticamente las discusiones en los foros anteriormente mencionados. El antecedente más cercano, posiblemente pueda rastrearse al proceso andino de negociación de un régimen de protección de los derechos de los obtentores de nuevas variedades vegetales, a principios de la década de los años 90. Este proceso, que en determinado momento incorporó al debate una contraposición entre conocimientos científicos y CT aplicados al mejoramiento de variedades vegetales, definitivamente catalizó un interés que rápidamente traspasó el ámbito conceptual en la región andina y que se ha traducido en importantes avances políticos y normativos en varios países.

Para conocer y entender mejor estos avances, esta investigación se centra en el análisis de las normas y propuestas normativas para la protección de los CT y de las políticas públicas existentes sobre la materia en diferentes países de América Latina. Como es ya ampliamente conocido, América Latina concentra buena parte de la diversidad biológica del planeta y congrega a muchos pueblos y comunidades indígenas con una conexión muy estrecha con esta diversidad. Como consecuencia, los CT son un elemento vital en esta conexión y merece ser analizado desde diferentes perspectivas, en este caso la política – legal.

Al igual de lo que en su momento hizo la publicación *Protección Sui Generis de Conocimientos Indígenas en la Amazonía* (2002), esta nueva entrega actualiza y amplía la información, extendiéndola al plano latinoamericano y plantea un análisis más detallado sobre las diferentes

normas y propuestas existentes en cada uno de los países. Asimismo, se amplía la investigación para incluir un tema de creciente importancia: el rol del Derecho Consuetudinario en la discusión sobre cómo proteger los CT. Finalmente, se incluye también una propuesta de elementos que deben tomarse en cuenta al momento de desarrollar políticas públicas y normas en esta materia.

La presente publicación se ha estructurado de la siguiente manera: el Capítulo Primero inicia la investigación y, para ello, presenta una “fotografía” de lo que representan los pueblos indígenas para Latinoamérica. Se incluyen algunas estadísticas y datos varios que pueden ser de interés para el lector, especialmente en su relación con los CT. Seguidamente, se intenta responder a las preguntas ¿ por qué son importantes los CT ? y ¿ por qué merecen ser protegidos legalmente? Este Capítulo permitirá al interesado ubicarse dentro de un contexto social, cultural y económico que, de cierta manera justifica y sustenta los demás capítulos del libro. Como sección final de este Capítulo

En el Capítulo Segundo se hace una reseña de los avances internacionales en el plano político para la protección de los CT. Se presenta un poco de la historia reciente sobre el surgimiento de la preocupación por los CT y cómo se ha respondido a esta preocupación a partir de políticas públicas internacionales y en los marcos institucionales existentes, incluyendo el CDB, el Comité Intergubernamental de la OMPI, el Consejo del ADPIC, la FAO y la UNESCO. Asimismo, se incluyen referencias a las posiciones y declaraciones que pueblos y comunidades indígenas a lo largo de los años han estado reivindicando y planteando. Esto refleja claramente la posición pro activa que, desde los propios indígenas, se tiene en relación a este tema.

El Capítulo Tercero se centra en la protección de los CT a nivel de la Comunidad Andina (CAN). La CAN resulta un caso emblemático e importante de conocer, pues es a partir de ciertos procesos vinculados a la propiedad intelectual clásica, que surgen los llamados y la búsqueda de consensos para establecer políticas y normas regionales orientadas a la protección de los CT. La CAN también resulta un caso de interés, pues varias de las ideas y propuestas surgidas en los últimos diez años en el ámbito de sus procesos, son en la actualidad ideas y propuestas

que se debaten en el ámbito internacional y en procesos nacionales alrededor del mundo. Es decir, se ha influido positivamente, desde la sub-región andina, en las agendas globales y de otros países. Incluso si se revisan una serie de propuestas sobre la materia (incluyendo en relación al tema del acceso a los recursos genéticos) se evidencia la fuerte influencia que ha tenido la sub-región en “exportar” muchas de sus experiencias y propuestas.

Un instrumento de especial interés es la Propuesta de Protocolo Centroamericano de Acceso a los Recursos Genéticos y Bioquímicos y al Conocimiento Tradicional Asociado, en el cual se incluyen referencias explícitas y propuestas sobre la protección de los CT. Por otro lado, también resulta muy interesante y oportuno revisar los avances en el proceso de negociación del Tratado de Libre Comercio (TLC) entre EEUU y Colombia, Ecuador y Perú donde los CT son parte importante de la agenda política países andinos y verificar su tratamiento e inclusión en el proceso del TLC. La Propuesta de Protocolo y la revisión del TLC se abordan en el Capítulo Cuarto de esta investigación.

En el Capítulo Quinto se hace un análisis de los desarrollos políticos y normativos a nivel de doce países de América Latina (y dos que sin serlo – Guyana y Surinam –, se encuentran en la región y tienen avances que vale la pena mencionar). Se han incluido Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guyana, México, Panamá, Perú, Surinam y Venezuela porque son países que, como ya se señaló anteriormente, en diferentes magnitudes, han avanzado en sus procesos políticos y normativos internos para proteger los CT de los pueblos indígenas. La ausencia de referencias a otros países obedece como también ya se mencionó, a que simplemente los procesos son aún incipientes y la información sobre los mismos no se encuentra fácilmente disponible.

El Capítulo Sexto hace un análisis del rol que tiene el Derecho Consuetudinario en la protección de los CT y cómo se articula y relaciona este derecho con el derecho formal (Estatal). Dentro de las prácticas sociales de los pueblos indígenas, el Derecho Consuetudinario tiene un papel protagónico, al ordenar y definir estructuras sociales y comunitarias y asignar funciones y cuotas de poder entre los pueblos y al interior de

los mismos. En este mismo orden de ideas, el Derecho Consuetudinario tiene también un papel importante en relación a los CT especialmente en cuanto a las relaciones internas de los pueblos indígenas: cómo se comparte este CT, cómo se distribuyen los beneficios que se derivan de él, quiénes tienen derechos sobre el CT, entre otros. De diferentes maneras, el Derecho Consuetudinario aborda estas cuestiones. Este Capítulo también analiza los problemas que se presentan en materia de jurisdicción y solución de controversias y aplicación del derecho formal, *vis a vis*, el Derecho Consuetudinario.

El Capítulo Séptimo propone algunas medidas específicas a través de las cuales podrían protegerse legalmente los CT, tanto a nivel nacional como en el ámbito internacional. En este capítulo se desarrolla la idea de un *sistema integral de protección* como la alternativa idónea para proteger las diferentes manifestaciones de los CT de los diferentes grupos indígenas existentes. Asimismo, se incluyen referencias a los principales problemas y temas críticos que se presentan al momento de proteger los CT.

Para concluir la investigación, se incluye una sección de comentarios finales en los cuales se plantean algunas ideas sobre cómo avanzar en la difícil y compleja empresa de proteger los CT de los pueblos y comunidades indígenas.

CAPITULO PRIMERO

1. Las comunidades indígenas en América Latina: una aproximación inicial

Es muy difícil pretender caracterizar la situación social, económica y política de los pueblos y comunidades indígenas de América Latina¹. Los ecosistemas donde se concentran las poblaciones indígenas en América Latina y las propias culturas indígenas, son vastas, variadas y complejas. Como lo indica el Cuadro No. 1, se estima que son unos 400 grupos étnicos los que habitan estos diferentes ecosistemas, cada cual con sus particularidades propias a nivel de organización social y económica y, especialmente, a nivel cultural. Sin embargo, los pueblos y comunidades indígenas presentan rasgos comunes que es posible identificar y que definen, en mayor o menor medida, la situación de estos grupos².

1 En este Capítulo Primero no se hará una revisión exhaustiva y detallada de la situación social, económica, política y legal de los pueblos y comunidades indígenas en Latinoamérica. En la medida que no es el objeto central de esta investigación, únicamente se presentarán los patrones generales de dicha situación y contexto. En todo caso, hay abundante literatura sobre la materia. Inicialmente, se recomienda revisar textos tales como: Comisión Amazónica de Desarrollo y Medio Ambiente. *Amazonía sin Mitos*. BID, PNUD, TCA, Editorial Oveja Negra, Colombia, 1994 (2da. Edición) o Chirif, A., García, P., y Smith, R., *El Indígena y su Territorio son Uno Sólo. Estrategias para la Defensa de los Pueblos y Territorios Indígenas en la Cuenca Amazónica*. OXFAM América y COICA, Lima, 1991. Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas en México (<http://www.cdi.gob.mx>). Hernández, I. *Los Pueblos Indígenas y la Sociedad de la Información en América Latina y el Caribe: un Marco para la Acción* / Silcia Calcagno, [s.l.] CEPAL, Instituto para la Conectividad en las Américas, 2003.

2 Chirif, A., García, P., Smith, R. *El Indígena y su Territorio son Uno Sólo. Estrategias para la Defensa de los Pueblos y Territorios Indígenas en la Cuenca Amazónica*. OXFAM América y COICA, Lima, 1991

En primer lugar, todos los pobladores indígenas nacen como miembros de pueblos diferenciados y en los que encuentran sus raíces. Asimismo, constituyen pueblos en la medida que tienen una población claramente definida, una identidad y lengua propia y habitan territorios que reconocen como propios. Hay en ese sentido, una relación muy vital entre estos pueblos y las tierras y territorios que habitan.

En segundo lugar, estos grupos han sufrido procesos muy similares de invasión, colonización, evangelización y, en muchos casos, despojo de sus territorios y tierras, conllevando ello a una paulatina influencia “occidental” en sus culturas y, en muchos casos, a la pérdida de costumbres ancestrales y patrones culturales.

Finalmente, dado el espacio físico que ocupan –el bosque tropical fundamentalmente en México y Centro América y la Amazonía y regiones montañosas– las comunidades indígenas han desarrollado una gran capacidad de adaptación a un ambiente particularmente hostil, con un alto grado de equilibrio y racionalidad en el uso de los recursos naturales. Esta misma situación de permanente adaptación al medio, les ha permitido desarrollar un enorme bagaje de conocimientos teóricos y prácticos sobre su ambiente y sobre la diversidad biológica que lo compone y aplicar dichos conocimientos en la búsqueda de productos y procesos útiles para su supervivencia. La gran variedad de cultivos y plantas medicinales son los ejemplos típicos que expresan la existencia de conocimientos tradicionales susceptibles de ser protegidos jurídicamente.

Denevan por ejemplo, calcula que antes de la Conquista, existían cuando menos dos mil pueblos indígenas en la Amazonía y que su población sobrepasaba los siete millones de habitantes³. Sin duda, las enfermedades introducidas al medio amazónico y los procesos de colonización –incluyendo el trabajo forzado durante la era del caucho por ejemplo,– y la aculturización subsiguiente, llevaron de manera importante a diezmar a estos grupos^{4,5}. En el caso de las culturas Mayas

3 Denevan, .M. *The Aboriginal Population of Amazonia*. En: Denevan, \v.E (ed.) *The Native Population of the Americas in 1492*. Madison Wisconsin, University of Wisconsin Press, 1976, pp. 205 -234

**Cuadro No. 1: Población Indígena Estimada en América Latina:
Grupos Étnicos, Comparativo por Países y Porcentajes**

País	Población Nacional	Grupos Étnicos	Población Indígena Estimada	Porcentaje
Argentina (1)	36.955.182	14	369.551	1,00
Bolivia (2)	8.329.400	12	5.913.590	71,00
Brasil (2)	166.113.000	58	332.226	0,20
Chile (2)	15.211.000	2	1.216.880	8,00
Colombia (2)	42.975.715	29	785.356	1,83
Costa Rica (3)	3.644.000	8	36.440	1,00
Ecuador (2)	12.920.000	10	5.555.600	43,00
El Salvador (2)	6.122.515	N.D	428.576	7,00
Guyana (2)	697.286	7	56.294	8,07
México(4)	100.350.000	62	14.049.000	14,00
Panamá (5)	2.808.268	8	168.496	6,00
Perú (2)	27.013.000	28	12.696.110	47,00
Surinam (2)	431.303	2	25.878	6,00
Venezuela (2)	23.542.649	22	470.852	2,00
Total General	510.508.136	262	48.845.205	15,43

Fuentes:

- (1) Grupo Internacional de trabajo sobre asuntos indígenas. El mundo Indígena, 2004.
- (2) G. K. Hall & Co. Encyclopedia of World Cultures, Boston, 1994.
- (3) http://www.terra.com.gt/proyectos/indigenas/contexto_costa_rica.html
- (4) <http://cdi.gob.mx/>
- (5) <http://www.pa/informacion.html>

- 4 Solamente a modo de ejemplo, el proceso de colonización de la Región Amazónica fue particularmente intenso durante la era cauchera (1840 - 1914 aproximadamente). En Brasil, 300,000 mil colonos migraron hacia la Amazonía lo cual incrementó la población de unos 140,000 en 1820 a casi 1.217.000 en 1910 con los consiguientes impactos en los pobladores nativos de la región. Este patrón, en diferentes magnitudes también se presentó con iguales o peores efectos en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.
- 5 En el caso de la Amazonía, luego de la era del caucho, políticas gubernamentales orientadas a expandir la frontera agrícola, a promover la explotación maderera y la construcción de vías de comunicación - pistas y carreteras - contribuyeron también a afectar el *modus vivendi* de las comunidades indígenas amazónicas y, en especial, a reducir sus espacios territoriales.

y Aztecas se calcula la presencia de no menos de 7 millones de habitantes para la primera y 6 millones para la segunda en sus etapas de apogeo⁶. A partir de la Conquista los patrones poblacionales y las formas de vida de estos grupos sufrieron un cambio dramático.

Un documento sobre biodiversidad y salud pública del Tratado de Cooperación Amazónica es bastante ilustrativo y categórico en relación a la situación que viven las comunidades indígenas amazónicas⁷. En efecto, señala que:

“... cualquiera que sea el total de la población indígena amazónica, su situación general es crítica, ya que está expuesta a las graves y permanentes presiones ejercidas por la expansión de las sociedades nacionales que, a través de la implantación de unas políticas económicas incompatibles con el desarrollo sostenible de la región, afectan a los aborígenes a través de procesos de aculturización violentos que transforman rápidamente su vida. Aculturización, destribalización y pérdida de identidad étnica; desplazamiento poblacional huída al interior de la selva, son opciones de una población acorralada por la modernidad, la enfermedad y la violencia”

Es perfectamente factible traslapar esta descripción a la situación de pueblos y comunidades indígenas en distintos lugares del mundo – con mayores o menores énfasis– incluyendo el caso de México y los países Centro Americanos.

Continúa señalando el documento antes referido que:

6 Se ha calculado que hacia el año 1519, la población indígena oscilaba entre los 4, 5 y los 25 millones de habitantes. Estas cifras tan divergentes expresan la enorme dificultad que han tenido los investigadores para precisar la cantidad de habitantes del México precolombino. Sin embargo, se estima que en ningún caso la población del imperio azteca puede haber sido inferior a los 7 millones de habitantes. Ver:http://www.puc.cl/sw_educ/historia/conquista/ y http://www.puc.cl/sw_educ/historia/conquista/

7 Tratado de Cooperación Amazónica. 1995. *Biodiversidad y Salud en las Poblaciones Indígenas de la Amazonía*. Secretaría Pro Tempore, TCA, Lima. p. 24

“...la construcción de carreteras y represas, la instalación de sistemas de explotación de minas y petróleo estimulan la migración y la colonización descontroladas, que afectan la estabilidad de los territorios indígenas fragmentándolos o eliminándolos de plano. La migración es un grave problema. En todos los países se ha producido un notable desplazamiento humano hacia la Amazonía que, para la mayoría, sigue ofreciendo trabajo, tierra y hasta promesas de enriquecimiento rápido. La realidad habitualmente muestra los signos contrarios a estas ilusiones, añadiendo además los peligros de la enfermedad. La procedencia de estos grupos, que en el caso de los países andinos, corresponde a gente pobre de la altura, sin experiencia de trabajo en la selva y con limitada inmunidad frente a enfermedades tropicales dificulta su adaptación y las hace más vulnerables”

Si a todo este panorama se agrega una resistencia de la mayoría de gobiernos de América Latina a definir una política clara y favorable a la titulación, el registro y el reconocimiento (efectivo) al derecho a la tierra por parte de las comunidades indígenas, la situación es ciertamente dramática desde todo punto de vista. Es verdad que en algunos países tales como Bolivia, México, Colombia y Venezuela más recientemente, se han estado haciendo esfuerzos por consolidar y fortalecer la propiedad indígena y se han reivindicado explícitamente sus derechos incluso en varias Constituciones Nacionales (ver Cuadro No. 2).

Pese incluso a los esfuerzos de los grupos indígenas a través de organizaciones regionales como la Coordinadora de Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA) o nacionales tales como la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDESEP) o la Confederación Nacional Indígena del Ecuador (CONAIE) - que incluye a comunidades andinas del Ecuador -, la Comisión de Desarrollo de los Pueblos Indígenas de México, los reclamos en este sentido están aún lejos de ser efectivamente atendidos⁸.

⁸ Esta situación plantea una paradoja pues mientras las políticas gubernamentales reflejan un marcado entusiasmo respecto de la idea de desarrollar sistemas de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas indígenas, la esencia

Cuadro No. 2 Disposiciones Constitucionales referidas a los pueblos y comunidades indígenas en América Latina

País	Disposiciones Constitucionales
<p>Argentina (Constitución Nacional de 1853, revisión de 1994)</p>	<p>Artículo 75 (17). Corresponde al Congreso:</p> <p>Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.</p> <p>Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural ; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos.</p> <p>Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y los demás intereses que los afecten.</p>
<p>Bolivia (Constitución Política de 1967)</p>	<p>Artículo 171. Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones.</p> <p>El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos.</p> <p>Las autoridades naturales de las comunidades indígenas de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, de conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes.</p>

misma del reclamo indígena, cual es la autodeterminación y el reconocimiento pleno a sus derechos territoriales, tiende más bien a ser obviada o, cuando menos, no genera el mismo entusiasmo entre estos mismos Gobiernos. Sobre este tema ver pronunciamiento de la Quinta Reunión Consultiva Indígena de América Latina y el Caribe (13 – 14 de febrero, Cusco, Perú) en materia de autonomía y autodeterminación, tierras y territorios. Esta reunión congregó a 65 dirigentes indígenas representando a 17 países de Latinoamérica y el Caribe.

<p>Brasil (Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988)</p>	<p>Artículo 231. A los indios se les reconocen sus organizaciones sociales, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones, y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, siendo competencia de la Unión demarcarlas, protegerlas y hacer respetar todos sus bienes.</p> <p>1. Las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios, habitadas por ellos de forma permanente, las utilizadas para sus actividades productivas, las imprescindibles para la preservación de los recursos ambientales, necesarios para su bienestar, y las necesarias para su reproducción física y cultural, según sus usos costumbres y tradiciones.</p>
<p>Chile</p>	<p>No hay disposiciones constitucionales referidas a pueblos indígenas</p>
<p>Colombia (Constitución Política de la República de Colombia de 1991, revisión de 1995)</p>	<p>Artículo 330. De conformidad con la Constitución y las Leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios 2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo 3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución 4. Percibir y distribuir sus recursos 5. Velar por la preservación de los recursos naturales 6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio 7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional 8. Representar a los territorios ante el gobierno nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y 9. Las que les señalen la Constitución y la ley

	<p>Parágrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económico de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.</p>
Costa Rica	No hay disposiciones constitucionales referidas a los pueblos indígenas
Ecuador (Constitución Política de la República del Ecuador de 1992, revisión de 1998)	<p>Artículo 84. El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, y el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico. 2. Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública. Estas tierras estarán exentas del pago del impuesto predial. 3. Mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita, conforme a la ley. 4. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras. 5. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen. 6. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. 7. Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad.

	<p>8. A no ser desplazados, como pueblos, de sus tierras.</p> <p>9. A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley.</p> <p>10. Mantener, desarrollar y administrar su patrimonio cultural e histórico.</p> <p>11. Acceder a una educación de calidad. Contar con el sistema de educación intercultural bilingüe.</p> <p>12. A sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de los lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital desde el punto de vista de aquella.</p> <p>13. Formular prioridades en planes y proyectos para el desarrollo y mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales; y a un adecuado financiamiento del Estado.</p> <p>14. Participar, mediante representantes, en los organismos oficiales que determine la ley.</p> <p>15. Usar símbolos y emblemas que los identifiquen.</p>
El Salvador	No hay disposiciones constitucionales referidas a pueblos indígenas
Guatemala (Constitución Política de la República de Guatemala de 1985)	<p>Artículo 58. Identidad cultural. Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres.</p> <p>Artículo 62. Protección al arte, folklore y artesanías tradicionales. La expresión artística nacional, el arte popular, el folklore y las artesanías e industrias autóctonas, deben ser objeto de protección especial del Estado, con el fin de preservar su autenticidad. El Estado propiciará la apertura de mercados nacionales e internacionales para la libre comercialización de la obra de los artistas y artesanos, promoviendo su producción y adecuada a tecnificación.</p> <p>Artículo 66. Protección a grupos étnicos. Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado</p>

	reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos.
México (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1995)	Artículo 4. La nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.
Nicaragua (Constitución Política de Nicaragua de 1987)	Artículo 180. Las Comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de vivir y desarrollarse bajo las formas de organización social que corresponden a sus tradiciones históricas y culturales. El Estado garantiza a estas comunidades el disfrute de sus recursos naturales, la efectividad de sus formas de propiedad comunal y la libre elección de sus autoridades y representantes.
Panamá (Constitución Política de la República de Panamá de 1972)	Artículo 119. El Estado dará atención especial a las comunidades campesinas indígenas con el fin de promover su participación económica, social y política en la vida nacional Artículo 123. El Estado garantiza a las comunidades indígenas la reserva de las tierras necesarias y la propiedad colectiva de las mismas para el logro de su bienestar económico y social. La ley regulará los procedimientos que deban seguir para lograr esta finalidad y las delimitaciones correspondientes dentro de las cuales se prohíbe la apropiación privada de tierras.
Perú (Constitución Política de 1993)	Artículo 89. Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo el caso de abandono ... El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

	<p>Artículo 149. Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.</p>
<p>Venezuela (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999)</p>	<p>Artículo 119. El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley.</p> <p>Artículo 120. El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a la Constitución y a la ley.</p>

Fuente: diferentes páginas web.

2. La importancia y el valor de los conocimientos indígenas

Pese a la situación bastante desalentadora pero real en la que viven los pueblos y las comunidades indígenas, resulta admirable constatar que han podido desarrollar y mantener a lo largo del tiempo conocimientos, innovaciones y prácticas asociadas a la diversidad biológica, a saber, CT sobre ecosistemas y especies fundamentalmente, que no solamente han contribuido a su bienestar, sino al bienestar de la humanidad en su conjunto⁹.

La literatura y documentación es abundante sobre, por ejemplo, el aporte de las comunidades amazónicas en la identificación de plantas medicinales con comprobadas propiedades curativas. Asimismo, sus aportes en la domesticación y el conocimiento sobre cultivos alimenticios, están bastante bien documentados, tanto en el nivel de su valor de uso para los propios grupos indígenas como a nivel de la importancia agronómica que tienen para el mundo exterior¹⁰. La información y estudios en etno-botánica y etno-farmacología amazónica son, asimismo, abundantes¹¹.

9 Es interesante notar cómo los propios Considerando de la Decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones sobre un Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos inciden en relieves la importancia y el valor de los conocimientos, innovaciones y prácticas indígenas. Por ejemplo el Considerando Cuarto señala que “...*la diversidad biológica, los recursos genéticos el endemismo y rareza así como los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales asociados a éstos tienen un valor estratégico en el contexto internacional*”. Por su parte el Considerando Quinto señala que “... *es necesario reconocer la contribución histórica de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales a la diversidad biológica, su conservación y desarrollo y a lo utilización sostenible de sus componentes así como los beneficios que dicha contribución genera*”. Por su parte, el Protocolo Centro Americano de Acceso a los Recursos Genéticos y Bioquímicos y al Conocimiento Tradicional Asociado incluye un Capítulo entero que realza los CT y establece obligaciones y derechos básicos para su protección.

10 Entre los textos más importantes en los cuales se documentan y clasifican los usos y orígenes de plantas medicinales en la Amazonía -utilizadas por grupos indígenas- se recomiendan: *Plantas Medicinales Amazónicas: Realidad y Perspectivas*. Secretaría Pro Tempore, TCA, Lima, Perú y *Tratado de Cooperación Amazónica*. 1995. *Biodiversity Salud en las Poblaciones Indígenas de la Amazonía*. Secretaría Pro Tempore, TCA, Lima, Perú.

El Cuadro No. 3 presenta a modo ilustrativo algunos de los más conocidos de los cientos de casos en los cuales CT de pueblos y comunidades indígenas respecto a cultivos nativos y plantas medicinales han pasado a ser documentados y a formar parte de la literatura especializada. Más aún, muestra cómo su aplicación en procesos industriales o su comercialización generan beneficios económicos que muy rara vez se comparten con los proveedores originales tanto de los recursos como de los CT asociados a ellos.

Pero, cuál es exactamente el valor no solamente de los recursos en sí, sino de los conocimientos, innovaciones y prácticas indígenas asociados a estos recursos. La literatura, registra algunos esfuerzos por calcular el valor de la materia prima en sí (los recursos materiales, la planta medicinal en sí o la semilla como tal) pero es muy escasa, sino inexistente, en relación al cálculo del valor del *conocimiento* o *aporte intelectual indígena*, o CT, alrededor del mundo¹². Ciertamente resulta muy difícil establecer el valor de estos conocimientos o aportes, más aún cuando no solamente debe considerarse su valor económico sino también el valor cultural o social que pudieran tener y que, de hecho, tienen a nivel de las comunidades que los generan y desarrollan a lo largo del tiempo¹³.

11 Las fuentes y el acceso a la documentación etnobotánica y etnofarmacológica dependen, en muchos casos de las necesidades específicas de los interesados. Sería poco práctico pretender estructurar un listado de las múltiples y diferentes bases de datos y documentos que contienen este tipo de información. Sin embargo, para acceder a información sobre un sinnúmero de sitios web que podrían dirigir a los interesados a fuentes de información etnobotánica y etnofarmacológica de origen amazónico se recomienda revisar la sección final (*Useful Contacts and Sources of Information*) del texto de Ten Kate, K., and Laird, S. (1999) *The Commercial Use of Biodiversity. Access to Genetic Resources and Benefit Sharing*. Earthscan Publications Ltd, London.

12 Pearce y Moran han desarrollado metodologías para valorar la biodiversidad y, dentro de ella, a las plantas medicinales en particular. Ver: Pearce, D., and Moran, D. (1994) *The Economic Value of Biodiversity*. IUCN, Earthscan Publication Ltd, London. p. 101 -106

13 Joseph Vogel, de la Universidad de Puerto Rico hizo algunos esfuerzos de valoración de los CT y, especialmente, de buscar mecanismos prácticos de protección. Un texto que de alguna manera ilustra esta situación es: Vogel, Joseph (Ed.). 2000. *El Cartel de la Biodiversidad. Transformación de los Conocimientos Tradicionales en Secretos Comerciales*. SAN REM, ECOCIENCIA, USAID, CARE. Quito, Ecuador. Documento disponible en: <http://www.elcarteldebiodiversidad.com>

Cuadro No. 3 Plantas medicinales de América Latina y su situación

RECURSO	COMPOSICIÓN Y USO	SITUACIÓN	ORIGEN
Curare (<i>Chondodendron tomentosum</i>)	D'tubocurarina, utilizada como relajante muscular	La industria farmacéutica se encuentra experimentando sobre drogas para relajación muscular.	Amazonía
Quinina (<i>Chinchona sp</i>)	Quinina, antimalárica	Base de derivados farmacéuticos (medicamentos como cloroquina y primaquina; Novartis)	Amazonía
Frijol mexicano	Alimento tradicional de pueblos indígenas	Patentado en EEUU	México
Coca (<i>Erythroxylum coca</i>)	Cocaína, anestésico local y estimulante		Andes
Maize (<i>Zea diploperennis</i>)	Especie silvestre de maíz, muy rara, resistente a virus y perenne		México
Albahaca de monte (<i>Ocimum micranthum</i>)	Especie cultivada, tradicionalmente usada por pueblos indígenas	Propiedades curativas	México
Uña de gato (<i>Uncaria tomentosa</i>)	Antiinflamatorio, anticonceptivo, cancerostático	Se comercializa en forma liofilizada en mercados Latinoamericanos y en EEUU principalmente.	Amazonía
Croton Lecheri, (<i>Sangre de grado</i>)	Cicatrizante, anti-diarreico, cancerostático	Shaman Botanicals comercializa SB-Normal Stool Formula	Amazonía

Elaboración: SPDA, 2001.

Fuentes: Tratado de Cooperación Amazónica. 1995. *Plantas Medicinales Amazónicas: Realidad y Perspectivas*. Secretaría Pro Tempore, TCA, Lima, Perú. Meza, Elsa. *Latex Medicinal de sangre de Grado" en el Mercado Mundial En: Bosques Amazónicos, Junio, 2000*. Diferentes páginas web del Internet.

Sin embargo, para efectos del presente trabajo se intentará una aproximación inicial para plantear no tanto cuál podría ser el valor exacto o aproximado de estos conocimientos, innovaciones y prácticas indígenas, sino las magnitudes o rangos económicos en los cuales estos elementos del aporte intelectual indígena podrían estar ubicándose en términos de valor económico.

Para ello, utilizaremos las cifras propuestas por Ten Kate y Laird¹⁴ y una metodología bastante simple y elemental. En su estudio, estas autoras calculan que el valor anual del mercado global de productos derivados de recursos genéticos y biológicos (incluyendo extractos, combinaciones, moléculas, enzimas, etc.) llegaría a cifras alrededor de entre US\$ 500 y US\$ 800 billones, para rubros que incluyen productos farmacéuticos, medicinas botánicas (o “botanical medicines” y “nutraceuticals”), los principales cultivos agroindustriales, horticultura, aplicaciones biotecnológicas (distintas a la agricultura y salud), cosméticos y productos para la protección de cultivos (“crop protection”).

Si siendo muy conservadores en la estimación, asumimos como hipótesis que sólo 10% de estos US\$ 500 ó US\$ 800 billones se derivan de recursos respecto de los cuales *existen* conocimientos indígenas originarios que coinciden o no con los usos y aplicaciones “modernas”, tendríamos como resultado que, cuando menos, productos más conocimientos indígenas tienen un valor aproximado de US \$50 billones anualmente. De estos US\$ 50 billones, es extremadamente difícil precisar cuál sería exactamente el aporte intelectual indígena. Sin embargo, si nuevamente, siendo muy conservadores con los números se asume -arbitrariamente- que un 10% del paquete [producto + conocimientos indígenas] corresponde precisamente a la segunda variable (conocimientos indígenas), el valor de este aporte intelectual indígena a nivel global llegaría a US\$ 5 billones anuales. Llevando el ejemplo a un escenario más comercial, si reducimos el valor de la contribución intelectual indígena al 10% de la última cifra, tendríamos un aporte calculado en por lo menos US \$ 500 millones, cifra por lo demás muy significativa, especialmente en el contexto de la situación social y económica de los pueblos indígenas.

14 Ten Kate, K. y Laird, S. ob.cit

En realidad, este ejercicio es un intento muy rudimentario y limitado de llamar la atención en el sentido que los conocimientos, innovaciones y prácticas (los CT) indígenas *tienen* un valor económico muy importante. Incluso si como algunos autores sostienen, resulta imposible separar las variables producto (material biológico y sus derivados) y conocimientos (aporte cognoscitivo o “intangible”)¹⁵ pues ambas forman parte de un todo indisoluble en el mundo indígena, la importancia económica se acentúa aún más.

Si analizamos el Cuadro No. 3 y reconocemos el uso cotidiano y la comercialización e industrialización de estos productos a nivel regional e internacional, se confirma el valor económico de los mismos y, ciertamente, del aporte intelectual que hizo posible su identificación inicial, su conservación y mejoramiento (“enhancement”) y su posterior investigación y desarrollo (I & D).

Sobre los procesos de investigación y desarrollo, específicamente en el campo de los fármacos, desde un punto de vista utilitario y económico (la perspectiva preferida a nivel de los procesos políticos y normativos regionales e internacionales), se ha comprobado que, en pruebas preliminares utilizando plantas remitidas al *Instituto Nacional de Salud* de los EEUU de Norteamérica para su rastreo o “screening” en busca de componentes activos anti HIV; la selección no dirigida de plantas medicinales resultó en un 6% de actividad bioquímica. En contraste, el uso de plantas utilizadas en la medicina tradicional y sobre las cuales existía información etnobotánica el nivel de actividad bioquímica, aumentó a un 25%. Los especialistas afirman que la

15 Singh Nijar es uno de los más reconocidos exponentes de la idea que - en la concepción indígena en general- es imposible una separación entre lo tangible (el recurso) y lo intangible (el conocimiento respecto del mismo). Ver: Sing Nijar, G. (1996) *TRIPs and Biodiversity: The Threat and Responses, A Third World View*. Third World Network. Paper 2. Penang, Malaysia. Los pueblos indígenas, en diferentes foros internacionales han afirmado también que la separación entre CT y el elemento tangible (la biodiversidad) resulta imposible en la concepción indígena. Por ejemplo, la Asociación Andes del Cusco propone el concepto de “Patrimonio Colectivo Bio-Cultural”, para referirse a conocimientos, innovaciones y prácticas que se encuentran unidas de manera intrínseca e indisoluble con los territorios y recursos naturales que en ellos se encuentran.

evidencia en estas pruebas no es concluyente respecto de la importancia del aporte cognoscitivo indígena, pero denota un rasgo y es que la identificación etnobotánica permite de cuatro a cinco veces mayor efectividad en la detección de agentes útiles para el proceso de investigación y desarrollo de fármacos cuando se apoyan en información aportada por indígenas.

Si por otro lado, se considera que la inversión en I & D para desarrollar un nuevo producto farmacéutico oscila entre los US \$ 500 Y US \$ 800 millones (de acuerdo a cifras que la propia industria proporciona), la importancia de esta información y, por ende, del aporte intelectual indígena se hace evidente e imposible de obviar¹⁶

Otro dato interesante, regularmente presentado, es que cuando menos un 25% de las prescripciones médicas entre 1959 y 1980 en los EEUU contenían extractos o principios activos de plantas superiores. Farnsworth calcula que en los años 90 los consumidores (a nivel mundial) gastaron aproximadamente US \$ 8 billones en medicamentos provenientes directa o indirectamente de plantas, muchas de las cuales, sin lugar a dudas, provenían de lugares en los cuales habían sido (y son) utilizadas regularmente por las poblaciones indígenas¹⁷. Estas cifras y porcentajes siguen siendo válidas casi 20 años después.

16 Para mayores datos y precisiones sobre este punto ver: Balick, M.J. 1990. *Ethnobotany and the identification of therapeutic agents from the rainforest*. En: Chadwick, n.J. (eds). *Bioactive Compounds from Plants*. Chichester, UK, Wiley & Sons., p. 22 – 39. Un documento muy interesante referido a proyectos de bioprospección en la región amazónica (y en otros lugares de Latinoamérica y el mundo), donde se han utilizado plantas y sus derivados tradicionalmente utilizados por poblaciones indígenas es *Pharmaceutical Biology. Drug Discovery, Economic Development and Conservation: the International Cooperative Biodiversity Groups*, Volume 37, Supplement, 1999, SWETS & ZEITLINGER Publishers, The Netherlands. La mayoría de estos proyectos, implican esfuerzos cooperativos entre empresas farmacéuticas, el sector académico (universidades), instituciones estatales y las propias comunidades indígenas a quienes se solicita información sobre usos medicinales de plantas y otros recursos del bosque tropical. El documento verifica cómo en países como México, Perú y Surinam (entre otros) muchas de las plantas evaluadas científicamente coinciden con los usos tradicionales de comunidades.

17 Farnsworth, N. and Akerele, O. *Las plantas medicinales en la terapéutica*. Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana. Washington, 107 (4).1989. P. 314 - 323

Pero como ya se adelantó, el valor del aporte intelectual indígena (CT) no debe medirse exclusivamente en función a intereses utilitarios y en relación a cuánto sirven para el desarrollo de productos farmacéuticos a los que, paradójicamente sólo tienen acceso una porción reducida de la población (a nivel mundial). Solamente en el campo del cuidado primario de salud, se conoce que cuando menos un 75% de la población mundial satisface sus necesidades básicas de salud a partir de plantas (y sus componentes) medicinales. De éstas, casi la totalidad se conocen y aplican a partir de procesos cognoscitivos y prácticas realizadas por comunidades indígenas en el mundo. En Latinoamérica, el 50% de la población tiene poco o ningún acceso a medicamentos convencionales y, en su gran mayoría, recurren a plantas y remedios tradicionales para satisfacer sus necesidades de salud. Y qué duda cabe que estas plantas medicinales se emplean en razón de la utilización tradicional que de ellas han hecho las poblaciones indígenas de los países y su transmisión a la sociedad en su conjunto.

Una cuestión que se analizará en mayor detalle más adelante (ver Capítulo Séptimo), pero que vale la pena resaltar aquí, es que mucha información sobre usos y características de plantas medicinales y cultivos utilizados por las comunidades indígenas ya se ha hecho pública y se encuentra plenamente disponible (está en el dominio público)¹⁸ para quien quisiera aprovecharla para fines de investigación básica (sin un fin comercial) o incluso aplicada (directamente orientada a la obtención

18 Como señala Correa, en la actualidad, se puede disponer libremente de la información (y acceder a ella) y de los materiales que las comunidades indígenas generan. En términos de la doctrina de los Derechos de Propiedad Intelectual clásicos, pertenecen al “dominio público” y pueden ser utilizados por cualquiera sin que medie autorización o compensación previa. Ciertamente, el hecho que se encuentre en el dominio público no dice nada respecto del esfuerzo intelectual en lograr generar esta información ni sobre su valor real o potencial (que rara vez se refleja en el mercado). Correa, C. *Protección de la Propiedad Intelectual de los Conocimientos Tradicionales Nativos a Recursos Genéticos Vegetales*. Documento distribuido durante el *Diálogo sobre Comercio, Propiedad Intelectual y cursos Biológicos y Genéticos en América Latina*. SPDA, CEPAL, ICTSD, ANDES, QUNO. Febrero 2000, Cusco, Perú.

de productos comerciales o industrializados)¹⁹. Si bien los investigadores de campo sostienen generalmente que esta información ha sido obtenida con el consentimiento y la colaboración de las comunidades, la realidad es que casi sin excepciones, gran parte de la misma ha sido recolectada sin su consentimiento informado²⁰ y con poca o ninguna retribución justa y equitativa hacia ellas.

A nivel de plantas de uso agrícola, los cálculos se hacen bastante más complicados y en la literatura no existen cifras con fiables y datos exactos sobre el aporte de estos conocimientos asociados –en el contexto amazónico– a la economía regional y mundial. Hay estudios pero focalizados a nivel nacional y no incorporan la variable del conocimiento en el análisis.

Sin embargo, en un estudio realizado por el *Rural Advancement Foundation International* (RAFI)²¹ en 1993, se calcula que, por ejemplo: una variedad nativa de papa del Brasil (variedad Polo) se utiliza para la generación de nuevas variedades comerciales en Europa; el “camote” o papa dulce de la sub-región Andina se está evaluando para incorporarse al mercado de los “snacks” en los EEUU; dos variedades silvestres de tomates del Perú contribuyen con US \$ 5 millones al año a los procesadores de tomate en los EEUU; variedades de algodón nativo de color del Perú han sido mejoradas en los EEUU y sujetas a patentes de plantas los titulares, se encuentran negociando con Levi Strauss Inc.) entre otros casos. Así, hay innumerables ejemplos de cultivos, utilizados

19 En este punto se presenta una situación ciertamente complicada pues, por un lado, la comunidad científica se premia y beneficia a sí misma a través del proceso de publicación y difusión de los resultados de las investigaciones mientras que, por otro lado, se podrían afectar los intereses indígenas en la medida que parte de la información proporcionada (a nivel etnobotánico y etnofarmacológico) por estos grupos pudiera tener un valor económico realizable solamente en la medida que dicha información se mantenga en *reserva* y pudiera, eventualmente, protegerse como secretos industriales o comerciales u otra modalidad.

20 El artículo 8(j) hace referencia a la “aprobación” de las comunidades. Sin embargo, en todo caso, esta aprobación debe estar precedida de la provisión de información suficiente y pertinente que les permita a estos grupos decidir de manera plenamente informada. El proceso y acto decisorio implica una dinámica compleja y lenta a nivel de los propios grupos indígenas que debe ser entendida y respetada.

ancestralmente por comunidades indígenas, que ahora se encuentran en los mercados o a punto de ingresar a ellos con poco reparo por el interés intelectual, moral y económico indígena.

Finalmente, la protección de los conocimientos indígenas también responde a una necesidad estratégica de los países en desarrollo. Por un lado, desde la adopción del ADPIC, la propiedad intelectual se ha convertido para las grandes potencias en una necesidad política y económica dentro del proceso de globalización de la economía. En este contexto, no proteger los conocimientos indígenas a través de mecanismos o un sistema *ad hoc* o *sui generis*, contradice la legitimidad misma del proceso de extensión del sistema de propiedad tradicional y sus instrumentos (patentes, derechos de obtentor, etc.). Es decir ¿por qué no sería posible proteger el esfuerzo intelectual indígena?

21 Mooney, Pat. *The Conservation and Development of Indigenous Knowledge in the Context of Intellectual Property Systems*. RAFI. UNDP Contract - INT /92/209. November, 1993.

CAPITULO SEGUNDO

1. El contexto internacional para la protección de los conocimientos tradicionales

La preocupación por los CT de los pueblos indígenas no es reciente aunque sí lo es desde una perspectiva jurídica. Desde hace mucho tiempo, la antropología, la sociología y la etnobiología, entre otras disciplinas sociales, han estado trabajando directamente con grupos indígenas y analizando una serie de aspectos, manifestaciones e influencias de y sobre los CT. Sin embargo, el interés propiamente *jurídico* sobre el CT sí es relativamente reciente.

En términos cronológicos, durante la década de los años sesenta, se empezó a discutir en la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, Ciencia, Cultura (UNESCO), cómo proteger legalmente las *expresiones de folklore*, íntimamente ligadas a manifestaciones culturales de los pueblos y comunidades indígenas y locales y, ciertamente, resultado de importantes esfuerzos intelectuales en el campo del arte (pintura, canto, baile), diseños tradicionales, textiles y artesanía, principalmente.

Como resultado de este proceso orientado a proteger las manifestaciones intelectuales ligadas al folklore, fueron desarrolladas por la UNESCO y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en 1985, unas Disposiciones Modelo para Leyes Nacionales sobre Protección de las Expresiones de Folklore contra su Explotación Ilícita y Otras Acciones Perjudiciales²².

22 Recientemente la UNESCO aprobó la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (2003) que tiene por objetivos la salvaguardia, respeto y sensibilización sobre el patrimonio cultural inmaterial que incluye, entre otros, los conocimientos y usos relacionados con la naturaleza (incluyendo la biodiversidad). En ese sentido, esta Convención ha incorporado elementos del debate dado en el ámbito del CDB, la OMPI y otros foros internacionales.

En todo caso, no había en esta primera etapa un interés explícito por los CT asociados a la diversidad biológica como tal, sino más bien en cuanto a las expresiones artísticas y culturales de los pueblos indígenas en particular.

Cuadro No. 4 Foros internacionales y regionales en donde se discuten propuestas para la protección de los conocimientos tradicionales

Foros internacionales-

- Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) – Grupo de Trabajo *Ad Hoc* de Composición Abierta sobre el Artículo 8(j), Grupo de Trabajo *Ad Hoc* de Composición Abierta sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios, Conferencia de las Partes.
- Tratado Internacional de Recursos Fitogenéticos para la Agricultura y la Alimentación (TI FAO) – discusiones sobre la implementación de los Derechos del Agricultor.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD).
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) – Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folklore.
- Organización Mundial de Comercio (OMC) – Consejo del Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), Comité de Comercio y Ambiente.
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y Cultura (UNESCO) – Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.
- Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas.
- Foro de las Naciones Unidas sobre Bosques.

Foros regionales y subregionales-

- Comunidad Andina de Naciones (CAN) – Decisiones 391 (régimen de acceso a los recursos genéticos), 486 (régimen de propiedad intelectual), 523 (Estrategia Regional de Biodiversidad), 524 (Mesa de Trabajo sobre Temas Indígenas).
- Organización del Tratado de Cooperación Amazónica (OTCA) – (1978).
- Parlamento Amazónico-
- Tratado de Libre Comercio EEUU – Perú (Carta de Entendimiento)

Posteriormente, hacia finales de los años setenta, algunos analistas políticos, economistas y juristas, empezaron a destacar las asimetrías y desequilibrios existentes entre los países del Norte, industrializados, pobres en biodiversidad y diversidad cultural pero tecnológicamente avanzados y promotores de la propiedad intelectual y los países de Sur, subdesarrollados, con limitaciones tecnológicas, pero con una gran riqueza biológica y cultural y regularmente proveedores de materiales biológicos (y sus CT asociados) hacia el Norte.

El debate incidió en un primer momento en el flujo de recursos fitogenéticos para la agricultura y la alimentación, para luego ampliar su cobertura a todos los recursos genéticos e incorporar el tema de los CT asociados a éstos y que corrían, *strictu sensu*, la misma suerte, es decir, eran aprovechados y apropiados de manera directa o indirecta a través de los sistemas de propiedad intelectual que empezaban un proceso de fortalecimiento y consolidación²³.

Con los desarrollos tecnológicos, estos flujos –no compensados y hasta ilegales en algunos casos– se hacían mucho más urgentes para alimentar las nacientes y crecientes industrias transnacionales agrícola y alimenticia, farmacéutica, biotecnológica, bioremediación, nutracéutica y actividades de investigación y desarrollo en general. A esta situación habría que añadirle el rol jugado por los centros de conservación *ex situ*, cuyas colecciones, obtenidas muchas veces de los países del Sur, pasaban a formar parte de propiedad de los países o las instituciones correspondientes²⁴ Todo este panorama, se complica aún más cuando la variable de “conocimiento tradicional” es agregada.

23 Pensadores como Pat Mooney, Jack Kloppenburg, Henk Hobbelink, entre otros, e instituciones como Rural Advancement Foundation International (RAFI) y Genetic Resources Action International (GRAIN), fueron los primeros en identificar los problemas políticos, económicos y jurídicos asociados al control y la apropiación de los recursos genéticos y los CT. Para conocer la historia y antecedentes a de estos temas se recomienda: Pistorious, R. *Scientists, Plants and Politics. The History of the Plant Genetic Resources Movement*. IPGRI, Rome, 1997

24 En reiteradas oportunidades por ejemplo, el Gobierno de los EEUU ha reiterado que las colecciones de semillas que se encuentran depositadas en Fort Collins, Colorado, son propiedad de los EEUU más allá de dónde fueron recolectadas u obtenidas. Algo similar ocurre en el caso del Jardín Botánico de Londres o del Museo de Historia Natural de Londres donde, de conformidad con el National

Como parte de los debates para la implementación del Compromiso Internacional de Recursos Fitogenéticos de la FAO (1983), se empezó a discutir sobre el concepto de Derechos del Agricultor, donde, por primera vez, se hace una referencia muy directa al aporte intelectual indígena asociado en este caso a la conservación, mantenimiento y desarrollo de los recursos fitogenéticos. La Resolución FAO 5/89 estableció formalmente los Derechos del Agricultor y los definió como derechos derivados del reconocimiento de los esfuerzos realizados por los pequeños agricultores del mundo (especialmente de los centros de origen y diversificación) en el mantenimiento, conservación y desarrollo de recursos filogenéticos. Pare efectivizar estos derechos, se estableció un fondo internacional que serviría para compensar a los agricultores. Sin embargo, este fondo nunca operó. Por otro lado, la naturaleza no vinculante del Compromiso tampoco ayudó a su consolidación y aceptación plena.

En todo caso, los Derechos del Agricultor en el Compromiso Internacional son el antecedente tal vez más importante en el cual se reconoce expresamente el esfuerzo creativo, innovador y la inversión de los pequeños agricultores en actividades de conservación y usos sostenible de los recursos fitogenéticos. En la actualidad, el TI FAO, ha retomado el concepto y, ahora sí, en un instrumento internacional vinculante se reconoce que los Derechos del Agricultor deben ser implementados a nivel nacional y que sus contenidos están asociados a la protección de los CT, a la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de su aprovechamiento y a la participación en los procesos políticos y normativos en los cuales se aborden estos temas.

Cuando se empezó a negociar el CDB a principios de los años noventa, de un tratado originalmente concebido en términos “verdes”, de corte conservacionista netamente, se pasó a retomar muchos de los

Heritage Act, las colecciones que mantienen (más allá de su origen y cómo se obtuvieron) se encuentran bajo un régimen de propiedad de la Corona del Reino Unido. Sobre este tema en particular se recomienda, Pooma, R. y Ruiz, M. *Going home. A manual on the repatriation of information from ex situ conservation and research institutions to countries of origin*. Royal Botanic Gardens Kew, 2000, London

debates legales relativos al status jurídico de los recursos genéticos (de animales, de plantas, de microorganismos), incluyendo los temas del control, propiedad y posibilidades de beneficiarse de su utilización. Muy ligado a este debate, se incluyeron referencias a los CT asociados a estos recursos e, incluso, a la propiedad intelectual²⁵.

Por un lado, el CDB ha cambiado definitivamente el paradigma en cuanto a la condición jurídica de los recursos genéticos. Del “patrimonio común de la humanidad” se ha pasado a reconocer que los Estados tienen derechos sobre sus recursos naturales y por ende, tienen la facultad de regular cómo y bajo qué condiciones se accede a sus recursos genéticos. Este hecho ha generado un movimiento político y normativo muy considerable que tiene sus máximas expresiones en leyes nacionales de acceso a recursos genéticos y propuestas para desarrollar regímenes internacionales en materia de recursos genéticos y de protección de los conocimientos tradicionales.

Intrínsecamente unido a este cambio en el paradigma, está la situación de los CT y, de hecho, el CDB no solamente reconoce su importancia social, cultural, ecológica y ambiental, sino que establece que estos CT (a nivel de conocimientos, innovaciones y prácticas) deben ser promovidos, desarrollados y mantenidos con la participación y el consentimiento fundamentado previo de las comunidades indígenas y locales. A partir de este principio general del artículo 8(j) del CDB, se han desencadenado importantes procesos políticos y normativos tendentes a desarrollar mecanismos para la protección jurídica de estos CT. La idea de “proteger” los CT nace, precisamente, del artículo 8(j) del CDB.

Las discusiones en el ámbito del CDB en estos tiempos (los años 90), se daban de manera paralela y casi como reacción a los debates

25 Para conocer en detalle una serie de normas y propuestas en materia de acceso a los recursos genéticos y que incluyen asimismo disposiciones específicas sobre CT, se recomienda revisar: Lapeña, I., Ruiz, M. (Eds.) (2004) *Acceso a Recursos Genéticos. Propuestas e Instrumentos Jurídicos*. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, Lima, Perú. Este documento incluye los textos de más de una docena de instrumentos y propuestas de instrumentos jurídicos en estos temas, de alcance internacional, regional y nacional.

en el seno del *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio* (GATT – hoy la OMC) y de su *Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio* (ADPIC). En este último espacio, discutían más bien formas para fortalecer la propiedad intelectual y cubrir invenciones en el campo de la biotecnología, incluyendo la posibilidad de patentar a nivel de productos o procesos, materia viva, incluidos componentes de recursos biológicos y genéticos. Ante ello, los países del Sur plantearon en la negociación del CDB que, si por un lado se pretenden patentar formas de vida, estos países regularán la manera cómo se accede a estos materiales y exigirán que se compartan de manera equitativa los beneficios derivados de su utilización.

Como parte del proceso de implementación del CDB durante la Cuarta Conferencia de las Partes del CDB (Bratislava, 1998) se estableció el Grupo de Trabajo *Ad Hoc* de Composición Abierta sobre el Artículo 8(j). Este Grupo, en el cual han tenido una participación muy activa representantes de pueblos indígenas de diversos lugares del mundo, ha destacado en sus diferentes sesiones la necesidad de reconocer un vínculo esencial entre los recursos genéticos y los CT y la urgencia de desarrollar un régimen internacional *sui generis* para la protección jurídica de los CT. De hecho, la última sesión de este Grupo realizada en Granada, España en enero de 2006 se realizó conjuntamente con sesión del Grupo *Ad Hoc* de Composición Abierta sobre Acceso a Recursos Genéticos.

Otro hito muy importante ha sido el establecimiento del Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folklore. Este Comité se estableció en el año 2001 por mandato de la Asamblea General de la OMPI, que, a su vez, había abierto una nueva área de trabajo institucional en Nuevos Temas Globales. El Comité Intergubernamental ha servido como espacio de discusión y debate de una multiplicidad de temas referidos a los CT.

Aunque no cuenta con un mandato de *negociación* propiamente, los insumos políticos, técnicos, científicos, jurídicos entre otros, que ha producido, constituyen una base documentaria y conceptual muy

importante a efectos de evaluar la viabilidad, posibilidades y eventuales contenidos de un régimen internacional de protección de los CT.

Cuadro No. 5 Opciones e instrumentos para proteger y compensar por los conocimientos, innovaciones y prácticas indígenas

Existen diferentes medidas, mecanismos e instrumentos que pueden utilizarse para cautelar los intereses indígenas respecto de sus conocimientos, innovaciones y prácticas. Sin duda, el desarrollo de un sistema internacional (global) de protección legal plantea en estos momentos problemas políticos bastantes álgidos. Sin embargo, ciertos instrumentos vigentes y medidas podrían adoptarse y adecuarse casi de inmediato para fines de protección específicos dependiendo de lo que se entienda por “proteger” (preservar, promover su uso, controlar, prevenir la utilización, entre otros). Algunos de estos instrumentos o mecanismos pueden actuar efectivamente para que el uso de los conocimientos se efectúe dentro de un marco legal mientras otros se orientan más a garantizar que se compartan equitativamente los beneficios derivados de su utilización.

Instrumentos legales (orientados a controlar el uso de los CT)-

- Contratos / licencias de uso de conocimientos-
- Derechos de propiedad intelectual (patentes, derechos de obtentor, indicaciones geográficas, marcas colectivas, secretos industriales o comerciales) modificados para garantizar el interés indígena
- Sistemas de acceso a los recursos genéticos
- Instituciones del derecho consuetudinario

Fondos (orientados a compensar por el aprovechamiento de los CT)-

- *Fondo Internacional para los Recursos Fitogenéticos* (FAO) (para implementar los Derechos del Agricultor)
- *Fondo Andino de Recursos Genéticos* (derivado de la Decisión 391).
- *Fondo de Reconocimiento de Recursos Genéticos* (Universidad de California).
- *Fondo para el Desarrollo Rural Integrado y Medicina Tradicional* (Nigeria)
- *Peoples Forest Fund* (ICBG en Surinam)

Proyectos específicos (actividades orientadas a mantener, registrar conocimientos, innovaciones y prácticas indígenas)

- Registros de conocimientos (Peoples Biodiversity Registers en India)
- Registros de conocimientos indígenas (Ley 27811 de Perú, Ley 20 de Panamá)

- Áreas protegidas especiales para proteger espacios, territorios, tierras indígenas

Una limitación que se plantea durante los debates sobre cómo proteger conocimientos indígenas tiene que ver con el carácter territorial que hasta el momento tienen las iniciativas en esta materia. Es decir, la inexistencia de un sistema internacional de protección hace que los impactos que pueden tener estos sistemas, ideados e implementados a nivel nacional o máximo, regional, sean relativos. Por ejemplo, la protección dada en Perú o Brasil no sería válida en EEUU o Europa que son justamente el centro de registro de derechos de propiedad intelectual más importante, donde se amparan solicitudes de patentes provenientes de la “biopiratería”. Las limitaciones para hacer valer un derecho con alcance nacional en el ámbito internacional son considerables.

Fuente: Manuel Ruiz (SPDA), 2001

Finalmente, en el ámbito de la OMC también se han generado avances e iniciativas importantes. En el Comité de Ambiente y Comercio y, especialmente, en el Consejo ADPIC, se han discutido las relaciones existentes entre el CDB y este Acuerdo, específicamente en el tema de los recursos genéticos y los CT. Como parte del proceso de revisión de varias de las disposiciones del ADPIC han sido puestas sobre la mesa de negociación (especialmente por parte de los países en desarrollo) las relaciones entre propiedad intelectual, divulgación de origen, CT y recursos genéticos. De hecho, la Declaración de Doha (párrafo 19) del año 2001, estableció la necesidad de analizar las relaciones entre estos temas en el marco de la revisión del artículo 27.3.b y su nivel de implementación.

2. La posición de los grupos indígenas: ¡ frenar la biopiratería !²⁶

Grupos representativos de los pueblos y comunidades indígenas de distintas partes del mundo se han manifestado contundentemente en relación a dos temas: garantizar el derecho a la tierra o territorio por un lado, y frenar la biopiratería por el otro.

²⁶ Para verificar casos específicos de biopiratería revisar: <http://www.etcgroup.org>

Aunque como ya se indicó, no existen definiciones universales sobre el significado del concepto “biopiratería”, una definición que sintetiza las diferentes aproximaciones al tema es: acceso y aprovechamiento ilegal, irregular o inequitativo de recursos biológicos y sus derivados y de los CT de los pueblos indígenas asociados a ellos, especialmente mediante el uso de la propiedad intelectual con la finalidad de irrogarse derechos exclusivos sobre ellos²⁷.

Sobre esto último, algunos representantes indígenas han llegado a exigir una moratoria mundial a las actividades de bioprospección hasta que se establezca un régimen legal y reglas eficaces y eficientes que reconozcan sus derechos sobre los recursos que se encuentran en sus territorios y tierras y sobre los CT asociados a ellos.

Desde el año 1984 a la fecha, los pueblos indígenas alrededor del mundo han hecho múltiples declaraciones políticas reclamando sobre este uso ilegal de sus recursos y CT. Algunas de éstas incluyen:

- la Declaración de Principios del Consejo Mundial de Pueblos Indígenas (1984),
- la Declaración Kari Oca y Carta de la Tierra de los Pueblos Indígenas (1992),
- la Declaración Mataatua sobre Derechos Intelectuales y Culturales (1993),
- el Foro Global Indígena (1992),
- Declaración de Santa Cruz, Bolivia, de la Coordinadora de Pueblos Indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA) (1994)
- Declaración de la Alianza Internacional de Pueblos Indígenas y Tribales del Bosque Tropical (1995),
- el Llamado de la Tierra (2003),
- el Foro Internacional Indígena sobre Biodiversidad (2004),

27 Para mayores detalles sobre el fenómeno de la biopiratería ver: Ruiz, M. *¿ Cómo prevenir y enfrentar la biopiratería ? Una aproximación desde Latinoamérica*. Documento de Investigación. Iniciativa para la Prevención de la Biopiratería. Año I, No. 1, enero de 2005, Lima, Perú.

Estos son solamente algunos de los ejemplos de estructuras institucionales y de expresiones de posición política de los pueblos indígenas en materia de reivindicación de la tierra, biopiratería y CT a lo largo de los años.

A diferencia de lo que ocurría hasta hace algunas décadas hoy existe entre los grupos indígenas plena y manifiesta conciencia que sus CT están siendo en muchos casos utilizados y aprovechados sin su consentimiento y sin que se comparta ningún tipo de beneficio derivado de dicho uso. Hay, asimismo, mucha mayor conciencia sobre las implicancias políticas internacionales que tiene este tema y la posibilidad de utilizarlo como bandera política de unidad.

En ese sentido, una serie de casos de biopiratería documentados en la última década han dado lugar a un proceso muy claro de concienciación y reacción de los pueblos indígenas.

CAPITULO TERCERO

1. El proceso para la protección de los conocimientos tradicionales en la sub-región andina: un breve repaso histórico 1993 - 2005

La Decisión 345. Los antecedentes para la protección de los CT en la sub-región andina, específicamente en la CAN²⁸, se remontan al proceso de negociación de la Decisión 345 de la Comunidad Andina sobre un Régimen Común para la Protección de los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales iniciado en 1992²⁹ ³⁰.

Específicamente, durante esta negociación se propuso que fueran protegidas legalmente variedades que cumplieran con ser nuevas, estables, distinguibles y homogéneas y que, adicionalmente fueran obtenidas mediante “...la aplicación de conocimientos científicos al mejoramiento heredable de plantas”³¹.

28 La CAN es un bloque de integración económica formado en 1969 y constituido en la actualidad por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. Las Decisiones andinas son normas jurídicas aprobadas en la CAN (a nivel de los Poderes Ejecutivos) que pasan automáticamente a formar parte de la legislación interna de los países.

29 La Decisión 345 se aprobó durante el Sexagésimo Período Ordinario de Sesiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, entre el 20 - 21 de octubre de 1993, en Santafé de Bogotá, Colombia.

30 Este mecanismo de protección (que a su vez se deriva del *Convenio Internacional para la Protección de Variedades Vegetales* - UPOV - del cual formaban parte en su momento básicamente países industrializados de Europa) confiere al creador de una nueva variedad vegetal que cumpla con los requisitos de novedad, distinguibilidad, homogeneidad y estabilidad, el derecho de impedir que terceros no autorizados utilicen o comercialicen esa variedad o su material de reproducción. Un “*Certificado de Obtentor*” constituye una suerte de patente *ad hoc*, especialmente diseñada para proteger nuevas variedades vegetales creadas por el ingenio humano.

31 El artículo 4 de la Decisión 345 establece expresamente: “*Los Países Miembros otorgarán certificados de obtentor a las personas que hayan creado variedades*

Esta redacción, singular a nivel de normas similares en la legislación comparada sobre derechos de obtentor, llamó la atención de varios delegados que cuestionaron que en países como los andino/amazónicos donde la capacidad innovadora y creadora de sus poblaciones indígenas en el campo de la agricultura y la domesticación de plantas está plenamente demostrada, se pretendiera limitar la protección a cierta forma de conocimiento asociada más bien a patrones occidentales y modernos, excluyéndose de esa manera a otras formas cognoscitivas y de innovación, particularmente conocimientos y tecnologías empleadas por los pueblos y comunidades indígenas.

Aunque la redacción del artículo se mantuvo, expertos y funcionarios de la CAN señalaron expresamente que, más allá de la forma o tipo de conocimiento aplicado o utilizado para obtener una nueva variedad vegetal, si la variedad cumple con los requisitos de protección exigidos –novedad, homogeneidad, distinguibilidad y estabilidad– ésta podrá ser protegida. Sin duda, si las técnicas indígenas permiten alcanzar estos requisitos – concebidos sin embargo para una forma particular de innovación que se inserta muy bien en el desarrollo de monocultivos, incremento de la productividad, agricultura intensiva– nada impediría que estas variedades sean protegidas. Este fue el antecedente inmediato en la CAN en el que se percibió ya una preocupación por el tema de los CT.

Es en este contexto que surgieron los debates que dieron origen a una preocupación en la sub-región, hoy muy extendida, por el tema de los CT.

Asimismo, es importante recordar que a partir de este proceso de desarrollo de la Decisión 345 –que se daba casi en paralelo con la adopción del CDB – surgió también la preocupación por el tema del acceso a los recursos genéticos y la distribución justa y equitativa de beneficios. De hecho, se puede afirmar que la Decisión 345 fue el punto

vegetales, cuando éstas sean nuevas, homogéneas, distinguibles y estables y se le hubiese asignado una denominación que constituya su designación genérica.

Para los efectos de la presente Decisión, entiéndase por crear, la obtención de una nueva variedad mediante la aplicación de conocimientos científicos al mejoramiento heredable de las plantas”.

de partida para posteriores desarrollos en materia de acceso a recursos genéticos, protección de los CT e incluso bioseguridad.

La Decisión 345 estableció un mandato para el desarrollo de una norma subregional sobre acceso a los recursos genéticos³². Hacia finales de 1994 se inició un nuevo proceso político/normativo para elaborar una norma andina en esta materia³³. La Decisión 391 sobre un Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos estableció las reglas y condiciones para acceder y usar los recursos genéticos de los países andinos^{34 35}.

La Decisión 391. Durante este proceso se incorporó de manera definitiva el tema de los CT al debate y a la agenda política sub-regional y nacional. La relación, para algunos intrínseca e inseparable, entre los recursos genéticos y los CT llevó a que la Decisión incluyera una serie de disposiciones que abordan este tema en particular.

32 La Disposición Transitoria Tercera establece que: “*Los Países Miembros aprobarán, antes del 31 de diciembre de 1994, un Régimen Común sobre acceso a los recursos biogenéticos y garantía a la bioseguridad de la Subregión, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio sobre la Diversidad Biológica adoptado en Río de Janeiro el 05 de junio de 1992*”.

33 Para conocer los detalles de este proceso de negociación se recomienda revisar: Caillaux, J. Ruiz, M. Tobin, B. 1999. *El Régimen Andino de Acceso a los Recursos Genéticos: Lecciones y Experiencias*. SPDA, WRI, Lima, Perú.

34 La Decisión 391 se aprobó el 2 de julio de 1996.

35 Este proceso normativo sub-regional se inició a finales de 1993, justamente a raíz de un mandato explícito contenido en la Tercera Disposición Transitoria de la Decisión 345, la misma que establecía que los Países Miembros de la CAN debían aprobar antes de diciembre de 1994 un régimen comunitario andino que regule el acceso a los recursos genéticos (que a su vez era uno de los puntos centrales y críticos del CDB). Este esfuerzo sub-regional concluyó formalmente el 2 de julio de 1996 cuando en Caracas, Venezuela y luego de un largo proceso que incluyó una etapa inicial no -gubernamental y una subsiguiente etapa de negociación gubernamental (seis reuniones de expertos), se aprobó la Decisión 391 que regularía el tema de acceso a los recursos genéticos. Para conocer detalles de la génesis y negociación de la Decisión 391 ver: Caillaux, Jorge, Ruiz, Manuel y Tobin, Brendan. 1999. *El Régimen Andino de Acceso a los Recursos Genéticos: Lecciones y Experiencias*. SPDA, WRI, Lima, Perú.

La Decisión define en su artículo 1 al “componente intangible” (asociado a los recursos genéticos) como “...*todo conocimiento, innovación o práctica, individual o colectiva, con valor real o potencial asociado al recurso genético, o sus productos derivados o al recurso biológico que los contiene, protegido o no por regímenes de propiedad intelectual*”.

Esta aproximación de la Decisión es, en estricto, correcta. Sin embargo, lo importante hubiera sido incidir en el componente intangible desde el punto de vista de los conocimientos, innovaciones y prácticas indígenas pues son éstos los que no están protegidos –y difícilmente podrían estarlo– por el sistema de propiedad intelectual.

El artículo 7 de la Decisión establece que los Países Miembros, de conformidad con su legislación interna “... *reconocen y valoran los derechos y la facultad de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados*”. Asimismo precisa en su artículo 35 que las condiciones de acceso y uso de estos conocimientos serán establecidas por los pueblos indígenas e interesados en un anexo al Contrato de Acceso (a los recursos genéticos). Finalmente, como corolario a la negociación de la Decisión 391, se incorporó una Disposición Transitoria Octava que establece la necesidad de elaborar un régimen especial o norma de armonización orientado a fortalecer (en rigor *proteger*) los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales.

La Decisión 391 marca un hito de alcance nacional, regional e internacional. Por un lado, es la primera norma sub-regional de acceso a los recursos genéticos en el mundo (y la segunda de su tipo luego de la Orden Ejecutiva 247 de Filipinas, aprobada casi un año antes)³⁶. En segundo lugar, se convierte en un referente obligado en términos de legislación comparada, al punto que muchas normas en la materia aprobadas posteriormente, recogen elementos (incluso textuales) de la

36 Orden Ejecutiva 247 de Filipinas : Prescripción de Lineamientos y Establecimiento de un Marco Regulatorio para la Bioprospección de Recursos Biológicos y Genéticos (mayo, 1995)

Decisión. En tercer lugar, cuando menos a nivel andino, la Decisión 391 dinamiza una serie de procesos, iniciativas y proyectos que, como ya se mencionó, incorporan estos temas a las agendas políticas.

Finalmente, un tema especialmente importante e incorporado en la Decisión 391 es el de la divulgación de origen y procedencia legal de los recursos genéticos y CT como condición previa para la concesión de derechos de propiedad intelectual. Esta idea nació en el proceso andino y fue específicamente propuesto por el Perú durante el mismo³⁷. Como se analiza en detalle en el Capítulo Séptimo de esta investigación, la idea de la divulgación es en la actualidad la principal y más importante propuesta conceptual, política y jurídica que se debate en diferentes foros donde se intenta vincular el régimen de acceso a los recursos genéticos y la protección de los CT (como elementos del CDB) con el régimen de propiedad intelectual y de patentes en particular.

A partir de la aprobación de la Decisión 391, varios países, incluso fuera de la sub-región, empezaron a trabajar en propuestas de políticas públicas en materia de protección de los CT, en propuestas normativas (en el caso del Perú dio origen a la Ley 27811 sobre la protección de los CT – ver Capítulo Quinto), se incluyeron iniciativas y líneas de acción en la estrategias nacionales de biodiversidad, entre otros.

37 El primer antecedente a la idea de la divulgación de origen se encuentra en las discusiones que se dieron durante la etapa no gubernamental de desarrollo de la Decisión 391. Las primeras propuestas presentadas sobre la idea de divulgar origen y procedencia legal de los recursos genéticos y CT por parte del Centro de Derecho Ambiental de la Unión Mundial para la Naturaleza y la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental a mediados de 1994 no fueron bien recibidas ni enteramente entendidas durante este proceso. Una posible razón de esta resistencia inicial tenía que ver con cierta "radicalidad" (en ese momento) de la propuesta. Un continuo e insistente trabajo de convencimiento y sustento técnico a la idea durante casi dos años, dio como resultado su inclusión el texto final de la Decisión, en 1996. Para conocer los detalles de este punto en particular se recomienda leer: Tobin, B. *Certificates of Origin: a Role for IPRs in Securing Prior Informed Consent*. In: Mugabe, J. Barber, C. Henne, G. Glowka, L (Eds). 1997. *Access to Genetic Resources: Strategies for Benefit Sharing*. IUCN, WRI, ACTS Press, Nairobi, Kenya.

La Decisión 486. La Decisión 486 es la norma sub-regional sobre propiedad industrial. Entró en vigencia en diciembre del 2000. Resulta una norma por lo demás interesante pues se desarrolló con miras a adecuarse al ADPIC. Pero incluso fue más allá en algunos temas, al incorporar la diversidad biológica y los conocimientos tradicionales en su texto, temas que a nivel del propio ADPIC encuentran serias resistencias de parte de los países industrializados principalmente.

Como cuestión muy particular en una norma, en este sobre propiedad industrial, el artículo 3 de la Decisión 486 (Del Patrimonio Biológico y Genético y de los Conocimientos Tradicionales) establece que “...*los Países Miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afro-americanas o locales. En tal virtud, la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de material obtenido de dicho patrimonio o dichos conocimientos estará supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional*”. En consecuencia, la concesión de derechos o protección a través de, por ejemplo, patentes de invención o incluso derechos de obtentor, no puede (o no debe) afectar intereses respecto al patrimonio biológico de los Países Miembros y el conocimiento tradicional de sus comunidades.

Este mismo artículo señala que “...*los Países Miembros reconocen el derecho y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afro-americanas o locales, sobre sus conocimientos colectivos*”, lo cual al igual que el artículo 7 de la Decisión 391 explícitamente implica un reconocimiento de los Gobiernos del aporte intelectual indígena y para lo cual eventualmente deberán desarrollarse mecanismo de protección.

Por último, el artículo 3 señala que “...*las disposiciones de la presente Decisión se aplicaran e interpretarán de manera que no contravenga a las establecidas por la Decisión 391, con sus modificaciones vigentes*”. En este sentido, se hace la vinculación directa entre el sistema de patentes y el régimen de acceso a los recursos genéticos. Muchas de estas patentes, especialmente a nivel

biotecnológico, pueden derivarse directa o indirectamente de recursos genéticos de los cuales los Países Miembros son países de origen.

Retornando al punto sobre la vinculación entre el sistema de acceso a recursos y el régimen de patentes, el artículo 26 de esta Decisión establece que “...*la solicitud para obtener una patente de invención se presentará ante la oficina nacional competente y deberá contener lo siguiente: [...] (b) de ser el caso, la copia del contrato de acceso, cuando los productos o procedimientos cuya patente se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o de sus productos derivados de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen*”.

Pero va incluso más allá en el párrafo (i) en el cual se determina que “...*de ser el caso [la solicitud deberá contener], la copia del documento que acredite la licencia o autorización del uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afro americanas o locales de los Países Miembros, cuando los productos o procedimientos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen, de acuerdo a lo establecido en la Decisión 391 y sus modificaciones y reglamentaciones vigentes*”. Es decir, se requiere del consentimiento de las comunidades y del documento que lo acredite, cuando se pretenda patentar una invención que a su vez pueda derivarse directa o indirectamente de los conocimientos indígenas.

Otro de los puntos interesantes a resaltar es el hecho que, de conformidad con el artículo 75, la autoridad nacional competente en materia de propiedad intelectual podrá decretar de oficio o a solicitud de cualquier persona y en cualquier momento, la nulidad absoluta de una patente, cuando “...*(g) de ser el caso, no se hubiere presentado la copia del contrato de acceso, cuando los productos o procedimientos cuya patente se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen...*”. Hay por ello, la posibilidad que terceros puedan cuestionar el otorgamiento de un título de patente en función a los supuestos anteriormente

La Decisión 523. Esta Decisión aprobó la Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino (julio de 2002). La Estrategia tiene como uno de sus objetivos el proteger y fortalecer los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales sobre la base del reconocimiento de sus derechos individuales, comunales y colectivos sobre los mismos.

La Estrategia Regional ofrece un marco operacional para garantizar niveles de protección jurídica (promoción, desarrollo, mantenimiento) de los CT en la sub-región. (Ver Cuadro N° 6)

La Decisión 524. Mediante esta Decisión se aprobó la conformación de una Mesa de Trabajo sobre Derecho de los Pueblos Indígenas (julio de 2002). Esta Mesa tiene como mandato hacer el seguimiento a las Decisiones y políticas emanadas de la CAN con implicancias sobre los derechos de los pueblos indígenas en una serie de campos, incluyendo el de los CT. En ese sentido, una de las prioridades de esta Mesa es promover el desarrollo y la aprobación del régimen andino de protección de los CT.

En esta materia en particular, se han realizado tres talleres regionales con representantes indígenas y técnicos indígenas quienes han elaborado una propuesta preliminar de elementos que podrían incluirse en un régimen de protección de los CT. Posiblemente lo más importante de esta propuesta es el hecho de definir un ámbito de los CT que no solamente incluye conocimientos, innovaciones y prácticas asociadas a la diversidad biológica sino que se extiende a toda forma y manifestación intelectual de los pueblos indígenas, incluyendo expresiones culturales, artesanías, obras artísticas, etc. El CT es todo esto y una norma de protección de cubrir estos diferentes y variados elementos.³⁸ Asimismo, se pone énfasis en el rol del Derecho Consuetudinario en la protección de los CT.

38 Para conocer detalles de esta propuesta se recomienda revisar: De la Cruz, R., Muyuy, G., Viteri, A., Flores, G., González, J., Mirabal, J.G., Guimaraes, R. (2005). *Elementos para la Protección Sui Generis de los Conocimientos Tradicionales Colectivos e Integrales desde la Perspectiva Indígena*. Comunidad Andina, Corporación Andina de Fomento. Caracas (versión electrónica en: <http://www.caf.com/publicaciones>)

Cuadro No. 6 Conocimientos tradicionales en la Estrategia Regional de Biodiversidad

LÍNEAS DE ACCIÓN	RESULTADOS ESPERADOS
<p>11. Establecer una política común para el fortalecimiento y protección de los conocimientos y prácticas tradicionales referidos a la biodiversidad con la participación y consulta a las comunidades indígenas, afroamericanas y locales.</p> <p>12. Consolidar las capacidades de las comunidades indígenas, afro-americanas y locales de la subregión para el fortalecimiento y protección de los conocimientos tradicionales referidos a la biodiversidad.</p>	<p>11.1 Norma andina sobre conocimientos y prácticas tradicionales aprobada, reglamentada por los Países Miembros y en aplicación.</p> <p>11.2 Plataforma de diálogo sobre conocimientos y prácticas tradicionales, establecida en el marco de la CAN y funcionando.</p> <p>11.3 Principios y políticas subregionales sobre conocimientos y prácticas tradicionales negociados en los foros internacionales relacionados al tema (CDB, OMC, entre otros).</p> <p>11.4 Experiencias de rescate, fortalecimiento y protección de conocimientos tradicionales sobre biodiversidad, ejecutadas a nivel local e integradas a nivel subregional.</p> <p>12.1 Autoridades de las organizaciones subregionales y nacionales de los pueblos indígenas, comunidades locales y afroamericanas, cuentan con capacidades técnico-jurídicas para negociar el acceso de terceros a sus conocimientos y prácticas tradicionales y para fortalecer dichos conocimientos.</p> <p>12.2 Técnicos indígenas y locales especializados en gestión territorial sostenible y protección de sus prácticas y conocimientos tradicionales, capacitados y en ejercicio.</p> <p>12.3 Experiencias piloto de transmisión y fortalecimiento de los conocimientos tradicionales en el dominio público, incluidas las de uso sostenible de la biodiversidad, implementadas y sistematizadas.</p> <p>12.4 Experiencias piloto de formulación participativa de políticas y estrategias nacionales y sectoriales de fortalecimiento y protección de conocimientos tradicionales, desarrolladas.</p>

Fuente : Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino.

Apoyo a los negociadores internacionales. Un proceso también muy interesante ocurrido en la sub-región es el de fortalecimiento de las capacidades negociadoras de los países en estos temas. Con el auspicio de la Corporación Andina de Fomento, se inició en el año 2001 un esfuerzo para potenciar y consolidar las capacidades de negociación de los funcionarios de la sub-región andina en materia de acceso a recursos genéticos, conocimientos tradicionales y propiedad intelectual. Para ello, y aprovechando la experticia de varios profesionales de la sub-región quienes desde el año 1990 han estado participando en estas discusiones, se organizaron talleres de capacitación y se publicó una guía / manual explicativo para ser utilizada en los diferentes foros en los cuales se negociarían estos temas (CDB, OMPI, OMC, FAO, UNESCO u otros)³⁹.

³⁹ Rosell, M., Ruiz, M. 2002. *Lineamientos Técnicos. Apoyo a la Negociación Internacional de los Países Miembros de la Comunidad Andina en Materia de Acceso a los Recursos Genéticos y Conocimientos Tradicionales*. Comunidad Andina, Corporación Andina de Fomento.

CAPITULO CUARTO

1. Algunos procesos de interés: el Protocolo Centroamericano y el Tratado de Libre Comercio entre EEUU y el Perú.

1.1 El Protocolo Centroamericano de Acceso a los Recursos Genéticos y Bioquímicos y al Conocimiento Tradicional Asociado (1998)

La propuesta de Protocolo Centroamericano de Acceso a los Recursos Genéticos y Bioquímicos y al Conocimiento Tradicional Asociado fue el producto resultante y la progresión natural del Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y la Protección de Areas Silvestres en Centroamérica (1992) que a su vez se desarrolló como parte de las actividades de la Comisión Centro Americana para el Medio Ambiente y el Desarrollo Sostenible y de la cual forman parte Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá.

Aunque esta propuesta de Protocolo se centra en el tema de los recursos genéticos, incluye dentro de su ámbito de aplicación a los conocimientos tradicionales asociados a estos recursos.

La justificación para un protocolo de alcance sub-regional para regular el acceso a los recursos se fundamentó en su momento las siguientes consideraciones:

- a) la biodiversidad y recursos genéticos se encuentran compartidos a lo largo y ancho de la sub-región centroamericana,
- b) se encuentra en marcha un proceso de integración y armonización legislativa centroamericana,

- c) se hace necesario contrarrestar un proceso de fortalecimiento (nacional) de los regímenes de propiedad intelectual,
- d) se hace necesario desarrollar estrategias nacionales de biodiversidad en el marco de una Red Regional de Comisiones Nacionales de Biodiversidad,
- e) ya se evidencian avances normativos y políticos en Costa Rica y Panamá,
- f) hay referencias explícitas al acceso a los recursos genéticos en el Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y la Protección de Areas Silvestres en Centroamérica,
- g) Decisiones de la COP del CDB y una serie de documentos han destacado la necesidad de alternativas regionales para abordar el tema del acceso a los recursos genéticos.

A raíz de esto, en 1997 se inició un proceso político y normativo a partir de la creación de un Grupo Técnico de Composición Abierta sobre Acceso a los Recursos Genéticos al cual se le responsabilizó de presentar recomendaciones sobre este tema a la Comisión. Estas recomendaciones y lineamientos, eventualmente se convirtieron en la base para el desarrollo de la propuesta de Protocolo. Este Protocolo (ver Cuadro No. 7) establece reglas básicas y mínimas que deben ser implementadas a través de legislación interna en cada uno de los países miembros de la Comisión.

Cuadro No. 7 Capítulo III del Protocolo Centroamericano sobre CT

CAPITULO III

DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS, INNOVACIONES Y PRÁCTICAS INDIVIDUALES DE LAS COMUNIDADES LOCALES

Artículo 28. Conservación de los Conocimientos, Innovaciones y Prácticas de las Comunidades Locales: Cada Estado miembro reconoce la existencia y validez de distintas formas de conocimiento e innovación y la necesidad de protegerlas mediante el uso de los mecanismos legales apropiados para cada caso específico.

Artículo 29. Derecho de Propiedad Intelectual y Colectiva: Cada Estado miembro reconoce el derecho de las comunidades sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas y por ende, la facultad de decidir sobre ellos.

Artículo 30. Objetivos: Los Estados miembros deberán velar porque los derechos de propiedad intelectual, especialmente las patentes, contribuyan a los objetivos de conservación, utilización sostenible y distribución justa y equitativa de los beneficios derivados del uso de los recursos y conocimientos, contenidos en el presente Acuerdo, el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Convenio para la Conservación de la Biodiversidad la Protección de Áreas Silvestres Prioritarias en América Central.

Artículo 31. Consentimiento Previamente Informado: El conocimiento, prácticas e innovaciones de las comunidades locales no podrán ser utilizadas sin el consentimiento previamente informado de quien tenga el derecho de otorgarlo.

Artículo 32. Proceso de Consulta: Inmediatamente después de la vigencia de este Acuerdo, los Estados miembros iniciarán un proceso participativo con las comunidades locales sobre los alcances y requisitos de un sistema de derechos por ser establecido.

Artículo 33. Elementos a Considerar: Dentro de los elementos a ser considerados en el proceso participativo se encuentran:

- a) Identificación de los requisitos y procedimientos exigidos para que sea reconocido el derecho *sui generis* y la titularidad del mismo;
- b) Consideración de un sistema de registro para los derechos *sui generis*, de conformidad con las prácticas culturales de los interesados;
- c) Obligaciones y derechos que confiere el registro; e
- d) Identificación de causales de nulidad o cancelación de la inscripción del derecho y las causales o cancelaciones de derechos otorgados sobre el conocimiento, innovaciones y prácticas.

Artículo 34. Existencia del Consentimiento: En todo caso el derecho *sui generis* existe y se reconoce por la sola existencia de la práctica, conocimiento e innovación, sin que requiera de declaración previa ni de registro oficial. Este reconocimiento conlleva la imposibilidad de que los derechos de propiedad intelectual puedan ser otorgados sobre esos conocimientos, innovaciones y prácticas. Cada Estado miembro establecerá mecanismos para asegurar el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo.

Artículo 35. Derecho de Objeción Cultural: Se reconoce el derecho de objeción cultural de las comunidades locales sobre el acceso a los recursos o conocimientos por motivos culturales, espirituales, sociales, económicos o de otra índole. La autoridad competente ponderará la objeción resolviendo lo procedente.

1.2 El Tratado de Libre Comercio entre EEUU y los países andinos (Colombia, Ecuador y Perú)

A la fecha (enero de 2006) solamente el Perú ha firmado el Tratado de Libre Comercio (TLC) con EEUU. Por diferentes motivos (económicos, políticos, sociales, etc.) el Perú decidió avanzar más rápido que sus contrapartes andinas (Colombia y Ecuador) en la conclusión de esta negociación y la aprobación final del texto del acuerdo.

El TLC entre EEUU y Perú puede analizarse desde diferentes ángulos. Para empezar, los TLC no son precisamente el mecanismo más indicado para fortalecer el multilateralismo alrededor del mundo, situación en la cual a veces se más fácil encontrar y establecer alianzas entre países en desarrollo que refuercen los intereses nacionales. Por otro lado, negociaciones bastante aceleradas, limitados espacios de discusión nacional, acuerdos que imponen responsabilidades importantes al país y que resultan aún materia de debate entre los críticos, tampoco han contribuido en términos de percepción social.

Cuadro No. 8 Texto de la Carta de Entendimiento en el TLC EEUU – Perú

ACUERDO RESPECTO A BIODIVERSIDAD Y CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Los Gobiernos de la República del Perú y de los Estados Unidos han llegado al siguiente acuerdo respecto a biodiversidad y conocimientos tradicionales dentro del Tratado de Promoción de Comercio Estados Unidos – Perú, el cual ha sido firmado el día de hoy:

Las Partes reconocen la importancia de los conocimientos tradicionales y la biodiversidad, así como la potencial contribución de los conocimientos tradicionales y la biodiversidad al desarrollo cultural, económico y social.

Las Partes reconocen la importancia de lo siguiente: (1) la obtención del consentimiento informado de la autoridad pertinente previamente al acceso a los recursos genéticos bajo el control de dicha autoridad; (2) la distribución equitativa de los beneficios que se deriven del uso de los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos; y (3) la promoción de la calidad del examen de las patentes para asegurar que se satisfagan las condiciones de patentabilidad.

Las Partes reconocen que el acceso a los recursos genéticos o conocimientos tradicionales, así como la distribución equitativa de los beneficios que se puedan derivar del uso de esos recursos o conocimiento, pueden ser adecuadamente atendidos a través de contratos que reflejen términos mutuamente acordados entre los usuarios y los proveedores.

Cada Parte procurará encontrar medios para compartir información que pueda tener relevancia en la patentabilidad de las invenciones basadas en los conocimientos tradicionales o los recursos genéticos, mediante el suministro de:

- (a) bases de datos públicamente accesibles que contengan información relevante; y
- (b) la oportunidad de dirigirse por escrito a la autoridad examinadora pertinente para hacer referencia sobre el estado de la técnica que pueda tener alguna relación con la patentabilidad.

POR EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

POR EL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS

Sin embargo, como en toda negociación, hay elementos y logros positivos que es necesario destacar y resaltar. En el caso del TLC entre EEUU y Perú, el tratamiento dado al tema de la biodiversidad y los conocimientos tradicionales es, precisamente, uno de esos logros positivos.

En primer lugar, la sola *referencia* a la biodiversidad y a los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas en el TLC es ya un logro en sí mismo, especialmente si se considera con quién se ha estado negociando y cuál ha sido la posición de los EEUU en estos temas a lo largo de los últimos años y en diferentes foros – incluyendo otros TLC donde ni siquiera hay una mención a los mismos.

Estos temas se encuentran incluidos en el Capítulo 18 (Medio Ambiente) y, especialmente, se destacan y, en su relación con la propiedad intelectual y el acceso a los recursos genéticos, se detallan en el Acuerdo Respecto a Biodiversidad y Conocimientos Tradicionales (más conocido como el *Side Letter* o Carta de Entendimiento).

Esta Carta de Entendimiento (que es parte integral del TLC) reconoce la importancia social, económica y cultural que tiene la

biodiversidad y los conocimientos tradicionales y el rol que juegan en las posibilidades de desarrollo de los países. Asimismo, se reconoce la importancia del (PIC) de las autoridades como condición para acceder a los recursos genéticos, la distribución justa y equitativa de beneficios que se deriven del acceso y uso de estos recursos y los conocimientos tradicionales. Finalmente, se reconoce la necesidad de llevar adelante exámenes de patentabilidad de calidad en relación a invenciones relacionadas con estos recursos (y eventualmente CT) a fin de garantizar que no se otorguen derechos indebidos o se presenten fenómenos de biopiratería⁴⁰.

En segundo, un punto que ha sido materia de considerables críticas (infundadas en realidad), ha sido la referencia al rol de los contratos como instrumento para negociar condiciones mutuamente convenidas sobre el acceso y uso a los componentes de la biodiversidad y los conocimientos tradicionales. Para quien no está muy convencido sobre el uso de contratos como tales en estas circunstancias, de una lectura de la Carta de Entendimiento es claro que estos contratos *no son* el instrumento excluyente para regular las condiciones de acceso y uso de la biodiversidad y los conocimientos tradicionales. La Carta de Entendimiento señala expresamente que el acceso y la distribución de beneficios “*pueden ser adecuadamente atendidos a través de contratos ...*”, lo cual evidentemente deja libertad para definir el tipo de instrumento que preferiría ser utilizado.

En rigor, los contratos surgen de la manera como *el propio* Convenio sobre la Diversidad Biológica ha ido evolucionando. Sin excepción

40 Como ya se adelantó en el Capítulo 2, aunque no hay una definición universalmente aceptada ni consensos respecto al concepto de “biopiratería”, la Ley 28216 (del 1 de mayo de 2004), Ley de Protección al Acceso a la Diversidad Biológica Peruana y los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, establece en su Disposición Complementaria y Final Tercera que la biopiratería se define como “... *el acceso y uso no autorizado y no compensado de recursos biológicos o conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas por parte de terceros, sin la autorización correspondiente y en contravención de los principios establecidos en el Convenio sobre la Diversidad Biológica y las normas vigentes sobre la materia. Esta apropiación puede darse a través del control físico, mediante derechos de propiedad sobre productos que incorporan estos elementos obtenidos ilegalmente o en algunos casos mediante la invocación de lo mismos*”.

alrededor del mundo, los contratos son el mecanismo incorporado en todas las normas que regulan el acceso a la biodiversidad y sus componentes. Más aún, otros instrumentos internacionales como el TI FAO también los han incorporado (a través de los llamados Acuerdos de Transferencia de Material).

Mucho más contundente resulta el hecho que la normas vigentes en el Perú que regulan el acceso a los recursos genéticos y la protección de los conocimientos tradicionales – la Decisión 391 de la CAN sobre acceso a los recursos genéticos y la Ley 27811 sobre protección de los CT respectivamente – reconocen en los contratos el instrumento principal que regula las condiciones de acceso y uso de estos componentes.

Por otro lado, no deja de ser interesante el hecho que si bien los EEUU no han ratificado el CDB, sin embargo, al menos en el caso de su relación con el Perú, incluyen en la Carta de Entendimiento principios básicos reconocidos en él.

En tercer lugar, dada la preocupación y evidencias que existen sobre la concesión de derechos de propiedad intelectual bastante cuestionables respecto de componentes de la biodiversidad y los conocimientos tradicionales – mediante actos de biopiratería - se han incluido en la Carta de Entendimiento obligaciones para tanto Perú como EEUU procuren encontrar mecanismos para compartir información que pudiera referirse a recursos genéticos y conocimientos tradicionales a fin de evitar, precisamente, que se materialicen actos de biopiratería. Para ello, Perú y EEUU deberán adoptar medidas que mejoren los sistemas y mecanismos de búsqueda de información que eviten la concesión de derechos de propiedad intelectual irregulares, ilegales o cuestionables. En ese sentido, las autoridades nacionales en materia de propiedad intelectual, la United States Patent and Trade Office – USPTO – en el caso de EEUU - y – INDECOPI - en el caso del Perú, deberán fortalecer y garantizar mejoras en sus sistemas de búsqueda de antecedentes referidos a biodiversidad y conocimientos tradicionales. Bases de datos públicamente accesibles y contactos directos con las autoridades examinadoras sobre el estado de la técnica, pueden contribuir a este objetivo, tal como se señala expresamente en la Carta de Entendimiento.

En cuarto lugar, la inclusión de mecanismos de cooperación en materia ambiental (Artículo 18.7), a través del Acuerdo de Cooperación Ambiental, presenta una oportunidad muy interesante para justamente fortalecer, por ejemplo, las capacidades nacionales en materia de prevención de casos de biopiratería, vinculando el tema de diversidad biológica y conocimientos tradicionales con el de propiedad intelectual y, especialmente, promoviendo actividades concretas que consoliden los esfuerzos que ya está haciendo el INDECOPI y otras instituciones nacionales en esta materia.

Finalmente, surge la pregunta ¿por qué incluir estos temas en una Carta de Entendimiento y no en el texto mismo del TLC? La Carta de Entendimiento, como lo señala su párrafo introductorio, es un acuerdo bilateral específico entre EEUU y Perú *dentro* del TLC, pero al cual no le serían de aplicación los principios generales de trato nacional y eventualmente nación más favorecida reconocidos en la OMC. En términos sencillos, los EEUU quieren que las materias abordadas en esta Carta de Entendimiento únicamente tengan efecto entre EEUU y Perú⁴¹. Pero sigue siendo un compromiso vinculante e invocable para ambos países.

41 Otra interpretación posible es plantear que en la medida que esta Carta de Entendimiento expresamente señala que se encuentra *dentro* del TLC le son de aplicación todos los principios generales que se aplican al mismo, incluyendo trato nacional. Este tema se encuentra abierto a la discusión.

CAPITULO QUINTO

1. Avances en los procesos políticos y normativos de algunos países de América Latina⁴²

Si bien en América Latina se han producido en los últimos años procesos políticos orientados a la protección legal de los conocimientos, innovaciones y prácticas de sus pueblos y comunidades indígenas (principalmente en el contexto de la implementación del artículo 8(j) del CDB), son muy pocos los países que cuentan con normas específicas sobre la materia⁴³. Este Capítulo presenta una revisión de los diferentes avances político/normativos sobre protección de los CT que se han generado en la región⁴⁴.

1.1 Avances a nivel de la Comunidad Andina (CAN)⁴⁵

Indudablemente, los debates que se suscitaron durante la negociación del CDB y como parte de su proceso de implementación, catalizaron en distintos lugares del mundo nuevas iniciativas para el

42 Aunque no forman parte de América Latina, se han incluido también referencias a Guyana y Surinam en la medida que se han dado algunos avances en la materia objeto de esta investigación.

43 Ciertamente, varias Constituciones de América Latina incluyen referencias a los pueblos y comunidades indígenas en términos del reconocimiento a algunos derechos de tipo cultural, étnico y político, pero pocas hacen referencia explícita a los CT (lo cual resulta explicable por lo reciente de este tema en las agendas políticas y jurídicas de los países) (ver Cuadro No. 2 del Capítulo Primero).

44 Para efectos de esta revisión, se han considerado únicamente aquellos países en donde se han dado procesos políticos o avances normativos de alguna importancia en los últimos años y, especialmente, respecto de los cuales se ha logrado acceder a información de diferentes fuentes.

45 El análisis detallado de los avances políticos y normativos en la CAN ya se adelantó en el Capítulo Tercero.

tratamiento del tema de la protección legal de los conocimientos, innovaciones y prácticas indígenas o CT⁴⁶.

Como ya se precisó en el Capítulo Tercero, en el caso de los Países Miembros de la CAN, un hito determinante que propició el desarrollo de este tema lo constituyó el proceso (iniciado hacia finales de 1992) para la adopción de un régimen andino de protección de nuevas variedades vegetales – la Decisión 345 de la CAN (en ese entonces el Pacto Andino o Acuerdo de Cartagena) sobre un Régimen Común de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales.

En la CAN conjuntamente con la Organización de Unidad Africana⁴⁷ es donde, sin lugar a dudas, mayores avances se han dado desde un punto de vista de políticas y propuestas legales de alcance sub-regional.

Fue posteriormente, durante los debates y el proceso de negociación de la Decisión 391 sobre acceso a los recursos genéticos que la preocupación por proteger los CT de los pueblos y comunidades indígenas cobró fuerza y se consolidó definitivamente como tema de agenda política. La estrecha relación entre el acceso a los recursos genéticos (cuestión vinculada a la bioprospección) y los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas, generaron que la Decisión abordara el tema.

La Decisión 391 precisa que, conjuntamente, con el objeto material o tangible (el recurso genético o biológico en sí) puede haber un componente intangible asociado al mismo aunque referido no solamente

46 Como ya se indicó en la parte inicial de esta investigación, los debates sobre los CT tienen su precedente a inicios de los años 80, en el seno de la (FAO), aunque el énfasis en este foro pudiera haber estado marcado inicialmente por la idea de *compensar* a los agricultores y no necesariamente proteger sus CT.

47 En el ámbito de la *Organización de Unidad Africana* (igualmente una instancia sub-regional) se ha desarrollado una propuesta normativa sobre protección de los CT. En efecto, la Ley Modelo de la Organización de Unidad Africana para la Protección de los Derechos de las Comunidades Locales, los Agricultores y Mejoradores, y para la Regulación del Acceso a los Recursos Biológicos (1998) establece el marco general sobre protección de los CT y acceso a los recursos biológicos para los 53 países miembros de este bloque.

a los CT pueblos y comunidades indígenas, sino también a conocimientos que, por ejemplo, pudieran generarse a nivel científico.

1.2 Argentina

Aunque Argentina no es reconocido como un país especialmente rico en diversidad biológica, sí posee importantes recursos genéticos (sobretudo para la alimentación y la agricultura) y una considerable población indígena. En este contexto, se han producido algunas iniciativas oficiales y no oficiales en materia de acceso a los recursos genéticos y protección de los conocimientos tradicionales.

En 1997, el Senador Ludeña, propuso el Proyecto de Ley S – 97 – 0098, Ley de Defensa del Patrimonio Genético Nacional. Esta propuesta ha dado origen a diferentes iniciativas conceptuales sobre la materia y, en ese sentido dos documentos incluyen un Proyecto de Ley de Acceso a los Recursos Genéticos de la Diversidad Biológica (2000) y un Anteproyecto de Ley para la Creación de un Registro de Conocimientos Tradicionales Indígenas (2003).

El Proyecto de Ley de Acceso a los Recursos Genéticos (siguiendo la lógica de la Decisión 391), establece en su artículo 12 (d) que se suscribirán contratos accesorios (contratos entre un solicitante de acceso y un tercero diferente al Estado) con los representantes de las comunidades indígenas que posean conocimientos asociados al recurso de la biodiversidad.

Asimismo, hace también referencia al componente intangible y, en ese sentido, establece en su artículo 26 que:

“La presente ley reconoce y protege los conocimientos, las prácticas e innovaciones de los pueblos indígenas y las comunidades locales, relacionadas con los elementos de la biodiversidad y el conocimiento asociado.

Este derecho deberá ser reconocido por la sola existencia de la práctica cultural o el conocimiento relacionado con los recursos genéticos y bioquímicos; no requiere declaración previa, reconocimiento expreso ni registro oficial; por tanto,

puede comprender prácticas que en el futuro adquieran tal categoría.

Deberá suscribirse un contrato accesorio con los representantes de las comunidades indígenas y locales, a fin de acordar los beneficios que percibirán las mismas por aportar el conocimiento asociado al recurso accedido.

La comercialización y cualesquiera otros usos de los recursos genéticos no impiden la utilización tradicional de los recursos genéticos”.

Por su parte, el Anteproyecto de Ley de Registro de Conocimientos Tradicionales Indígenas, es un esfuerzo y propuesta académica, orientada a otorgarle a los pueblos indígenas (debidamente registrados y reconocidos en Argentina) un instrumento para registrar como conocimiento tradicional una serie de expresiones de la creatividad indígena en una multiplicidad de campos (medicina, artesanía, canto, dibujo, diseño, etc.).

Este Registro busca conceder un derecho de propiedad (cuyos alcances y ámbito no quedan del todo claros del Anteproyecto) a los pueblos indígenas sobre estos elementos.

Estos ejemplos evidencian un grado de interés desde el plano político y académico por abordar los temas de acceso a los recursos genéticos y la protección jurídica de los CT.

1.3 Bolivia

Dado el compromiso impuesto por la Decisión 391 sobre los estudios de país en relación a conocimientos, innovaciones y prácticas, el Gobierno de Bolivia, a través del Vice-Ministerio de Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente, el Vice-Ministerio de Asuntos Indígenas y Pueblos Originarios, la Confederación Nacional Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia y la Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia suscribieron un Convenio Interinstitucional en 1998 para:

- a) la elaboración de un estudio nacional para la protección del patrimonio científico, cultural y natural de los pueblos indígenas,

- b) la elaboración de una Propuesta de Ley para Regular la Protección de los Conocimientos, Innovaciones y Prácticas Tradicionales de los Pueblos Indígenas y originarios de Bolivia.

Este proceso se encuentra en marcha y si bien se ha logrado elaborar un primer borrador de posibles elementos para una propuesta normativa, su acceso es restringido hasta que sea debida y ampliamente consultado con los pueblos y comunidades indígenas del país.

La Constitución Política de 1994 reconoce asimismo la naturaleza multiétnica y pluricultural de Bolivia. Asimismo, reconoce la personalidad jurídica de los pueblos indígenas y originarios. Esto último, permitiría al pueblo o comunidad ser sujetos de derechos y obligaciones, incluyendo los de naturaleza colectiva que le correspondan. Podrían asimismo, ser titulares de derechos de propiedad intelectual específicos y adaptados a sus necesidades y particularidades. El artículo 171 reconoce la identidad, valores, costumbres e instituciones de los pueblos indígenas y originarios, lo cual a su vez incluye su patrimonio tangible e intangible (conocimientos) (ver Cuadro No. 2).

El Decreto Supremo 24676, Reglamento de la Decisión 391, de junio de 1997, establece en el artículo 48 (del Título IV; el Anexo y los Contratos Accesorios) que *“... el Ministerio de Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente, a través de la Secretaría Nacional de Recursos Naturales velará por la legalidad de las obligaciones y derechos emergentes del Anexo, en consideración al valor estratégico de las prácticas, conocimientos e innovaciones de los pueblos indígenas y comunidades campesinas. El incumplimiento del Anexo es causal de resolución y nulidad del contrato de acceso”*.

En este caso, el Estado actúa como fiscalizador del contenido del Anexo y garantiza que el mismo satisfaga el interés indígena. Su importancia es central pues cualquier incumplimiento de este Anexo acarrea la resolución y nulidad del contrato central, es decir el Contrato de Acceso. Esto último, revela una vez más, la importancia de los conocimientos, innovaciones y prácticas en el contexto de las actividades de bioprospección (de acceso a los recursos genéticos).

1.4 Brasil

En el caso del Brasil, las discusiones sobre la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de comunidades indígenas se remontan a los años 1994 y 1995, cuando, a nivel del Congreso, se empezó a discutir una propuesta normativa sobre acceso a recursos genéticos.

En efecto, el Proyecto No. 306/95 de la Senadora Marina Silva, “Acceso a la Biodiversidad Brasileira y Disposiciones sobre los Instrumentos de Control y Acceso a los Recursos Genéticos” fue presentado al Congreso Nacional en Octubre de 1995. En su primer borrador, esta propuesta contenía un Título (IV) dedicado íntegramente a la protección del conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos. En él, se proponían registros de conocimientos, la obligación de compartir beneficios derivados de su utilización, la posibilidad de utilizar contratos o convenios como el instrumento jurídico para regular su utilización, entre otros. Esta propuesta sirvió de base para el debate y desarrollo de nuevas ideas y documentos sobre la materia en el Brasil.

Este proyecto fue debatido y sometido a consultas nacionales a través de talleres y reuniones. El Senador Osmar Dias presentó una propuesta sustitutoria a esta iniciativa, incorporando una serie de comentarios y sugerencias recogidas durante el proceso de consultas. Paralelamente a este esfuerzo a nivel del Congreso, el Gobierno Federal convocó en 1996 a un Grupo Interministerial de Acceso a los Recursos Genéticos para desarrollar una alternativa normativa en la materia. La propuesta del Gobierno Federal (Estatuto que reglamenta el inciso 11 del Párrafo 4 del artículo 225 de las Constitución Política y los artículos 1, 8(c) y 8(j) del CDB y disposiciones sobre Acceso al Patrimonio Genético y Conocimiento Asociado, sobre Distribución de Beneficios Derivados de su Uso y otras Providencias) eliminó el capítulo o título exclusivo para tratar el tema de los conocimientos indígenas pero los incorporó al hacer referencia en la propuesta a “*conocimientos asociados*” a los recursos genéticos. En esto, hay un acercamiento conceptual a la idea del “componente intangible” previsto en la Decisión 391.

Conforme se desarrollaba este proceso, los Estados en Brasil iniciaron sus propios procesos políticos y normativos para regular el

acceso a los recursos genéticos. En este contexto, el tema de los CT indígenas se constituyó en uno de los pilares centrales de las discusiones. Así, los Estados de Amapá y Acre promulgaron las Leyes No. 0388/1997 y 1235/1997 respectivamente, para regular el acceso a los recursos genéticos (con algunas referencias a los conocimientos tradicionales en cada caso).

Finalmente, el 23 de agosto del año 2001, y en el contexto de una situación muy particular y controvertida en torno a las actividades de bioprospección de la Asociación Brasileña para el Uso Sustentable de la Biodiversidad de la Amazonia (Bioamazonia) y la empresa multinacional suiza Novartis Pharma AG,⁴⁸ se promulgó la Medida Provisoria 2.186-16 que regula (temporalmente) el acceso a los recursos genéticos, la protección del conocimiento asociado, entre otros elementos (ver Cuadro No. 9).

Si bien no se trata de un sistema de protección del CT *per se*, sí incluye normas que tratan, por ejemplo sobre la compensación por el uso de los CT. En este sentido, el artículo 22 de esta norma establece que las comunidades indígenas y locales podrán beneficiarse de “... un porcentaje del beneficio derivado de la utilización de información sobre conocimientos asociados obtenidos de las mismas comunidades”.

48 Para mayores detalles, ver Alegretti, M. H. *O poêmico acordo entre Bioamazonia e a Novartis* en: <http://www.amazonpress.com.br/opiniao/dedoc/opi25082000.htm> y Peña-Neira S., Dieperink C. y Addink H., *Equitably Sharing Benefits from the utilization of Natural Genetic Resources: The Brazilian Interpretation of the Convention on Biological Diversity* en: <http://www.strategyguide.org/Pdfs/>

**Cuadro No. 9 Referencias a los conocimientos tradicionales en la
Medida Provisoria 2.186-16 de Brasil**

CAPITULO III

PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES ASOCIADOS

Artículo 8. Mediante esta Medida Provisoria quedan protegidos los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y de las comunidades locales vinculados al patrimonio genético, contra la utilización y la explotación ilícitas y otras acciones perjudiciales o no autorizadas por el Consejo de Gestión de que trata el Artículo 10, o por la institución habilitada.

1. El Estado reconoce el derecho de las comunidades indígenas y de las comunidades locales a decidir sobre el empleo de sus conocimientos tradicionales vinculados al patrimonio genético nacional, en los términos de esta Medida Provisoria y de su reglamento.
2. Los conocimientos tradicionales vinculados al patrimonio genético de que trata esta Medida Provisoria integran el patrimonio cultural brasileño y podrán ser registrados oficialmente según lo disponga el Consejo de Gestión o la legislación específica.
3. La protección otorgada por esta Medida Provisoria no podrá interpretarse de modo que obstaculice la preservación, la utilización o el desarrollo de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas o de las comunidades locales.
4. La protección así instituida no afectará, perjudicará o limitará los derechos relativos a la propiedad intelectual.

Artículo 9. A las comunidades indígenas y las comunidades locales que crean, desarrollan, poseen o conservan los conocimientos tradicionales vinculados al patrimonio genético, se garantizará el derecho a:

- I. Hacer constar el origen del acceso de los conocimientos tradicionales en todas las publicaciones, utilizations, investigaciones y divulgaciones;
- II. Impedir que terceros no autorizados:
 - a) utilicen, realicen pruebas o investigaciones en relación con los conocimientos tradicionales asociados;
 - b) divulguen, transmitan o retransmitan datos o informaciones que constituyen los conocimientos tradicionales asociados o forman parte de ellos;
- III. Obtener beneficios de la explotación económica por terceros, directa o indirectamente, de los conocimientos tradicionales asociados, cuyos derechos les pertenecen en los términos de esta Medida Provisoria.

Párrafo único. A los efectos de esta Medida Provisoria, cualquier conocimiento tradicional asociado al patrimonio genético podrá ser propiedad de una comunidad, aunque sólo un miembro de esa comunidad posea ese conocimiento.

Interesante desde la perspectiva regional y de armonización en las aproximaciones al tema, la Primera Disposición Final (artículo 28) de la Medida Provisoria establece, al igual que la Decisión 486 de la CAN que, previa a la concesión de derechos de propiedad intelectual (principalmente patentes biotecnológicas), la autoridad podrá exigir que se demuestre el origen del material genético incorporado en la invención y del conocimiento asociado a la misma.

Por otro lado, la Medida Provisoria creó el Consejo de Gestión del Patrimonio Genético (CGEN) cuya composición y funciones fueron reglamentadas por el Decreto 3.945 del 28 de septiembre de 2001. Éste establece que dicho Consejo estará representado por diversos ministerios (Medio Ambiente, Ciencia y Tecnología, Salud, Justicia, etc.) y otras instituciones (Medio Ambiente y Recursos Naturales Renovables, Jardín Botánico de Rio de Janeiro, Instituto Nacional de Propiedad Intelectual, etc.).

Entre sus principales funciones se encuentran : coordinar la implementación de políticas y establecer normas técnicas y pertinentes para la gestión del patrimonio genético (artículos 3.I y 3.II a), establecer los criterios para las autorizaciones y contratos de acceso (artículos 3.II b y c) así como para la creación de una base de datos de conocimientos tradicionales (3.III d). Asimismo, supervisa, en coordinación con los gobiernos federales, los procesos de acceso a recursos genéticos y conocimientos tradicionales.

En este sentido, es la autoridad competente para autorizar el acceso a los recursos genéticos y conocimientos tradicionales. En la actualidad, el CGEN ha emitido numerosas “deliberaciones” autorizando el acceso a recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales asociados con diversos propósitos (de investigación, comerciales, de nombramiento de depositarios, etc.) así como diversas resoluciones que establecen criterios para el depósito de muestras, procedimientos de bioprospección, directrices para acreditar la aceptación y elaborar contratos de acceso y de repartición de beneficios, entre otros (ver algunos ejemplos de estas deliberaciones y resoluciones en el Cuadro No. 10). El CGEN también ha emitido algunas Orientaciones Técnicas para esclarecer algunos conceptos como “investigación científica”, “bioprospección” y “desarrollo

tecnológico”. Los procesos que están en curso, los formularios y los modelos de contratos han sido recopilados y sistematizados por el CGEN y pueden ser consultados libremente⁴⁹.

Cuadro No. 10 Extractos de algunas Deliberaciones y Resoluciones emitidas por el CGEN⁵⁰

Deliberación 136, del 15 de diciembre de 2005

El Consejo de Gestión del Patrimonio Genético, en uso de las competencias que le fueron conferidas por la Medida Provisoria 2.186-16 del 23 de agosto de 2001 y por el Decreto 3.945 del 28 de septiembre del 2001, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 13, inciso III de su Reglamento Interno, y el Proceso No. 02000.000612/2004-60 resuelve:

Artículo 1. Conceder al Instituto Nacional de Investigación de la Amazonía – INPA, CNPJ 1.263.896/0015-60, la autorización de acceso al patrimonio genético con la finalidad de bioprospección y desarrollo tecnológico, de acuerdo con los términos del proyecto denominado “Desarrollo de productos fitoterapéuticos y fitocosméticos a partir de especies amazónicas”, bajo la coordinación del investigador Adrian Martin Pohlit, conforme al artículo 16 de la Medida Provisoria 2.186-16, del 23 de agosto de 2001, el artículo 8 del Decreto 3.945, del 28 de septiembre de 2001, las Resoluciones 7 de 26 de junio de 2003 y 12 del 25 de marzo de 2004.

§ 1º Esta autorización es válida hasta el 31 de diciembre de 2007 y podrá ser renovada, a criterio del Consejo de Gestión del Patrimonio Genético, mediante solicitud de la institución beneficiada.

§ 2º Esta deliberación prevé el acceso al patrimonio genético a los siguientes proveedores:

I - Wilson Ayub (...) de Manaus, Amazonas (...)

II - Brulino Rocha Maia (...) del Estado de Amazonas.

(...)

Artículo 5. Esta Deliberación entra en vigor en la fecha de su publicación.

MARINA SILVA

Ministra de Estado de Medio Ambiente

⁴⁹ Para ver el listado completo de Resoluciones, Deliberaciones, Orientaciones Técnicas, Procesos en curso, formularios y modelos de contratos consultar: <http://www.mma.gov.br>.

⁵⁰ Las Deliberaciones y Resoluciones son traducciones no oficiales de los textos originales que se encuentran en portugués.

Deliberación 129, del 20 de octubre de 2005

El Consejo de Gestión del Patrimonio Genético, en uso de las competencias que le fueron conferidas por la Medida Provisoria 2.186-16 del 23 de agosto de 2001 y por el Decreto 3.945 del 28 de septiembre del 2001, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 13, inciso III de su Reglamento Interno, y el Proceso No. 02000.002369/2005-03, resuelve:

Artículo 1. Conceder al Instituto Socio Ambiental-ISA, CNPJ Nº 00.081.906/0001-88, autorización de acceso al conocimiento tradicional asociado de las comunidades Juivitera, Arapaço, Tarumã, Pupunha Rupitá/Bela Vista, Tucumã Rupitá, Jandu Cachoeira e Mauá Cachoeira, todas pertenecientes a la etnia indígena Baniwa, localizadas (...) en el Municipio de São Gabriel da Cachoeira, Estado de Amazonas, con fines de investigación científica, de acuerdo con los términos del proyecto denominado "Paisajes Baniwa de Içana - etnoecología de unidades de paisaje como base para la gestión socioambiental", bajo la coordinación del antropólogo Geraldo Andreello (...)

Parágrafo único. Esta autorización es válida hasta el 30 de noviembre de 2007, y podrá ser renovada, a criterio del Consejo, mediante solicitud formalizada por la institución interesada en el plazo reglamentado.

Artículo 2. El ISA y los investigadores vinculados a ellos se obligan a incluir los resultados de la investigación, por cualquiera de los medios en que ésta vaya a ser divulgada, la información del origen del conocimiento tradicional asociado y la advertencia de que el acceso a la información disponible de los resultados para fines de desarrollo tecnológico y bioprospección requieren de una aceptación previa y la firma de Contrato de Distribución de Beneficios de la comunidad involucrada y la autorización del Consejo de Gestión del Patrimonio Genético.

Artículo 3. La ejecución de actividades previstas en esta norma deben observar las siguientes reservas:

- I – El ISA no está autorizado a transmitir información relativa al conocimiento tradicional asociado para otras instituciones cuando estén acompañadas de material biológico, salvo en los supuestos previstos en la aceptación previa,
- II – En el caso que investigadores de otras instituciones se incorporen al equipo del proyecto antes mencionado, este deberá entregar los términos de la incorporación al Consejo y serán considerados solidariamente responsables por las obligaciones asumidas por el ISA.

Artículo 4. Las informaciones contenidas en el Proceso 02000.002369/2005-03, no transcritas en el presente documento, son parte integrante del mismo.

Artículo 5. Esta Deliberación entra en vigor el día de su publicación.

MARINA SILVA

Ministra de Estado de Medio Ambiente

Resolución 12 del 25 de marzo de 2004**Establece directrices para la obtención de la aceptación previa para el acceso a componentes del patrimonio genético con la finalidad de bioprospección o desarrollo tecnológico**

El Consejo de Gestión del Patrimonio Genético, en uso de las competencias que le fueron conferidas por la Medida Provisoria 2.186-16 del 23 de agosto de 2001 y por el Decreto 3.945 del 28 de septiembre del 2001 y teniendo en cuenta lo dispuesto por el Convenio sobre la diversidad Biológica, promulgado por el Decreto 2.519 del 16 de marzo de 1998; considerando la necesidad de establecer criterios para la obtención de la aceptación previa prevista por los artículos 9 y 16 de la Medida Provisoria 2.186-16 de 2001; considerando la necesidad de proteger el patrimonio genético y los derechos culturales de las comunidades indígenas y locales, previstos en los artículos 215, 216, 225 y 231 de la Constitución, en el artículo 68 del Acta de Disposiciones Constitucionales Transitorias y en la Medida Provisoria 2.186-16 DE 2001, resuelve:

Artículo 1. Esta Resolución tiene por finalidad orientar el proceso de obtención de aceptación previa para fines de bioprospección o desarrollo tecnológico, por instituciones nacionales interesadas en acceder al componente del patrimonio genético situado en:

- I – tierras indígenas;
- II – áreas protegidas;
- III – áreas privadas;
- IV – áreas indispensables para la seguridad nacional; y
- V – el mar territorial brasilero, la plataforma continental y la zona económica exclusiva.

§ 1º Para efectos de esta Resolución, se aplican las definiciones del artículo 7 de la Medida Provisoria 2.186-16, del 23 de agosto de 2001.

§ 2º Para fines de lo dispuesto en esta Resolución, se incluyen entre las áreas mencionadas en el inciso III, aquellas sobre las cuales hay posesión o propiedad de comunidades locales.

Artículo 2. El proceso de obtención de aceptación previa al que se refiere el artículo 1 de esta Resolución se rige por las siguientes directrices sin perjuicio de otras exigencias previstas en la legislación vigente:

- I – Aclaración hecha a los aceptantes, en lenguaje accesible a ellos sobre el objeto del proyecto, la metodología, la duración, el presupuesto, los posibles beneficios, fuentes de financiamiento, el uso que se pretende dar al componente del patrimonio genético, el área que abarca el proyecto y las comunidades involucradas;

- II – Aclaración hecha a los aceptantes, en lenguaje accesible a ellos sobre los impactos ambientales derivados del proyecto;
- III – Aclaración hecha a los aceptantes, en lenguaje accesible a ellos sobre los derechos y las responsabilidades de cada una de las partes en la ejecución del proyecto y sus resultados;
- IV – Establecimiento, conjuntamente con los aceptantes, de las modalidades y formas de repartición de beneficios;
- V – Información a los aceptantes, en lenguaje accesible a ellos, sobre el derecho a denegar el acceso al componente del patrimonio genético durante el proceso de aceptación previa.

Parágrafo único. Cuando se trate de acceso a componentes del patrimonio genético provisto por comunidades indígenas y locales, el proceso de obtención de aceptación previa deberá observar, además de los incisos al final de este artículo, las siguientes directrices:

- I – Respeto a las formas de organización social y de representación política tradicional de las comunidades involucradas, durante el proceso de consulta;
- II – Aclaraciones a la comunidad sobre los impactos sociales y culturales del proyecto.

Artículo 3. Cuando el componente del patrimonio genético se situara en tierras indígenas, el órgano indigenista oficial establecerá los procedimientos administrativos necesarios para el ingreso a ésta para la obtención de la aceptación previa junto con la comunidad indígena involucrada, bien para la firma del Contrato de Utilización de Patrimonio Genético y de Repartición de Beneficios.

Artículo 4. Cuando el componente del patrimonio genético se sitúe en una Unidad de Conservación de dominio público donde hubieren comunidades locales residentes cuya permanencia esté permitida por ley, la aceptación previa de la que trata esta Resolución será emitida por el órgano ambiental competente, una vez oídas las comunidades involucradas, observado lo dispuesto en el artículo 42, artículo 2 de la Ley 9.985 del 18 de julio de 2000, y las directrices establecidas en el artículo 2 de esta Resolución.

§ 1 A fin de atender lo dispuesto al final de este artículo, el órgano ambiental competente deberá escuchar a las comunidades involucradas directamente, por medio de sus representantes o del respectivo Consejo Consultivo o Deliberativo, cuando esté constituido.

§ 2º Cuando la incidencia de la Unidad de Conservación no implica la supresión de los derechos de propiedad o posesión de las comunidades locales sobre sus tierras, la aprobación previa será obtenida por el

interesado directamente junto con los detentores del área, observando lo dispuesto en el artículo 16, §§ 8º y 9º, inciso III de la Medida Provisoria 2.186-16, de 2001.

Artículo 5. El Consejo de Gestión del Patrimonio Genético adoptará las directrices establecidas en el art. 2º de esta Resolución como criterios para el efectivo respeto del derecho de los aceptantes reconocido por el artículo 16, § 9º, de la Medida Provisoria 2.186-16, de 2001.

Artículo 6. Los términos de la Aceptación Previa firmado por los proveedores del componente del patrimonio genético deberá ser presentado al Consejo de Gestión del Patrimonio Genético, conjuntamente con las solicitudes a las que se refiere el artículo 8 del Decreto 3.945, del 28 de septiembre de 2001, modificado por el Decreto 4.946, del 31 de diciembre de 2003.

§ 1º En caso que los signatarios no puedan firmar los Términos de Aceptación Previa, se tomarán sus huellas digitales.

§ 2º Cuando se trata de aceptación previa obtenida junto a comunidades locales o indígenas, el requeriente deberá presentar, junto con los Términos de Aceptación Previa, el laudo antropológico independiente, relativo al acompañamiento del proceso de Aceptación Previa, demostrando el cumplimiento de los requisitos del artículo 2, el mismo que deberá contener:

- I – Indicación de las formas de organización social y de representación política de la comunidad;
- II – Evaluación del grado de comprensión de la comunidad sobre el contenido de la propuesta y sus consecuencias;
- III – Evaluación de los impactos socio-culturales derivados del proyecto;
- IV – Descripción detallada del procedimiento utilizado para la obtención de la aprobación previa;
- V – Evaluación del grado de respeto al proceso de obtención de aprobación previa y las directrices establecidas en esta Resolución.

§ 3º A fin de atender lo dispuesto en el artículo 4 de esta Resolución, los términos de la aceptación previa emitidos por el órgano ambiental competente deberá ser acompañado del documento sobre el resultado de la consulta realizada a las comunidades involucradas.

§ 4 Los Términos de Aceptación Previa deberán contener las condiciones de acceso establecidas entre las partes.

Artículo 7. Para cada uso diferente a aquel definido en la aceptación previa ya obtenida, el solicitante deberá promover un nuevo proceso de obtención de aceptación previa.

Artículo 8. El incumplimiento de los procedimientos estipulados en esta Resolución sujetará al infractor a las sanciones previstas en la legislación vigente.

Artículo 9. La Secretaría Ejecutiva del Consejo de Gestión de Patrimonio Genético adoptará los procedimientos necesarios para la aplicación de lo dispuesto en esta Resolución.

Artículo 10. Los casos omisos o de duda de interpretación de esta Resolución serán resueltos por la Plenaria del Consejo de Gestión del Patrimonio Genético

Artículo 11. Esta Resolución entra en vigencia en la fecha de su publicación.

MARINA SILVA

Ministra de Estado del Medio Ambiente

Fuente : <http://www.mma.gov.br/port/cgen/index.cfm>

A continuación, el 22 de agosto de 2002, se promulgó el Decreto 4.339 que instituye los principios y directrices para la implementación de la Política Nacional de Biodiversidad. La política brasilera en relación al acceso de los recursos genéticos implica agregar valor a los conocimientos tradicionales mediante la investigación científica y el desarrollo tecnológico de manera que se generen beneficios para la sociedad y en especial los pueblos indígenas y otras comunidades locales. Este acceso debe procurar respetar, preservar, rescatar y proteger la confidencialidad de los conocimientos, las prácticas e innovaciones para que, con el PIC se distribuyan justa y equitativamente los beneficios obtenidos. La Política dispone la implementación de sistemas legales *sui generis* para proteger los CT (ver Cuadro No. 11).

Cuadro No. 11 Referencias a los conocimientos tradicionales en el Decreto 4.339 - Política Nacional de Biodiversidad de Brasil

9. La Política Nacional de la Biodiversidad incluye los siguientes componentes:

(...)

V - Componente 5 – Acceso a los Recursos Genéticos y a los Conocimientos Tradicionales Asociados y Reparto de Beneficios:
Coordinar directrices que promuevan el acceso controlado con vistas a la

agregación de valor a través de investigación científica y desarrollo tecnológico, y a la distribución de beneficios generados por la utilización de los recursos genéticos, de los componentes del patrimonio genético y de los conocimientos tradicionales asociados, de modo que sean compartidos, de forma justa y equitativa, con la sociedad brasileña e, incluso, con los pueblos indígenas, con los “quilombolas” y con otras comunidades locales; (...)

10.4.2. Desarrollar estudios sobre el conocimiento, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas, “quilombolas” y otras comunidades locales, respetando, rescatando, manteniendo y preservando los valores culturales agregados a estos conocimientos, innovaciones y prácticas, y asegurando la confidencialidad de las informaciones obtenidas, siempre que sea solicitado por las partes o cuando su divulgación pueda ocasionar daño a la integridad social, ambiental o cultural de estas comunidades o pueblos poseedores de estos conocimientos.

(...)

Del Componente 5 de la Política Nacional de la Biodiversidad - Acceso a los Recursos Genéticos y a los Conocimientos Tradicionales Asociados y Reparto de Beneficios

14. Objetivo General: Permitir el acceso controlado a los recursos genéticos, a los componentes del patrimonio genético y a los conocimientos tradicionales asociados con vistas a la agregación de valor a través de investigaciones científicas y desarrollo tecnológico y de manera que la sociedad brasileña, en particular los pueblos indígenas, “quilombolas” y otras comunidades locales, puedan compartir, justa y equitativamente, los beneficios derivados del acceso a los recursos genéticos, a los componentes del patrimonio genético y a los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad.

14.1. Primera directriz: Tener acceso a los recursos genéticos y al reparto de beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos. Establecimiento de un sistema controlado de acceso y de reparto justo y equitativo de beneficios provenientes de la utilización de los recursos genéticos y de los componentes del patrimonio genético, que promuevan la agregación de valor a través de investigación científica y del desarrollo tecnológico y que contribuya para la conservación y para la utilización sostenida de la biodiversidad.

Objetivos Específicos:

14.1.1. Reglamentar y aplicar la ley específica, y demás legislaciones necesarias, elaboradas con amplia participación de la sociedad brasileña, en particular de la comunidad académica, del sector empresarial, de los

- pueblos indígenas, “quilombolas” y otras comunidades locales, para normalizar la relación entre proveedor y usuario de recursos genéticos, de componentes del patrimonio genético y de conocimientos tradicionales asociados y para establecer las bases legales para el reparto justo y equitativo de los beneficios de la utilización de éstos.
- 14.1.2. Establecer mecanismos legales e institucionales para mayor publicidad y para viabilizar la participación de la sociedad civil (organizaciones no-gubernamentales, pueblos indígenas, “quilombolas” y otras comunidades locales, sector académico y sector privado) en los consejos, comités y órganos colegiados que traten del tema de gestión de los recursos genéticos y de los componentes del patrimonio genético.
 - 14.1.3. Identificar las necesidades y los intereses de los pueblos indígenas, “quilombolas”, otras comunidades locales, propietarios de tierras, empresas tecnológicas nacionales y de agentes económicos, órganos gubernamentales, instituciones de investigación y desarrollo en la reglamentación del sistema de acceso y de reparto justo y equitativo de beneficios oriundos de la utilización de recursos genéticos y de los componentes del patrimonio genético.
 - 14.1.4. Definir las normas y los procedimientos para la recolección, almacenaje y para la remesa de recursos genéticos y de componentes del patrimonio genético para investigación y bioprospección.
 - 14.1.5. Implantar y perfeccionar mecanismos de acompañamiento, de control social y de negociación gubernamental en los resultados de la comercialización de productos y procesos oriundos de la bioprospección, asociados a la reversión de parte de los beneficios para fondos públicos destinados a la investigación, a la conservación y a la utilización sostenida de la biodiversidad.
 - 14.1.6. Establecer contratos de explotación económica de la biodiversidad, catastrados y homologados por el gobierno federal, con cláusulas claras y objetivas, y con cláusulas de reparto de beneficios a los poseedores de los recursos genéticos, de los componentes del patrimonio genético y de los conocimientos tradicionales asociados accedidos.
 - 14.1.7. Apoyar acciones para implementación de la infraestructura, de recursos humanos materiales en consejos y órganos colegiados que traten de la gestión del patrimonio genético, incluso el Consejo de Gestión del Patrimonio Genético.
- 14.2. Segunda directriz: Protección de conocimientos innovaciones y prácticas de pueblos indígenas, de “quilombolas” y de otras comunidades locales y reparto de los beneficios derivados del uso de los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad. Desarrollo de mecanismos que aseguren la protección y el reparto justo y equitativo de los beneficios

derivados del uso de conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas, “quilombolas” y otras comunidades locales, relevantes a la conservación y a la utilización de la biodiversidad.

Objetivos Específicos:

- 14.2.1. Establecer e implementar un régimen legal y *sui generis* de protección a los derechos intelectuales colectivos relativos a la biodiversidad de los pueblos indígenas, “quilombolas” y otras comunidades locales, con amplia participación de estas comunidades y pueblos.
- 14.2.2. Establecer e implementar instrumentos económicos y un régimen jurídico específico que posibiliten el reparto justo y equitativo de beneficios derivados del acceso a los conocimientos tradicionales asociados, con la compensación económica y de otros tipos para los poseedores de los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad, según las demandas por éstos definidas y resguardando sus valores culturales.
- 14.2.3. Establecer e implementar mecanismos para respetar, preservar, rescatar, proteger la confidencialidad y mantener el conocimiento, las innovaciones y las prácticas de los pueblos indígenas, “quilombolas” y otras comunidades locales.
- 14.2.4. Reglamentar e implementar mecanismos e instrumentos jurídicos que garanticen a los pueblos indígenas, a los “quilombolas” y a las otras comunidades locales la participación en los procesos de negociación y definición de protocolos para el acceso a los conocimientos, innovaciones y prácticas asociadas a la biodiversidad y reparto de los beneficios derivados de su uso.
- 14.2.5. Desarrollar e implementar mecanismos *sui generis* de protección del conocimiento tradicional y de reparto justo y equitativo de beneficios para los pueblos indígenas, “quilombolas”, y otras comunidades locales poseedoras de conocimientos asociados a la biodiversidad, con la participación de éstos y resguardados sus intereses y valores.
- 14.2.6. Establecer iniciativas que tengan en vista la gestión y el control participativos de los pueblos indígenas, “quilombolas” y otras comunidades locales en la identificación y en el catastro, cuando lo haya, de conocimientos tradicionales, innovaciones y prácticas asociadas a la utilización de los componentes de la biodiversidad.
- 14.2.7. Establecer, cuando sea posible, y con la participación directa de los poseedores de conocimiento tradicional, mecanismos para elaborar un catastro de conocimientos tradicionales, innovaciones y prácticas, asociados a la biodiversidad, de los pueblos indígenas, “quilombolas” y otras comunidades locales y de su potencial para el uso comercial, como una de las formas de prueba del origen de éstos.

- 14.2.8. Promover el reconocimiento y revalorizar los derechos de los pueblos indígenas, “quilombolas” y otras comunidades locales, cuanto se refiera a los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad y a la relación de mutua dependencia entre la diversidad etno-cultural y la biodiversidad.
- 14.2.9. Elaborar e implementar un código de ética para el trabajo con los pueblos indígenas, “quilombolas” y otras comunidades locales, con la participación de éstos.
- 14.2.10. Asegurar el reconocimiento de los derechos intelectuales colectivos de los pueblos indígenas, “quilombolas” y otras comunidades locales, y el necesario reparto de beneficios por el uso de conocimiento tradicional asociado a la biodiversidad en sus territorios.

Fuente: www.mma.gov.br

Finalmente, el 7 de junio de 2005, se promulgó el Decreto 5.459 que reglamenta el artículo 30 de la Medida Provisoria y establece el procedimiento administrativo en caso de infracción a las disposiciones de la Medida Provisoria, precisando las sanciones aplicables y las conductas y actividades lesivas al patrimonio genético y conocimiento tradicional.

1.5 Chile

Chile se encuentra en una etapa prematura del proceso de implementación de normas vinculadas a la protección de los conocimientos tradicionales. Si bien los Ministerios de Agricultura, Economía y el Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) han desarrollado algunos documentos de estrategias o políticas aún no se ha concretado ninguna propuesta de manera formal.

Los intentos por regular el tema de acceso a los recursos genéticos y CT se remontan al año 2002, cuando el Ministerio de Agricultura presentó el Proyecto de Ley sobre Normas para la Prospección de la Biodiversidad en el ámbito de la agricultura. Sin embargo, este Proyecto tenía un enfoque sectorial pues estaba referido a especies silvestres de fauna y flora, microorganismos y cultivos únicamente, excluyendo los recursos genéticos hidrobiológicos. El proyecto fue desechado en el 2003 pues se determinó que el tema sería abordado por la Ley Marco

de Biotecnología, pero la misma –aún en etapa de elaboración– no lo ha incluido.

En la actualidad, se está elaborando y discutiendo un proyecto de ley que regula el acceso a los recursos genéticos en el cual hay referencias a los CT. En definitiva, se reconoce la importancia de estos conocimientos y los usos tradicionales de los componentes de la biodiversidad. Sin embargo, esta propuesta no hace mención a cómo es que se puede acceder a ellos ni tampoco cuál sería el procedimiento para la distribución justa y equitativa de beneficios derivados de su utilización.

1.6 Colombia⁵¹

Colombia empezó a trabajar en el tema de los conocimientos tradicionales a inicios de los años 90, posiblemente antes que cualquier otro país en la región, jugando un rol muy importante en el proceso de desarrollo de las Decisiones 345 y, especialmente, de las Decisiones 391 y 486 de la CAN. Durante el proceso de desarrollo de la Decisión 391, específicamente en el *Taller Regional de Acceso a los Recursos Genéticos* que se llevó a cabo en Villa de Leyva en 1994, fueron los representantes de Colombia quienes insistieron en la necesidad de articular e integrar un régimen *sui generis* de protección de los conocimientos indígenas con la norma de acceso a los recursos genéticos.^{52 53}

51 Parte de esta sección se basa en el documento: Pombo, D. *La Experiencia de Colombia en la Protección de los Conocimientos Tradicionales*, presentado en la UNCTAD, en octubre del 2000 (*Reunión de Expertos en Sistemas de Protección de Conocimientos Indígenas*) y en el documento: Borrador: *Modelo de Legislación sobre Régimen Especial de Protección de los Derechos Comunitarios y Acceso a los Recursos Genéticos*. Ministerio del Medio Ambiente. Colombia, Marzo, 1999

52 Colombia inicialmente trabajó utilizando como modelo referencial la propuesta de Singh Nijar para la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas indígenas (ver: Singh Nijar, G. *Developing a Rights Regime in Defense of Biodiversity and Indigenous Knowledge*. In: *Prospects in Bioprospecting*, UKM, 1995.) y luego se ha acercado más a la propuesta de la *Organización de Unidad Africana*, *African Model Legislation for the Protection of the Rights of Local Communities, Farmers*

El desarrollo del tema se fundamenta no solamente en lo establecido a nivel del CDB y la propia Decisión 391 sino, especialmente, por los mandatos Constitucionales que reconocen los derechos culturales que asisten a las comunidades indígenas y afroamericanas en Colombia (ver Cuadro No. 2). Es importante señalar que Colombia es uno de los países en América Latina donde mayores avances se han dado en el reconocimiento Constitucional de los derechos a los pueblos indígenas y, especialmente, a nivel de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Adicionalmente, existen referencias a la recuperación, protección y fortalecimiento de los sistemas de conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales en varios de los componentes de los lineamientos y estrategias de la Política Nacional de Biodiversidad. Concretamente, la Política Nacional de Biodiversidad –y su propuesta técnica de plan de acción– establece como objetivos a corto y mediano plazo : contribuir al fortalecimiento de una identidad cultural propia, capaz de rechazar elementos externos que la enajenan de manera que se construya una conciencia colectiva y una convivencia intercultural; impulsar acciones dirigidas a garantizar la seguridad alimentaria, la posesión de las comunidades indígenas sobre las tierras que habitan; implementar normas y mecanismos de protección de los CT como ejercicio efectivo de los derechos fundamentales y adecuar la estructura institucional para garantizar y dinamizar los espacios interculturales, de manera tal que la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones que los afectan, queden asegurados⁵⁴.

and Breeders and for the Regulation of Access to Biological Resources. Para solicitar copias de esta propuesta contactar a: *Institute for Sustainable Development* (sustain@telecom.net.et o a! isd@padis.gn.apc.org) de Etiopía o a la propia Organización a oaustrcl@rcl.nig.com).

53 Para conocer detalles de este proceso ver: Caillaux, J., Ruiz, M., Tobin, B. (1999). ob.cit.

54 Fandiño, M.C y P. Ferreira. (1998). *Colombia biodiversidad siglo XXI: propuesta técnica para la formulación de un plan de acción nacional en biodiversidad*. En: Estrategias Nacionales de Biodiversidad en América del Sur. Perspectivas para la Cooperación Regional. Resultados del Taller para Identificación de Temas en Biodiversidad para la Cooperación e Intercambio entre los Países de América del Sur. Ministerio del Medio Ambiente. Brasilia, 2004.

En agosto de 2005 se presentó el proyecto del ley 38/05 Senado “Por medio del cual se establecen medidas para la protección de los sistemas de conocimiento tradicional y acceso a los recursos biológicos a los cuales están asociados”. Este proyecto tiene como principio básico, el reconocimiento de los conocimientos tradicionales como patrimonio colectivo de carácter inalienable, imprescriptible e inembargable y la necesidad de protegerlos “... *dentro de los parámetros sociales y culturales propios en los que se generan, transmiten y utilizan*”. Dispone la obligación de contar con el consentimiento informado previo de las comunidades para la utilización de los recursos biológicos y los conocimientos asociados y prevé disposiciones para evitar que el patrimonio colectivo resulte afectado. Finalmente, establece un procedimiento de acceso a los recursos biológicos y conocimientos tradicionales que procura promover un sistema y mecanismos adecuados para la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización y aprovechamiento (ver Cuadro No. 12).

El proyecto de ley ha sido objeto de mucho debate y duras críticas. Entre ellas, se alega que no sigue lo establecido por acuerdos internacionales en relación a diversas definiciones, no maneja un lenguaje uniforme, posee ciertas incoherencias al establecer por un lado el carácter inalienable de los recursos biológicos y por otro, que ellos pueden ser objeto de uso comercial. Se ha alegado también que el proyecto dota de facultades de sancionar a las comunidades cuando éstas no la tienen y que crea confusión en cuanto a la institucionalidad y competencias. Finalmente, se ha criticado los altos costos de transacción que implican los procedimientos de acceso establecidos.⁵⁵ A pesar de las críticas y aunque el proyecto no haya sido aprobado, el hecho que el mismo esté siendo discutido, indudablemente implica un avance en la materia a nivel nacional.

55 Algunos de estos comentarios fueron proporcionados por representantes del Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt (<http://www.humboldt.org.co>)

Cuadro No. 12 Extractos del Proyecto de Ley 38/05 Senado “Por medio del cual se establecen medidas para la protección de los sistemas de conocimiento tradicional y acceso a los recursos biológicos a los cuales están asociados” de Colombia.

Capítulo I: Principios generales, definiciones, objetivos

Artículo 1. Principios generales

Los siguientes son algunos de los principios que desarrolla el proyecto:

El proyecto parte del reconocimiento de que en Colombia existen múltiples sistemas de conocimiento: el basado en el paradigma occidental, llamado también “científico”, y los sistemas de conocimiento tradicional. Así como el primero tiene los derechos de propiedad intelectual como mecanismos de protección, de carácter exclusivo y privado, que se ajustan al sistema económico en el que se enmarcan, se busca procurar la protección de los conocimientos comunitarios dentro de los parámetros sociales y culturales propios en los que se generan, transmiten y utilizan estos conocimientos. El proyecto protege integralmente los sistemas de conocimiento tradicional, creando los mecanismos para prevenir que sean afectados por los derechos de propiedad intelectual; el conocimiento tradicional y los recursos biológicos a los cuáles están asociados constituyen un derecho humano fundamental, son patrimonio colectivo comunitario por ello son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

1.3 La propiedad sobre los conocimientos comunitarios es perpetua: incluye pasado, presente y futuro, e incluye los derechos sobre los conocimientos, innovaciones y prácticas como sobre la integridad de los recursos biológicos a los cuales están asociados estos conocimientos.

Se reconoce, respeta y protege el derecho al libre intercambio de recursos biológicos y conocimientos por parte de los pueblos tradicionales.

Se incluye el consentimiento informado previo de las comunidades para la utilización de los recursos biológicos y los conocimientos, tecnologías y prácticas que hagan parte de sus sistemas de innovación colectiva.

Se contemplan mecanismos gubernamentales para la protección, valoración, desarrollo y perpetuación de los sistemas tradicionales de conocimiento e innovación comunitaria en el país.

En los casos en que los pueblos tradicionales quieran hacer un uso comercial de sus conocimientos o recursos, se proveen disposiciones para evitar que su patrimonio colectivo resulte afectado. Para esto la norma incluye disposiciones sobre acceso a los recursos biológicos, provee la creación

de un fondo para garantizar la participación de las comunidades que comparten los conocimientos en los beneficios económicos que pueden resultar de la comercialización, y provee la opción de contar con instrumentos de producción adicional contra el patentamiento, tales como registros.

Artículo 3. Objetivos

Los objetivos de la presente legislación serán los siguientes:

- 3.1 Asegurar la conservación y uso sostenible de los recursos biológicos y del conocimiento y tecnologías comunitarias para mantener y regenerar su diversidad, como un medio para sustentar el sistema nacional dirigido al soporte de la vida y el cuidado de la salud.
- 3.2 Reconocer, proteger y apoyar los derechos inalienables que los pueblos tradicionales poseen sobre los recursos biológicos y sus conocimientos, innovaciones y prácticas relacionadas con ellos.
- 3.3 Proveer un sistema adecuado de protección y acceso a los recursos biológicos, al conocimiento y las tecnologías comunitarias, sujeto al consentimiento informado previo del Estado y de las comunidades tradicionales involucradas.
- 3.4 Promover mecanismos apropiados para la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados del uso de los recursos biológicos, el conocimiento, las tecnologías y las prácticas comunitarias.
- 3.5 Asegurar la participación efectiva y el acuerdo de las comunidades involucradas en la toma de decisiones relativas a la distribución de beneficios resultantes del uso de los recursos biológicos, conocimiento, las tecnologías y las prácticas comunitarias.
- 3.6 Promover y estimular la capacidad tecnológica y científica de la nación a nivel popular, orientada hacia la conservación y uso sostenible de los recursos biológicos.
- 3.7 Proveer mecanismos institucionales adecuados para el ejercicio y el fortalecimiento de los derechos de las comunidades y de las condiciones para acceder a los recursos biológicos, al conocimiento, las tecnologías y las prácticas comunitarias.
- 3.8 Crear organismos gubernamentales para contribuir a la protección, al reconocimiento, valoración, y perpetuación de los sistemas de conocimiento tradicional de Colombia.

Artículo 4. Alcance

- 4.1 La presente regulación se aplica a los recursos biológicos tanto *in situ* como *ex situ* así como también a sus derivados, al conocimiento, las tecnologías y las prácticas comunitarias.

La presente legislación se aplicará de manera que no afecte ni perjudique las prácticas y los métodos tradicionales para acceder, usar o intercambiar los recursos biológicos. Tampoco afectará los conocimientos, las tecnologías y prácticas de las comunidades tradicionales, ni la distribución de beneficios basados en sus prácticas acostumbradas.

La presente legislación aplica a los pueblos tradicionales de Colombia, cuyas condiciones sociales, culturales y económicos les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.

Fuente: Cuadro preparado por la SPDA, 2006

Es importante también destacar que en el caso de Colombia, se han presentado en los últimos años diferentes iniciativas y propuestas para la protección de los CT. En ese sentido, cabe mencionar el trabajo pionero realizado por el Instituto de Gestión Ambiental (Propuesta de Protección de los Conocimientos Colectivos de Colombia, 1999)⁵⁶ y por el Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt (Protección del Conocimiento Tradicional: Elementos Conceptuales para una Propuesta de Reglamentación 2000)⁵⁷.

1.7 Costa Rica

En el año 1998 se promulgó en Costa Rica la Ley de Biodiversidad, Ley 7788, la misma que establece disposiciones para conservar y utilizar sosteniblemente los recursos de la biodiversidad así como para la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su uso (a través de mecanismos de acceso, contratos o licencias y un esquema *sui generis* basado en registros⁵⁸). A su vez, dispone los lineamientos

56 Para mayores detalles de esta propuesta ver: Modelo de Legislación sobre Régimen Especial de Protección de los Derechos Comunitarios y Acceso a los Recursos Genéticos. Ministerio del Medio Ambiente. Colombia, marzo de 1999.

57 Para conocer los detalles de esta propuesta ver: Sanchez, E., del Pilar, M., Flores, M., Ferreira P. 2000. *Protección del Conocimiento Tradicional. Elementos Conceptuales para una Propuesta de Reglamentación – El Caso de Colombia*. Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt. Bogotá, Colombia, p. 263.

58 Cabrera M, J. *Desarrollos Recientes y Elementos Esenciales del Sistema Legal para el Acceso, Control, Propiedad y Distribución de Beneficios en materia de Recursos Genéticos en Costa Rica*. Borrador de trabajo para discusión. Año 2001, pg. 10.

generales para el acceso a los recursos genéticos y bioquímicos y crea la Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad (CONAGEBIO) (ver Cuadro No. 13).

Posteriormente, se aprobaron las Normas Generales para el Acceso a los Elementos y Recursos Genéticos y Bioquímicos de la Biodiversidad, las mismas que establecen los procedimientos para el otorgamiento de permisos de acceso que incluyen el consentimiento informado previo de quien proporciona el recurso. También incluye los términos principales para establecer condiciones mutuamente acordadas y los beneficios monetarios y no monetarios que deberán ser considerados (ver Cuadro 14).

Cuadro No. 13 Artículos de la Ley 7788 de Costa Rica – Ley de Biodiversidad relacionados con la protección de los conocimientos tradicionales

Artículo 14.

De la Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad. Créase la Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad, con personería jurídica instrumental, como órgano desconcentrado del Ministerio del Ambiente y Energía. Tendrá las siguientes atribuciones:

1. Formular las políticas nacionales referentes a la conservación, el uso ecológicamente sostenible y la restauración de la biodiversidad, sujetándose a la convención sobre la biodiversidad biológica y otros convenios y tratados internacionales correspondientes, así como a los intereses nacionales.
2. Formular las políticas y responsabilidades establecidas en los capítulos IV, V y VI de esta ley, y coordinarlos con los diversos organismos responsables de la materia.
3. Formular y coordinar las políticas para el acceso de los elementos de la biodiversidad y el conocimiento asociado que asegure la adecuada transferencia científico-técnica y la distribución justa de los beneficios que, para los efectos del título V de esta ley, se denominarán normas generales.
4. Formular la estrategia nacional de biodiversidad y darle seguimiento.
5. Coordinar y facilitar la realización de un amplio proceso de divulgación, con los sectores políticos, económicos y sociales del país, en torno a las políticas de conservación, el uso ecológicamente sostenible y la restauración de la biodiversidad.

6. Revocar las resoluciones de la oficina técnica de la Comisión y del servicio de protección fitosanitaria en materia de las solicitudes de acceso a los elementos de la biodiversidad, materia en la que agotará la vía administrativa.
7. Asesorar a otros órganos del Poder Ejecutivo, instituciones autónomas y entes privados, a fin de normar las acciones para el uso, ecológicamente sostenible, de los elementos de la biodiversidad.
8. Velar porque las acciones públicas y privadas relativas al manejo de los elementos de la biodiversidad cumplan con las políticas establecidas en esta Comisión.
9. Nombrar al Secretario de la Comisión, a su vez, Director Ejecutivo de la Oficina Técnica, de este mismo Órgano.
10. Proponer, ante el Ministro del Ambiente y Energía, con criterios de identidad, a los representantes del país ante las reuniones internacionales relacionadas con la biodiversidad.

Artículo 63. Requisitos básicos para el acceso.

Los requisitos básicos para el acceso serán:

1. El consentimiento previamente informado de los representantes del lugar donde se materializa el acceso, sean los consejos regionales de Áreas de Conservación, los dueños de fincas o las autoridades indígenas, cuando sea en sus territorios.
2. El refrendo de dicho consentimiento previamente informado, de la Oficina Técnica de la Comisión.
3. Los términos de transferencia de tecnología y distribución equitativa de beneficios, cuando los haya, acordados en los permisos, convenios y concesiones, así como el tipo de protección del conocimiento asociado que exijan los representantes del lugar donde se materializa el acceso.
4. La definición de los modos en los que dichas actividades contribuirán a la conservación de las especies y los ecosistemas.
5. La designación de un representante legal residente en el país, cuando se trate de personas físicas o jurídicas domiciliadas en el extranjero.

Artículo 65. Consentimiento previamente informado.

La Oficina Técnica deberá prevenir a los interesados de que, con la solicitud para los distintos tipos de acceso a elementos de la biodiversidad, deberán adjuntar el consentimiento previamente informado, otorgado por el propietario del fundo donde se desarrollará la actividad o por la autoridad de la comunidad indígena cuando sea en sus territorios y el Director del Área de Conservación.

Artículo 66. Derecho a la objeción cultural.

Reconócese el derecho a que las comunidades locales y los pueblos indígenas se opongan al acceso a sus recursos y al conocimiento asociado, por motivos culturales, espirituales, sociales, económicos o de otra índole.

Artículo 82. Los derechos intelectuales comunitarios *sui géneris*.

El Estado reconoce y protege expresamente, bajo el nombre común de derechos intelectuales comunitarios *sui géneris*, los conocimientos, las prácticas e innovaciones de los pueblos indígenas y las comunidades locales, relacionadas con el empleo de los elementos de la biodiversidad y el conocimiento asociado. Este derecho existe y se reconoce jurídicamente por la sola existencia de la práctica cultural o el conocimiento relacionado con los recursos genéticos y bioquímicos; no requiere declaración previa, reconocimiento expreso ni registro oficial; por tanto, puede comprender prácticas que en el futuro adquieran tal categoría. Este reconocimiento implica que ninguna de las formas de protección de los derechos de propiedad intelectual o industrial regulados en este capítulo, las leyes especiales y el Derecho Internacional afectarán tales prácticas históricas.

Artículo 83. Proceso participativo para determinar naturaleza y alcances de los derechos intelectuales comunitarios *sui géneris*.

Dentro de los dieciocho meses siguientes a la entrada en vigencia de esta ley, la Comisión, por medio de su Oficina Técnica y en asocio con la Mesa Indígena y la Mesa Campesina, deberá definir un proceso participativo con las comunidades indígenas y campesinas, para determinar la naturaleza, los alcances y requisitos de estos derechos para su normación definitiva. La Comisión y las organizaciones involucradas dispondrán la forma, la metodología y los elementos básicos del proceso participativo.

Artículo 85.**Uso del derecho intelectual comunitario *sui géneris*.**

Mediante el proceso participativo se determinará la forma en que el derecho intelectual comunitario *sui géneris* será utilizado y quien ejercerá su titularidad. Asimismo, identificará a los destinatarios de sus beneficios.

**Cuadro No. 14 Artículos del Decreto 31514-MINAE Normas
generales para el acceso a los elementos y recursos genéticos y
bioquímicos de la biodiversidad**

Artículo 1. Objetivos

Los objetivos de estas normas son:

- a) Regular el acceso a los elementos y recursos genéticos y bioquímicos de la biodiversidad y al conocimiento, innovaciones y prácticas tradicionales asociadas.
- b) Regular la distribución justa y equitativa de los beneficios sociales, ambientales y económicos derivados del uso de los elementos y recursos bioquímicos y genéticos de la biodiversidad para todos los sectores de la sociedad, con atención especial a las comunidades locales y pueblos indígenas.
- c) Tutelar y proteger los derechos intelectuales comunitarios *sui generis*.
- d) Facilitar el acceso a los elementos y recursos genéticos y bioquímicos de la biodiversidad y propiciar el desarrollo de la investigación y tecnología, siempre que estas actividades no pongan en riesgo la sostenibilidad de los recursos ni contravengan los objetivos del Convenio de Diversidad Biológica.
- e) Asegurar y facilitar el acceso a las tecnologías y a su transferencia adecuada, efectiva y selectiva, en condiciones justas, favorables y mutuamente convenidas de manera que se mejore la capacidad nacional.

Artículo 7. Permisos de acceso

En este capítulo se regulan los procedimientos y requisitos para la obtención de tres tipos de permisos de acceso a los elementos y recursos genéticos y bioquímicos de la biodiversidad o al conocimiento tradicional asociado:

- 1) Investigación básica
- 2) Bioprospección
- 3) Aprovechamiento económico comercial

La definición de tales permisos se encuentra en los incisos d), h), n) y q) del artículo anterior.

Para solicitar cada tipo de permiso, se deberán cumplir requisitos distintos.

En el momento en que la investigación básica pase a anticipar fines comerciales o de lucro, la parte interesada deberá cumplir con los requisitos exigidos para la bioprospección. Así mismo, se deberán cumplir los requisitos exigidos para el aprovechamiento económico cuando el objetivo del acceso deje de ser de tipo exploratorio para pasar a la explotación del material bioquímico o genético con fines comerciales.

Los permisos de acceso no serán otorgados de manera exclusiva ni excluyente.

Artículo 9. Requisitos generales para solicitar el permiso de acceso para investigación básica, bioprospección o aprovechamiento económico.

El interesado o su representante, deberá completar adecuadamente los formularios disponibles en la Oficina Técnica, así como adjuntar los documentos que se señalan en este artículo. Todo lo cual, deberá presentarse en idioma español.

1. Formulario de solicitud

Se deberá suministrar la información y documentación siguiente:

- a) Nombre e identificación completa del interesado, incluyendo el lugar para atender notificaciones. Si no es el propio interesado, deberá indicar los datos del titular y el poder bajo el cual hace las gestiones.
- b) Si el o los solicitantes son personas físicas o jurídicas domiciliadas en el extranjero, se designará un representante legal, residente en el país. Las instituciones de investigación nacional reconocidas pueden servir de representante legal.
- c) Tipo de permiso que solicita: investigación básica, bioprospección o aprovechamiento económico.
- d) Título del proyecto de investigación básica bioprospección o aprovechamiento económico.
- e) Certificación de personería jurídica, con tres meses máximo de expedida; cuando proceda.
- f) Fotocopia de la cédula de identidad, pasaporte o cédula jurídica de la parte interesada y del investigador responsable del proyecto.
- g) Documentos o poderes de representación, cuando proceda.
- h) Presentar si fuera el caso, el convenio o contrato, según lo establecido en el artículo 22 de esta normativa.
- i) Comprobante del depósito efectuado en la cuenta bancaria de la CONAGEBIO, correspondiente al pago de trámites, tasas administrativas y otros gastos estipulados por la Oficina Técnica de conformidad con el artículo 17 del presente reglamento.

2. Guía Técnica

Este formulario contendrá la siguiente información:

- a) Nombre e identificación completa de la parte o persona interesada en el acceso, o de su representante.

- b) Nombre e identificación completa del investigador o bioprospector principal del proyecto respectivo o del responsable del permiso de aprovechamiento económico, cuando no coincide con la parte interesada.
- c) Objetivos y finalidad que persigue el proyecto, y descripción de los alcances de la investigación, de la bioprospección o del aprovechamiento económico.
- d) Ubicación de la zona geográfica y del lugar donde se realizará la investigación, bioprospección o aprovechamiento económico, con indicación del poseedor o propietario del inmueble, o dueño o responsable de los materiales mantenidos en condiciones *ex situ*, incluyendo coordenadas geográficas y de declaración de si se trata de un área silvestre protegida, un territorio indígena, un área marina o de agua dulce.
- e) El tiempo aproximado que durará todo el proceso y número de veces que se ingresará al terreno.
- f) El tipo de material en que se está interesado y la cantidad aproximada de material que se requiere, en caso de que se trate de acceso a recursos genéticos y bioquímicos de la biodiversidad.
- g) Los métodos utilizados para la recolección del material, en caso de que se trate de acceso a recursos genéticos y bioquímicos de la biodiversidad.
- h) Nombre e identificación completa de la contraparte internacional en las actividades de investigación, bioprospección o aprovechamiento económico, si procede.
- i) Indicación del destino potencial de los recursos o conocimiento tradicional asociado y de sus destinos subsecuentes.
- j) Indicación de la utilización del conocimiento tradicional local o indígena asociado al uso de los recursos de la biodiversidad, en caso de que se trate de acceso a este tipo de conocimiento.
- k) Indicación de los estudios o investigaciones que respalden un conocimiento previo sobre los elementos o recursos o conocimiento tradicional asociado que se pretende acceder. Si han sido escritos originalmente en otros idiomas, se podrán aportar en este idioma, pero se deberá presentar una síntesis en español.
- l) Forma en que las actividades de investigación, de bioprospección o de aprovechamiento económico contribuirán a la conservación de las especies y ecosistemas.
- m) Posibles riesgos de impacto ambiental o cultural que puedan suceder debido al acceso, la extracción y procedimiento del material, por causa del otorgamiento del permiso de acceso a los recursos de la biodiversidad solicitado, tales como erosión genética, detrimento de la biodiversidad, daños indirectos sobre especies en vías de extinción o con población reducida o en veda u otros.

- n) Cronograma de trabajo.
- o) Copia del proyecto o anteproyecto a realizar.
- p) Manifestación de que todo lo declarado se ha hecho bajo juramento.

3. Consentimiento previamente informado y las condiciones mutuamente acordadas.

El consentimiento previamente informado y las condiciones mutuamente acordadas se podrán obtener y negociar de acuerdo con el contrato modelo dispuesto por la Oficina Técnica, que entre sus cláusulas recomendadas incluye:

- a) Los fines de la investigación, de la bioprospección o del aprovechamiento económico.
- b) El lugar o los lugares en donde se establecerá la búsqueda o la explotación.
- c) El número de investigadores, bioprospectores o personas autorizadas que ingresarán al predio y la forma de identificarlos. En caso de que se requiere guía y acompañamiento de personas de comunidades locales o pueblos indígenas, éstas deben ser debidamente contratadas y remuneradas al efecto, si así las partes lo convienen.
- d) El tipo de material en que se está interesado y la cantidad aproximada de material que se requiere.
- e) Los métodos utilizados para la recolección o explotación del material.
- f) El precio inicial por muestra que se extraiga, cuando proceda. Este precio y el número de muestras serán la base para determinar el porcentaje que se menciona en el inciso 4 de este artículo.
- g) El tiempo aproximado que durará todo el proceso y número de veces que se ingresará al sitio de acceso.
- h) El destino potencial de los elementos o recursos genéticos y bioquímicos y de sus destinos subsecuentes.
- i) Compromiso formal, por parte del interesado, de dar constancia al origen de los recursos y del conocimiento asociado, en cualquier publicación, trámite o uso posterior que se les de.
- j) Términos acordados sobre el intercambio de conocimientos asociados a características, cualidades, usos. Procedimientos y cuidados sobre los elementos y recursos genéticos y bioquímicos de la biodiversidad; y cómo estos conocimientos contribuirán a la conservación de las especies y ecosistemas.
- k) Términos acordados sobre alguna otra condición que la práctica o el resultado del proceso participativo dispuesto en el artículo 83 de la Ley de Biodiversidad de las comunidades locales y los pueblos indígenas, indiquen como necesaria.

- l) Manifestación expresa por parte del interesado de respetar las medidas de protección del conocimiento, las prácticas y las innovaciones asociadas de las comunidades locales y pueblos indígenas, según lo establecido en el ordenamiento jurídico nacional sobre los derechos intelectuales comunitarios *sui generis*.
- m) Términos acordados sobre un posible estudio del impacto cultural producto del acceso, si procede.
- n) Términos acordados sobre el tipo y formas de transferencia de tecnología o de generación de la información derivados de la investigación, bioprospección o aprovechamiento económico hacia las contrapartes nacionales, las comunidades locales y pueblos indígenas y el proveedor del recurso.
- o) Términos acordados sobre la distribución equitativa de beneficios ambientales, económicos, sociales, científicos o espirituales, incluyendo posibles ganancias comerciales, a corto, mediano y largo plazo, de algún producto o subproducto derivado del material adquirido. La Oficina Técnica velará porque estos términos se cumplan de acuerdo con el tercer objetivo del Convenio de Diversidad Biológica.
- p) Estimación aproximada de los plazos para la distribución de beneficios.
- q) Se deberá hacer énfasis especial para que el otorgamiento del consentimiento previamente informado se realice, en la medida de lo posible, con la participación equitativa de ambos géneros.
- r) Firma o huella digital del proveedor y del solicitante con lo cual se formaliza la conformidad de los términos de acceso.
- s) En los casos de investigación básica de bioprospección, el proveedor de los recursos: El Consejo Regional o el Director (a) del Área de Conservación específica – en el caso de que la propiedad sea estatal, las autoridades de las comunidades locales o pueblos indígenas, dueños de fincas, o propietarios o responsables de materiales mantenidos en condición *ex situ*, y la parte interesada, fijarán un monto en dinero en efectivo, de hasta un 10% del presupuesto de investigación o bioprospección, de acuerdo con lo estipulado en el acápite c) del apartado 4 de este Artículo.
- t) Otros términos acordados.

1.8 Ecuador

Al igual que en los demás países de la CAN, en el Ecuador, el proceso por diseñar normas de protección a los conocimientos indígenas pasa por los esfuerzos de reglamentación e implementación de la Decisión 391.

El Grupo Nacional de Trabajo de Biodiversidad (GNTB), se ha constituido en el foro participativo más importante para promover la implementación del CDB, para la efectiva aplicación de la Decisión 391 y como espacio para abordar diferentes temas, entre ellos el de los conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos y comunidades indígenas.

En septiembre de 1996 se promulgó la Ley de Protección de la Biodiversidad (Ley No. 3) la cual en sus dos únicos artículos, define la biodiversidad como un bien nacional de uso público sujeto a los derechos soberanos del país y reconoce los derechos de las comunidades indígenas sobre los conocimientos asociados a la biodiversidad.

La nueva Constitución Política de 1998 por su parte, reconoció los derechos colectivos de los pueblos indígenas y negros o afroamericanos y en su artículo 84 establece que el Estado reconocerá y garantizará a estos pueblos, de conformidad con la propia Constitución y la Ley (entre otros), el derecho colectivo a “...*la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a Ley*”.

En la actualidad Ecuador cuenta con un Proyecto de Reglamento de la Decisión 391 (cuyo ámbito incluye el componente intangible asociado a los recursos genéticos). Es en realidad a nivel de dicha propuesta de reglamento de acceso a los recursos genéticos –proceso liderado por el Ministerio del Ambiente– que se han dado algunos avances aunque no orientados a la protección de CT *per se* sino, más bien, a la regulación de su utilización que, en esencia, constituye también una forma de velar por los intereses indígenas.

En primer lugar, el artículo 22 de la propuesta (Capítulo I Del Consentimiento Informado Previo, Título III Del Procedimiento de Acceso a los Recursos Genéticos) establece que “...*el solicitante aplicará*

procedimientos de consulta con la comunidad o comunidades, sus representantes y autoridades locales a fin de obtener la Carta de Compromiso de Provisión del recursos genéticos o el componente intangible [conocimientos indígenas]. El Estado, a través del Ministerio del Ambiente verificará dicho procedimiento de consulta'. Todo uso de conocimientos indígenas requerirá ser consultado directamente con los titulares de los mismos.

Seguidamente se indica que estos procedimientos “...*respetarán las prácticas, mecanismos y formas de organización tradicional de los pueblos indígenas [...]* “. Queda claro que las propias comunidades deberán decidir y resolver posibles conflictos que se susciten entre ellas en relación a la provisión o no del componente intangible.

Si bien esta propuesta ha incorporado un Capítulo V Del Acceso al Componente Intangible, su contenido prácticamente repite las normas de la propia Decisión 391 en esta materia. En esencia, aborda el consentimiento de las comunidades, la suscripción de un anexo (contrato) para la provisión del componente intangible (el CT) e indica que este anexo estará sujeto a una condición suspensiva hasta que sea perfeccionado el Contrato de Acceso (principal) reconocido por la Decisión.

Por otro lado, el Informe sobre la Biodiversidad en el Ecuador (año 2000) preparado por el Ministerio del Ambiente y Ecociencia recomienda expresamente que un elemento clave a ser tomado en cuenta durante la elaboración de ENB sea la protección, recuperación y valoración de los saberes y prácticas tradicionales. Los principios básicos que subyacen a la ENB (2001-2010) son los de sustentabilidad ecológica, sostenibilidad económica, precaución y prevención, equidad, corresponsabilidad y participación y valorización cultural de la biodiversidad. Asimismo identifica cuatro líneas estratégicas, entre ellas: el uso sustentable de las actividades productivas, la conservación de los componentes de la biodiversidad, el equilibrio de presiones para las dos primeras y la equidad y respeto en el ejercicio de los derechos individuales y colectivos para participar en las decisiones relativas al acceso y control de los recursos y asegurar que los beneficios obtenidos se distribuyan de manera justa y equitativa.

1.9 El Salvador

El Salvador ha recogido algunos de los principios establecidos por el CDB en su legislación nacional y está en proceso de elaborar una norma para el acceso a recursos genéticos. Así, el artículo 66 del Decreto 233 - Ley del Medio Ambiente dispone que “... *el acceso, investigación, manipulación y aprovechamiento de la diversidad biológica, solo podrá hacerse mediante permiso, licencia o concesión otorgados por la autoridad a cargo de administrar el recurso, para asegurar su protección y conservación de conformidad a esta ley, leyes especiales y los internacionales ratificados por el país. Cuando proceda, previo al otorgamiento de permisos, licencias o concesiones, se consultará a las comunidades locales*”.

A su vez, el Ministerio del Medio Ambiente y Recursos Naturales ha elaborado un Documento de Trabajo titulado “Procedimientos de acceso a los recursos genéticos y bioquímicos asociados a la vida silvestre”, el mismo que reconoce la soberanía nacional sobre los recursos genéticos y bioquímicos y la obligación de obtener el consentimiento informado previo y la negociación de términos mutuamente acordados de distribución de beneficios con las comunidades locales. (Ver Cuadro No. 15).

Asimismo, este Documento de Trabajo determina que la Dirección General de Patrimonio Natural del Ministerio del Medio Ambiente y Recursos Naturales (MARN) es la autoridad competente para otorgar las autorizaciones de acceso a los recursos genéticos.

Finalmente, establece el procedimiento a seguir para obtener la autorización de acceso a los recursos genéticos y las responsabilidades tanto de usuarios como proveedores.

**Cuadro No. 15 Extractos del Documento de Trabajo (propuesta)
“Procedimientos de acceso a los recursos genéticos y
bioquímicos asociados a la vida silvestre”**

Artículo 1. Objetivos.

El presente instrumento tiene como objetivo regular el acceso a los recursos genéticos y bioquímicos asociados a la vida silvestre en El Salvador con el fin de:

- a) Asegurar la conservación de la diversidad biológica y el uso sostenible de sus componentes como un mecanismo para mantener y mejorar la calidad de vida de los habitantes;
- b) Establecer un sistema apropiado de acceso a los recursos genéticos y bioquímicos basados en el consentimiento previamente informado y en términos mutuamente acordados que promuevan la distribución justa y equitativa de beneficios;
- c) Asegurar las condiciones para una participación justa y equitativa en los beneficios derivados del acceso a los recursos genéticos y bioquímicos;
- d) Proporcionar un marco transparente para facilitar el acceso a los recursos genéticos y bioquímicos asociados a la vida silvestre;
- e) Asegurar la creación y desarrollo de capacidades científicas, técnicas y tecnológicas, en los niveles local y nacional sobre el uso de sus recursos genéticos y bioquímicos;
- f) Promover la transferencia de tecnología apropiada para los proveedores de recursos genéticos y bioquímicos y el Estado Salvadoreño como proveedor de los recursos;
- g) Fortalecer la capacidad de negociación de El Salvador ante los convenios o contratos relacionados con el tema del acceso a recursos genéticos y bioquímicos y la distribución de beneficios;
- h) Proporcionar un mecanismo para acceder a los recursos biológicos, utilizando el conocimiento tradicional.

Artículo 3. Principios

Los principios que orientan el presente instrumento, sin perjuicio de los principios establecidos en la Política Nacional del Medio Ambiente, son los siguientes:

1. La Conservación de la Integridad del Patrimonio Genético y de la diversidad biológica del país;
2. La Soberanía Nacional sobre los recursos genéticos y bioquímicos asociados a la vida silvestre en condiciones *ex situ* o *in situ* existentes en el territorio nacional o en condiciones migratorias;
3. La obligación de obtener el consentimiento informado previo y la negociación de términos mutuamente acordados de distribución de beneficios con las comunidades locales para las actividades de acceso a los recursos genéticos y bioquímicos asociados a la vida silvestre situados en las áreas que ocupan;
4. La obligación de obtener el consentimiento informado previo de los demás proveedores de los recursos y la autorización de la Autoridad Competente, así como la negociación de términos mutuamente

- acordados que aseguren la justa y equitativa distribución de beneficios;
5. La participación nacional de los beneficios económicos y sociales resultantes de las actividades de acceso, especialmente en provecho del desarrollo sostenible de las áreas donde se realiza el acceso a los recursos genéticos y bioquímicos asociados a la vida silvestre;
 6. La ejecución, principalmente en el territorio nacional, de las actividades de investigación y desarrollo relacionadas a los recursos genéticos y bioquímicos resultantes del acceso otorgado a los mismos;
 7. La promoción y apoyo a las diferentes formas de generación, en beneficio del país, de los conocimientos y tecnologías relacionadas a los recursos genéticos y bioquímicos y conocimiento tradicional asociado;
 8. La consideración del acceso a los recursos genéticos y bioquímicos como un componente de las Estrategias y Políticas Nacionales en materia de conservación y uso sostenible de la biodiversidad;
 9. La creación y el desarrollo de capacidades nacionales para otorgar valor agregado a los recursos genéticos y bioquímicos;
 10. Proporcionar certeza legal sobre los procedimientos y requisitos del acceso a los recursos genéticos y bioquímicos y reducir al mínimo los costos de transacción;
 11. El cumplimiento de las políticas, principios y normas relativos a la bioseguridad;
 12. El cumplimiento de la Ley de Medio Ambiente y su reglamento y de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre;
 13. El cumplimiento del Convenio sobre Diversidad Biológica y otros instrumentos internacionales relacionados con el acceso a los recursos genéticos y bioquímicos y la distribución de beneficios.

Artículo 4. Reglas generales

1. El acceso a los recursos genéticos y bioquímicos asociados a la vida silvestre, se encuentra sujeto a una autorización otorgada por la Autoridad Competente del Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales.
2. Las autorizaciones otorgadas para la investigación y el uso de los recursos biológicos, con fines distintos a su utilización como fuente de recurso genético y bioquímico, no conllevan la autorización para el acceso a los recursos genéticos y bioquímicos.
3. La obtención, transferencia y, o aprovechamiento de los recursos biológicos con fines distintos a los de su utilización como fuente de recursos genéticos están regidos por sus propias normas comerciales y sanitarias. Los procedimientos de acceso a los recursos genéticos y bioquímicos no pretenden impedir ni complicar la normal comercialización de este tipo de productos.

4. Se aplicará en los procedimientos de acceso a los recursos genéticos y bioquímicos el principio precautorio, de conformidad con la legislación nacional y el derecho internacional aplicable.
5. Sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones relativas al comercio de flora y fauna silvestre en vías de extinción o amenazadas (especialmente las derivadas del Convenio CITES), de la aplicación de las medidas sanitarias y fitosanitarias, normas técnicas y regulaciones sobre bioseguridad, entre otros, lo dispuesto en el presente instrumento no deberá constituir un obstáculo innecesario al comercio o una restricción encubierta al mismo.
6. El procedimiento de acceso a los recursos genéticos y bioquímicos considerará la participación de los diferentes proveedores, según la legislación nacional, y la necesidad de obtener el consentimiento informado previo y términos mutuamente convenidos de distribución de beneficios de cada uno de ellos.
7. Las condiciones y procedimientos de acceso a los recursos genéticos y bioquímicos asociados a la vida silvestre, podrían variar de acuerdo a tres aspectos: la condición del recurso respectivo, las características del solicitante y el uso que se dará a dichos recursos.
8. Los procedimientos de acceso a los recursos genéticos y bioquímicos serán claros, transparentes, expeditos y fundamentados.
9. La autorización solo será concedida si se ha cumplido con el procedimiento de acceso a los recursos genéticos y bioquímicos pertinente y si todas las condiciones establecidas para estos efectos han sido cumplidas.

1.10 Guyana⁵⁹

Guyana no posee normas actualizadas en materia de propiedad intelectual y menos aún relativas a la protección de conocimientos, innovaciones y prácticas indígenas. Este tema, salvo en el caso del proyecto Iwokrama (ver Cuadro No. 16), recién se está tratando a nivel de políticas nacionales y, en particular, a nivel del proceso –aún en curso– de la *Estrategia Nacional para la Conservación y Uso Sostenible de la Biodiversidad de Guyana* (NBAP) (1999) y la *Estrategia Nacional de Desarrollo* (2000). El marco institucional para estos temas está también

⁵⁹ Esta sección y la siguiente (Surinam) se basan fundamentalmente en la información proporcionada por Fergus MacKay del *Forest Peoples Programme* (2001).

aún por definirse pues ni siquiera el *Ministerio de Asuntos Indígenas* tiene competencias específicas para ello.

La NBAP bajo el título de *Conocimientos Indígenas y Propiedad Intelectual* establece que:

“...la política actual, tal como se articulan en la estrategia nacional de biodiversidad, es promover que se compartan los beneficios derivados del uso de conocimientos y la biodiversidad en términos equitativos. Aunque estos lineamientos existen, la legislación actual no provee de un marco legislativo adecuado para la protección de la propiedad intelectual relacionada a la biodiversidad. Esta legislación se promulgó hace mucho y no corresponde a los avances de la época presente. Esta legislación no es adecuada para la protección del conocimiento indígena y local y para promover que se compartan de manera equitativa los beneficios derivados del uso de dichos conocimientos, innovaciones y prácticas. El acceso y uso de tecnologías, conocimientos e innovaciones de comunidades indígenas puede regularse indirectamente a través de los permisos requeridos para visitar áreas indígenas. Esta no es la legislación ideal para estos fines pero puede servir interinamente [...]”.

Aunque bastante difusa en su contenido, esta estrategia está complementada por la *Estrategia Nacional de Desarrollo* que sí contiene un mandato específico para el desarrollo de legislación orientada a proteger los derechos intelectuales y culturales indígenas.

Cuadro No. 16 *El Iwokrama Center for Rainforest Conservation and Development.*

El único estudio sistemático para estudiar, utilizar y eventualmente comercializar conocimientos indígenas los constituye el *Iwokrama Center for Rainforest Conservation and Development*, creado en 1995 a través de un convenio entre el Gobierno de Guyana y el *Secretariado del Commonwealth Británico*. Esta es una institución internacional encargada de manejar, conservar y Utilizar sosteniblemente 360,000 hectáreas de bosque tropical. Bajo su *Programa de Conservación y Uso de la Biodiversidad* realiza actividades de bioprospección.

El *Plan Operacional del Iwokrama* establece (en relación a derechos de propiedad intelectual) que “... la protección de los derechos de propiedad intelectual de poblaciones indígenas en relación a sus conocimientos tradicionales es un tema complejo que cada vez recibe mas atención internacional. Iwokrama ya inició el estudio de recursos biológicos utilizados por comunidades indígenas (5.4.2). De conformidad con el artículo 8 del Acuerdo Constitutivo de Iwokrama, ésta desarrollará y adoptará procedimientos para el reconocimiento y compensación de las comunidades en la conservación y desarrollo de recursos genéticos de especies animales y de plantas útiles. Iwokrama protegerá, reconocerá y compensará el aporte intelectual y la contribución de las comunidades mediante un sistema de propiedad intelectual apropiado”.

Hasta el momento, no es del todo claro qué forma tendrá este sistema propuesto en Iwokrama. Dado el estado actual de la legislación nacional, es probable que este sistema se base en protocolos bilaterales y contratos entre Iwokrama y las comunidades correspondientes, lo cual plantea una interrogante fundamental en relación a la personería jurídica que debería tener el ente representativo de los intereses indígenas o las propias comunidades. Este, en todo caso, responde más bien a un proyecto específico más que a una política gubernamental claramente definida.

1.11 México

México no cuenta con legislación específica en materia de acceso a los recursos genéticos, aunque la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección Ambiental y la Ley General sobre Desarrollo Forestal Sostenible sí incluyen disposiciones que regulan aspectos puntuales de la recolección y uso de componentes de la biodiversidad.

En la actualidad se encuentran en discusión en México al menos dos iniciativas del Congreso Federal para regular el acceso a los recursos genéticos. Ambas iniciativas (una del Partido Revolucionario Institucional y otra del Partido de Acción Nacional) incluyen referencias específicas, aunque limitadas, a los CT.

En el caso de la primera, el énfasis está más bien puesto en el tema de bioseguridad. En el caso de la segunda, hay mucho más detalles sobre relaciones institucionales entre el nivel Federal y el nivel Estatal y, en particular, desarrolla una serie de aspectos vinculados a la situación

de las colecciones *ex situ*, la autoridad competente (el SEMARNAT), usos comerciales frente a usos no comerciales de recursos genéticos, el contrato de acceso en sí, la propiedad intelectual y las exigencias de divulgación de origen y procedencia legal, el componente intangible (el CT), entre otros.

El debate y la discusión en México se enmarca dentro de la controversia suscitada a partir de tres casos de actividades de bioprospección. El primero involucra a la Universidad Nacional Autónoma de México y la empresa Diversa Corporation Inc. de los E.E.U.U. que acordaron iniciar un proyecto para bioprospección en ambientes extremos en áreas protegidas de México. En este proyecto no estaban involucrados CT de pueblos y comunidades indígenas (1998).

El segundo proyecto, involucra a la Unión de Comunidades Zapotales y Chinantecas (UZACHI) y a la compañía Sandoz, de Suiza (1995). En este caso se negoció un complejo proyecto en el cual se esperaba que las comunidades agregaran valor a la cadena de investigación y desarrollo de productos de la biodiversidad y obtengan al mismo tiempo una serie de beneficios monetarios y no monetarios previstos en el mismo.

Finalmente, un tercer proyecto, el International Cooperative Biodiversity Group, implicaba actividades de bioprospección que involucraba a comunidades Maya de Chiapas y el Colegio Frontera Sur de México y la Universidad de Georgia de los EEUU (1998). El objetivo en este proyecto era realizar bioprospección sobre plantas con usos medicinales tradicionales de comunidades Mayas.

Estos tres proyectos, en diferentes medidas y de diferentes formas, generaron una serie de reacciones y posiciones encontradas entre una multiplicidad de actores: instituciones públicas, instituciones de investigación, representantes de pueblos indígenas, organizaciones de la sociedad civil (nacionales y foráneas), universidades, entre otros.

Alrededor de estos proyectos, se cuestionó el consentimiento fundamentado obtenido de las comunidades indígenas involucrados en algunos casos; se reivindicó la propiedad de los recursos genéticos a favor del Gobierno Federal; se cuestionó los niveles de beneficios

pactados; se reclamó por el grado de participación y la legitimidad de los procesos de consulta con los grupos indígenas, entre otros factores.

Es bajo este panorama, que surgen las iniciativas para regular no solamente el acceso a los recursos genéticos sino también de evaluar cómo garantizar grados de protección óptima para los CT de los pueblos y comunidades indígenas que, de manera directa o indirecta, siempre se encuentra relacionados con este tipo de proyectos.

1.12 Panamá

Panamá ha desarrollado legislación específica que regula la protección de los conocimientos tradicionales. El 27 de junio de 2000 se publicó la Ley No. 20 – Régimen Especial de Propiedad Intelectual sobre los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas. El ámbito de protección de esta norma contempla los derechos colectivos de propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas que sean susceptibles de uso comercial. Es preciso señalar que la intención de la ley ha sido proteger el patrimonio cultural de los pueblos indígenas. Así, hace mención a invenciones, modelos, dibujos y diseños, innovaciones contenidas en las imágenes, conocimientos tradicionales, figuras, símbolos, gráficos, petroglifos, costumbres, creencias, espiritualidad, cosmovisión, etc. En este sentido, el ámbito de protección es más amplio que el que se ha venido dando en otros países y debe entenderse que los CT vinculados a la biodiversidad forman parte del patrimonio cultural.

La ley prohíbe el otorgamiento de derechos exclusivos previstos el sistema de propiedad intelectual (tales como derechos de autor, modelos industriales, marcas, etc.) a terceros ajenos a los pueblos indígenas (salvo que cuenten con la debida autorización) (artículo 2) y alienta a que sean éstos mismos quienes registren sus derechos colectivos. Para ello, crea el Registro de Derechos Colectivos (artículo 7) para registrar cualquier derecho tradicional susceptible de protección y establece el procedimiento administrativo para ello.

Asimismo, establece que los derechos de uso y comercialización del arte, artesanías y otras manifestaciones culturales deben regirse por el reglamento de uso de cada pueblo indígena (artículo 15).

Si bien el Registro es parte de un sistema *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales, el carácter constitutivo del mismo impone cargas y procedimientos que muchas veces las comunidades no pueden asumir. Por otro lado, cabe cuestionar la protección efectiva que estos conocimientos o expresiones culturales reciben en otros países, pues la ley se aplica únicamente en jurisdicción panameña (a pesar que la ley disponga que los conocimientos y expresiones culturales de comunidades de otros países serán susceptibles de la misma protección en caso de que se dispongan mediante acuerdos internacionales recíprocos).

***Cuadro No. 17. Ley No. 20 de Panamá del 27 de junio de 2000
Régimen especial de propiedad intelectual sobre los derechos
colectivos de los pueblos indígenas, para la protección y defensa
de su identidad cultural y de sus conocimientos tradicionales, y
se dictan otras disposiciones***

Capítulo I

Finalidad

Artículo 1. Esta Ley tiene como finalidad proteger los derechos colectivos de propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas sobre sus creaciones, tales como invenciones, modelos, dibujos y diseños, innovaciones contenidas en las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, petroglifos y otros detalles; además, los elementos culturales de su historia, música, arte y expresiones artísticas tradicionales, susceptibles de un uso comercial, a través de un sistema especial de registro, promoción y comercialización de sus derechos, a fin de resaltar los valores socioculturales de las culturas indígenas y hacerles justicia social.

Artículo 2. Las costumbres, tradiciones, creencias, espiritualidad, religiosidad, cosmovisión, expresiones folclóricas, manifestaciones artísticas, conocimientos tradicionales y cualquier otra forma de expresión tradicional de los pueblos indígenas, forman parte de su patrimonio cultural; por lo tanto, no pueden ser objeto de ninguna forma de exclusividad por terceros no autorizados a través del sistema de propiedad intelectual, tales como derecho de autor, modelos industriales, marcas, indicaciones geográficas y otros, salvo que la solicitud sea formulada por los pueblos indígenas. Sin embargo, se respetarán y no se afectarán los derechos reconocidos anteriormente con base en la legislación sobre la materia.

Capítulo II

Objetos Susceptibles de Protección

Artículo 3. Se reconocen como vestidos tradicionales de los pueblos indígenas, aquellos utilizados por los pueblos kuna, ngöbe y buglé, emberá y wounaán, naso y bri-bri, tales como:

- 1. Dule mor.** Consiste en el uso combinado de la vestimenta con que las mujeres y los hombres kunas identifican la cultura, historia y representación de su pueblo. Está compuesto por el *morsan*, *saburedi*, *olassu* y *wini*.
- 2. Jio.** Consiste en el uso combinado de la vestimenta con que las mujeres y los hombres emberás y wounaán identifican la cultura, historia y representación de su pueblo. Las mujeres usan la *wua* (paruma), *boró barí*, *dyidi dyidi*, *kondyita*, *neta*, *parata kerá*, *manía*, sortija, *kipará* (jagua), *kanchí* (achiote) y *kerá patura*. Los hombres utilizan las mismas piezas, con excepción de la paruma; y, además, la orejera, pechera, *amburá* y *andíá*.
- 3. Nahua.** Consiste en el vestido con que las mujeres ngöbes y buglés identifican la cultura, historia y representación de su pueblo. Este vestido es de una sola pieza, amplio y cubre hasta las pantorrillas; es confeccionado con telas lisas de colores llamativos, adornado con aplicaciones geométricas de tela de colores contrastantes e incluye un collar amplio confeccionado con chaquiras.

La descripción técnica de estos vestidos tradicionales estará contenida en sus respectivos registros.

Artículo 4. Se reconocen los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre sus instrumentos musicales, música, danzas o forma de ejecución, expresiones orales y escritas contenidos en sus tradiciones, que conforman su expresión histórica, cosmológica y cultural. La solicitud de registro de estos derechos colectivos se hará por los respectivos congresos generales o autoridades tradicionales indígenas, ante la Dirección General del Registro de la Propiedad Industrial del Ministerio de Comercio e Industrias, en adelante DIGERPI, o ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor del Ministerio de Educación, según corresponda, para su aprobación y registro.

Artículo 5. Se reconocen los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre sus instrumentos de trabajo y arte tradicionales, así como la técnica para su confección, expresado en las materias primas nacionales, a través de los elementos de la naturaleza, su procesamiento, elaboración, combinación de tintes naturales, tales como las tallas en tagua y madera

semipreciosa (cocobolo y nazareno), cestas tradicionales, *nuchus*, chaquiras, chácaras y cualquier otra manifestación cultural de carácter tradicional de estos pueblos. El registro de estos derechos será solicitado por los congresos generales o autoridades tradicionales indígenas ante las dependencias mencionadas en el artículo anterior.

Artículo 6. Se denominan derechos colectivos de los pueblos indígenas los objetos susceptibles de protección que pueden ser registrados, conforme lo determina esta Ley, a fin de proteger su originalidad y autenticidad.

Capítulo III

Registro de Derechos Colectivos

Artículo 7. Se crea dentro de la DIGERPI el Departamento de Derechos Colectivos y Expresiones Folklóricas, a través del cual se concederá, entre otros, el registro de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Este registro será solicitado por los congresos generales o autoridades tradicionales indígenas para proteger sus vestidos, artes, música y cualquier otro derecho tradicional susceptible de protección. Los registros de los derechos colectivos de los pueblos indígenas no caducarán ni tendrán término de duración; su tramitación ante la DIGERPI no requerirá los servicios de un abogado y se exceptúa de cualquier pago. Los recursos contra dicho registro deberán notificarse personalmente a los representantes de los congresos generales o autoridades tradicionales indígenas.

Artículo 8. Serán aplicables al presente régimen, las disposiciones sobre marcas colectivas y de garantía contenidas en la Ley 35 de 1996, en los casos que no vulneren los derechos reconocidos en la presente Ley.

Artículo 9. La DIGERPI creará el cargo de examinador sobre derechos colectivos indígenas, para la protección de la propiedad intelectual y otros derechos tradicionales de los pueblos indígenas. Este servidor público será competente para examinar todas las solicitudes que se presenten ante la DIGERPI, que tengan relación con los derechos colectivos de los pueblos indígenas, para que no sean inscritos en violación de esta Ley.

Capítulo IV

Promoción de las Artes y Expresiones Culturales Indígenas

Artículo 10. Las artes, artesanías, los vestidos y demás formas de expresión cultural de los pueblos indígenas, serán objeto de promoción y fomento por parte de la Dirección General de Artesanías Nacionales del Ministerio de Comercio e Industrias. La Dirección General de Artesanías Nacionales o

las Direcciones Provinciales de dicho Ministerio, con la anuencia de las autoridades indígenas locales y a solicitud de parte interesada, estampará, imprimirá o adherirá, sin costo alguno, una certificación en la obra artística, vestido, artesanía u otra forma protegida de propiedad industrial o de derecho de autor, donde conste que se ha elaborado mediante los procedimientos tradicionales indígenas y/o por manos indígenas. A estos efectos, la dirección que expida la certificación queda autorizada para inspeccionar los talleres, materiales, productos terminados y procedimientos utilizados.

Artículo 11. El Ministerio de Comercio e Industrias hará lo necesario para que, en las ferias nacionales e internacionales, los artesanos indígenas participen y expongan sus artesanías. La Dirección General de Artesanías Nacionales hará lo conducente a la celebración del Día del Artesano Indígena con los auspicios del Ministerio.

Artículo 12. En las presentaciones nacionales e internacionales de la cultura indígena panameña, será obligatoria la exhibición de sus vestidos, danzas y tradiciones.

Artículo 13. El Ministerio de Educación deberá incluir en el currículo escolar los contenidos referentes a las expresiones artísticas indígenas, como parte integrante de la cultura nacional.

Artículo 14. Las instituciones públicas competentes quedan facultadas para divulgar y promover, en concordancia con los congresos generales y autoridades tradicionales indígenas, la historia, costumbres, valores y expresiones artísticas y tradicionales (incluyendo las vestimentas) de los pueblos indígenas, como parte integrante de la cultura nacional. En las ferias escolares, se permitirá la exposición y venta de artesanías indígenas elaboradas por estudiantes, para el beneficio de su centro escolar.

Capítulo V

Derechos de Uso y Comercialización

Artículo 15. Los derechos de uso y comercialización del arte, artesanías y otras manifestaciones culturales basadas en la tradicionalidad de los pueblos indígenas, deben regirse por el reglamento de uso de cada pueblo indígena, aprobado y registrado en la DIGERPI o en la Dirección Nacional de Derecho de Autor del Ministerio de Educación, según el caso.

Artículo 16. Se exceptúan del artículo anterior, los conjuntos de bailes de proyecciones folklóricas que ejecuten representaciones artísticas en el ámbito nacional e internacional. Sin embargo, las personas naturales o jurídicas que organicen representaciones artísticas para resaltar de forma

integral o en parte una cultura indígena, deberán incluir a miembros de dichos pueblos para su ejecución. De no ser posible la contratación de éstos, será necesaria la autorización del respectivo congreso general o autoridad tradicional indígena, a fin de preservar su autenticidad. El Instituto Nacional de Cultura velará por el cumplimiento de esta obligación.

Capítulo VI

Prohibiciones y Sanciones

Artículo 17. Se adiciona el literal j al artículo 439 del Código Fiscal, así:

Artículo 439. Podrán ser importadas a la República las mercaderías extranjeras procedentes de todos los países salvo las siguientes:...

- j. Los productos no originales, sean grabados, bordados, tejidos o cualquier otro artículo que imite, en todo o en parte, la confección de los vestidos tradicionales de los pueblos indígenas, así como instrumentos musicales y obras artísticas tradicionales de dichos pueblos.

Artículo 18. Se adiciona el numeral 7 al artículo 16 de la Ley 30 de 1984, así:

Artículo 16. Constituyen delito de contrabando los siguientes hechos:...

1. La tenencia no manifestada ni declarada ni autorizada transitoriamente, conforme a la legislación aduanera, de productos no originales que imiten, en todo o en parte, la confección de los vestidos tradicionales de los pueblos indígenas de Panamá, así como de materiales e instrumentos musicales y obras artísticas o artesanales de dichos pueblos.

Artículo 19. Se adiciona un párrafo al artículo 55 de la Ley 30 de 1984, así:

Artículo 55. ...

Cuando se trate de delitos aduaneros con mercancías que imiten productos pertenecientes a los pueblos indígenas de Panamá, del cincuenta por ciento (50%) de la multa, no transferible a los denunciantes y aprehensores que se menciona en el presente artículo, el cincuenta por ciento (50%) quedará a beneficio del Tesoro Nacional, y el otro cincuenta por ciento (50%) será destinado a gastos de inversión de la comarca o pueblo indígena respectivo, según el trámite que establezca la ley.

Artículo 20. Se prohíbe la reproducción industrial, ya sea total o parcial, de los vestidos tradicionales y demás derechos colectivos reconocidos en esta Ley, salvo que sea autorizada por el Ministerio de Comercio e Industrias, con el consentimiento previo y expreso de los congresos generales y consejos indígenas, y no sea contraria a lo que en ésta se dispone.

Artículo 21. En los casos no contemplados en la legislación aduanera y en la de propiedad industrial, las infracciones de esta Ley serán sancionadas, dependiendo de su gravedad, con multas de mil balboas (B/.1,000.00) a cinco mil balboas (B/.5,000.00). En caso de reincidencia, la multa será el doble de la cuantía anterior. Las sanciones establecidas en esta norma se aplicarán en adición al comiso y destrucción de los productos utilizados para cometer la infracción. De las multas impuestas conforme a este artículo, el cincuenta por ciento (50%) quedará a beneficio del Tesoro Nacional y el otro cincuenta por ciento (50%) será destinado a gastos de inversión de las comarcas o pueblos indígenas respectivos.

Artículo 22. Serán competentes para aprehender a los infractores de esta Ley, tomar medidas preventivas sobre los productos y artículos respectivos y remitirlos a los servidores públicos correspondientes, las siguientes autoridades:

1. El gobernador comarcal o el gobernador de provincia, en el caso de que no exista el primero.
2. El congreso general de la comarca correspondiente. Para tales efectos, las autoridades tradicionales podrán solicitar el auxilio y la colaboración de la Fuerza Pública.

Artículo 23. Quedan excluidos de la presente Ley, los pequeños artesanos no indígenas que se dediquen a la elaboración, reproducción y venta de réplicas de artesanías indígenas ngöbes y buglés, que residan en los distritos de Tolé, Remedios, San Félix y San Lorenzo de la provincia de Chiriquí. Estos pequeños artesanos no indígenas podrán fabricar y comercializar estas réplicas, pero no podrán reclamar los derechos colectivos reconocidos por esta Ley a los indígenas.

Capítulo VII

Disposiciones Finales

Artículo 24. Los artesanos panameños no indígenas que, a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, se dediquen a la elaboración, reproducción y venta de réplicas de artesanías indígenas tradicionales y se encuentren registrados en la Dirección General de Artesanías Nacionales, podrán realizar dichas actividades, con la anuencia de las autoridades tradicionales indígenas. El Ministerio de Comercio e Industrias, previa comprobación de la fecha de registro y expedición de la licencia de artesano, emitirá los permisos y autorizaciones respectivos. Sin embargo, los artesanos panameños no indígenas deberán fijar, imprimir, escribir o identificar, de manera fácilmente visible, que es una réplica, así como su lugar de origen.

Artículo 25. Para los efectos de la protección, uso y comercialización de los derechos colectivos de propiedad intelectual de los pueblos indígenas contenidos en esta Ley, las expresiones artísticas y tradicionales indígenas de otros países tendrán los mismos beneficios establecidos en ella, siempre que sean efectuados mediante acuerdos internacionales recíprocos con dichos países.

Artículo 26. Esta Ley será reglamentada por el Órgano Ejecutivo a través del Ministerio de Comercio e Industrias.

Artículo 27. La presente Ley le adiciona a la Ley 30 de 8 de noviembre de 1984, el numeral 7 al artículo 16 y un párrafo al artículo 55, así como el literal j al artículo 439 del Código Fiscal y deroga cualquier disposición que le sea contraria.

Artículo 28. Esta Ley empezará a regir desde su promulgación.

1.13 Perú

En el caso del Perú, hay múltiples antecedentes y referencias normativas a los CT y a la necesidad de su protección legal.

El Decreto Legislativo 823, Ley de Propiedad Industrial (abril de 1996), estableció en su artículo 63, la necesidad de elaborar un régimen *sui generis* para la protección de los CT⁶⁰. Aunque programática en su contenido, esta norma ya expresaba una clara voluntad de establecer y desarrollar mecanismos para proteger los CT. De hecho, esta norma fue un antecedente importante a la Ley 27811 que se analiza más adelante.

En el mismo año (1996), se incorporó por primera vez a nivel mundial el mecanismo de protección defensiva de los CT en una norma referida a propiedad intelectual. En efecto, el reglamento nacional del régimen andino de protección a los derechos de los obtentores de nuevas variedades vegetales (Decreto Supremo 008-96-ITINCI, de mayo de 1996), determinó que la solicitud para el otorgamiento de un certificado de obtentor debería incluir (de ser el caso), la indicación del origen y el

60 Artículo 63.- Por Decreto Supremo refrendado por el Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, podrá establecerse un régimen especial de protección y, de ser el caso, un registro, de los conocimientos de las comunidades nativas y campesinas.

contenido genético de la variedad, incluyendo todo detalle conocido sobre cualquier conocimiento de la variedad y CT asociados a ella. Éste es en realidad el primer antecedente normativo sobre protección defensiva y sirvió a su vez de referente para incorporar similares exigencias (en materia de patentes) en la Decisión 391, posteriormente la Decisión 486 y otras normas en diversos países.

Por su parte, la Ley 26839, Ley sobre Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica (julio de 1997), el reglamento de esta Ley, el Decreto Supremo 068-2001-PCM (de junio de 2001) y la Estrategia Nacional de Diversidad Biológica (Decreto Supremo 102-2002-PCM (de septiembre de 2001), incorporan referencias específicas al reconocimiento de los CT y a la necesidad de procurar la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales.

Finalmente, la Ley 28216, Ley de Protección al Acceso a la Diversidad Biológica Peruana y los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas (de mayo de 2004), determinó el establecimiento de una Comisión Nacional de Prevención de la Biopiratería asociada al uso irregular e ilegal de recursos genéticos y CT.⁶¹

Esta Ley define “biopiratería” como “...el acceso y uso no autorizado y no compensado de recursos biológicos o conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas por parte de terceros, sin la autorización correspondiente y en contravención de los principios establecidos en el Convenio sobre Diversidad Biológica y las normas vigentes sobre la materia. Esta apropiación puede darse a través del control físico, mediante derechos de propiedad sobre productos que incorporan estos elementos obtenidos ilegalmente o en algunos casos mediante la invocación de los mismos.”

A su vez, establece una serie de funciones para la Comisión que incluyen: crear un registro de biodiversidad y CT; evaluar posibles actos

61 La Comisión Nacional de Prevención de la Biopiratería (oficialmente la Comisión Nacional de Protección del Acceso a la Diversidad Biológica Peruana y los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas) está conformada por INDECOPI, SPDA, INRENA, CONAM, IPPN, MINCETUR, INDEPA, CIP, entre otras instituciones del sector público y privado.

de biopiratería a partir de uso del sistema de propiedad intelectual; interponer acciones administrativas y judiciales contra derechos de propiedad intelectual indebidamente otorgados y que impliquen el uso de recursos genéticos y CT; establecer canales de comunicación con oficinas de propiedad intelectual de otros países, entre otros. Esta Comisión tiene un carácter multisectorial y se encuentra liderada y coordinada por el INDECOPI.

Como puede comprobarse, en el caso del Perú se cuenta con un marco normativo y bases legales considerables para proteger los CT de los pueblos y comunidades indígenas.

El proceso para la elaboración de la Ley 27811

En febrero del año 1996, el INDECOPI y el Ministerio de Agricultura, convocaron a un grupo de instituciones del sector público y privado para iniciar un proceso de análisis del tema de los CT, con miras a evaluar la posibilidad de diseñar un régimen legal de protección de estos conocimientos⁶².

Esta convocatoria multisectorial e interinstitucional⁶³ coincidió con la etapa final de desarrollo de la norma sub-regional andina de acceso a los recursos genéticos (Decisión 391) y donde el tema de los CT había

62 Esta iniciativa surgió a partir de una reunión de trabajo que hacia finales de 1995 sostuvieron el INDECOPI y la SPDA. En esta reunión, se consideraron las primeras acciones posibles tendentes a elaborar un régimen jurídico para la protección de los conocimientos tradicionales. Participaron de esta reunión : Beatriz Boza (Presidenta de INDECOPI), Jorge Caillaux (Presidente de la SPDA) y Brendan Tobin y Manuel Ruiz (miembros de la SPDA). ARCA. Definiendo herramientas para la influencia en políticas orientadas al desarrollo sostenible. Análisis de experiencias de influencia política de organizaciones en América Latina. ARCA, Costa Rica, 2000 pg. 33

63 Más de quince instituciones participaron de este proceso en sus diferentes etapas, incluyendo : Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP), Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo (DESCO), Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú (CONAP), Consejo Nacional del Ambiente (CONAM), Instituto Nacional de Investigación Agraria (INIA), Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA), INDECOPI, Instituto del Mar del Perú (IMARPE), Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Internacionales MITINCI), SPDA, entre otras.

ocupado parte importante de la agenda de discusión técnica y política. Así, una preocupación sub-regional fue recogida y trasladada al plano nacional.

Para desarrollar el trabajo de análisis y evaluación del tema de los CT, se organizaron cinco grupos de trabajo (coordinados por diferentes instituciones, bajo la dirección general del INDECOPI) que, de manera paralela, sentaron las bases conceptuales, económicas y legales para una propuesta de norma de protección de los CT y una propuesta de reglamento de acceso a los recursos genéticos (reglamento nacional de la Decisión 391)⁶⁴.

En octubre de 1999, se publicó una Separata Especial en el Diario Oficial El Peruano, Propuesta de Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas y Acceso a los Recursos Genéticos, en la cual se da cuenta del proceso seguido, justificaciones y propuestas de acceso y protección de CT antes mencionadas.

Durante el año 2001 y parte del 2002, la CONAPA, instancia del Estado con competencias en materia de temas indígenas⁶⁵, hizo suya la propuesta de protección de CT. Los aportes del proceso impulsado por INDECOPI fueron reconsiderados por la CONAPA, y con el apoyo del Congreso de la República, el 24 de julio de 2002 fue promulgada la Ley 27811, Ley que Establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Vinculados a los Recursos Biológicos.

64 Estos cinco grupos fueron : Diagnóstico sobre las formas de organización de las comunidades indígenas en el Perú; Inventario de recursos genéticos silvestres y domesticados; Regulación de acceso a los recursos genéticos; Marco legal general para la protección de los conocimientos de las comunidades indígenas; y Desarrollo de material didáctico y estrategia para la capacitación de las comunidades indígenas.

65 En la actualidad, estas competencias las ejerce el Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (INDEPA).

Análisis de los principales elementos de la Ley 27811

Definición de “pueblos indígenas” (artículo 2(a)). La Ley los define como “pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se auto reconocen como tales”. Los pueblos indígenas incluyen comunidades campesinas y nativas y pueden asimismo también tratarse como originarios, etnias, nacionalidades, pueblos ancestrales, entre otros posibles vocablos.

Definición de “conocimientos colectivos” (Artículo 2(b)). Los conocimientos colectivos se definen como “conocimiento acumulado y transgeneracional desarrollado por los pueblos y comunidades indígenas respecto a las propiedades, usos y características de la diversidad biológica”. Estos conocimientos colectivos, son los CT a los que hace referencia esta investigación. En el ámbito regional, son también el componente intangible al cual hace referencia la Decisión 391. Según esta definición, se trata de conocimientos que en su generación y producción, implican un desarrollo colectivo, comunal diferente a desarrollos estrictamente individuales.

Definición de “consentimiento informado previo” (artículo 2(c)). El PIC implica la posibilidad que tienen los pueblos y comunidades indígenas de autorizar (o denegar) el acceso y uso de sus CT, previo suministro de información que les permita adoptar una decisión debidamente sustentada y fundamentada.

Definición de “contrato de licencia de uso de conocimientos colectivos” (artículo 2(d)). Constituye el “acuerdo expreso celebrado entre la organización representativa de los pueblos indígenas poseedores de un conocimiento colectivo y un tercero, que incorpora términos y condiciones sobre el uso de dicho conocimientos colectivo”. En el marco de la Decisión 391, estos contratos pueden ser el Anexo al Contrato de Acceso al cual hace referencia el artículo 34 de la misma.

Ambito de la protección (artículo 3 y 4). La Ley se aplica a los CT relacionados con usos, aplicaciones y características de los recursos biológicos. Se exceptúan de este ámbito, el intercambio tradicional de CT que realizan los pueblos y las comunidades entre sí. Para estos intercambios, se aplican las prácticas y normas consuetudinarias de estos pueblos y comunidades.

Condiciones para acceder a conocimientos colectivos (artículo 6).

Para acceder a los CT, para fines de aplicaciones científicas, comercial o industrial, es necesario contar con el PIC de la organización representativa del pueblo indígena cuyos conocimientos se solicitan. A su vez, la organización representativa debe informar y tomar en cuenta los intereses de los pueblos y comunidades durante el proceso de negociación de las condiciones de uso de sus CT. Lo que es importante destacar de esta norma es que quien concede el PIC no son las comunidades directamente, sino sus organizaciones representativas, de nivel local, regional o nacional.

Acceso para usos comerciales (artículo 7). En los casos que se pretenda utilizar los CT para fines comerciales o industriales, es necesario celebrar un contrato de licencia de uso de los conocimientos en el cual se establezcan y definan las condiciones de uso de estos conocimientos y los términos de la distribución justa y equitativa de beneficios derivados de su utilización.

Porcentajes para el Fondo de Desarrollo de los Pueblos Indígenas (artículo 8, Disposición Transitoria y Disposición Final). Como mínimo, se destinará un 10% del valor ventas brutas (antes de impuestos) de los productos derivados de la aplicación de los CT a un Fondo de Desarrollo de los Pueblos Indígenas. Este Fondo estará conformado por representantes indígenas designados por el INDEPA y será reglamento 90 días luego de entrada en vigencia la Ley. Aunque en esta norma se pretende fijar un porcentaje mínimo, resulta muy difícil que un potencial usuario de los CT se comprometa a cumplir con el mismo dado lo arbitrario del mismo.

Naturaleza colectiva de los conocimientos (artículo 10). La noción de “colectivos” implica que los conocimientos generados pertenecen a pueblos y comunidades indígenas como *colectividades*, mas allá que hubieran sido en la práctica generados por individuos al interior de estos pueblos y comunidades. Esto sin perjuicio que, internamente, y en función a sus prácticas consuetudinarias, existan mecanismos al interior de los pueblos y comunidades en los cuales se reconozcan a estos individuos y se les concedan beneficios en reconocimiento de sus aportes intelectuales.

El dominio público y los conocimientos colectivos (artículo 13). En el caso de CT que hubieran entrado en el dominio público 20 años antes de la entrada en vigencia de la Ley, se destinará un porcentaje (que deberá ser acordado entre el solicitante y la organización representativa) resultante del valor de las ventas brutas, al Fondo de Desarrollo de los Pueblos Indígenas. Según la Ley, un conocimiento colectivo se encuentra en el dominio público cuando ha sido accesible a una persona ajena al pueblo indígena o comunidad en donde este conocimiento se originó, a través de un medio de comunicación masiva o publicaciones (incluidas publicaciones científicas) o cuando se trata de conocimientos sobre usos y características de la biodiversidad que sean conocidos masivamente fuera del ámbito de estos pueblos y comunidades.

Esta es una de las normas más controvertidas e importantes de la Ley. Por un lado, plantea que incluso en el caso de CT que se encuentran en el dominio público, los pueblos y comunidades tienen un derecho, no necesariamente de propiedad o exclusiva, pero que los faculta a solicitar que se compartan beneficios por su utilización (comercial o no comercial). En segundo lugar, se plantea una temporalidad de 20 años (absolutamente discrecional) – desde la entrada en vigencia de la Ley hacia atrás – para poder exigir una compensación por el aprovechamiento de conocimientos que se encuentran en el dominio público.

Cuadro No. 18 Algunos esfuerzos de aplicación e implementación de la Ley 27811

- ***Diseminación de información.*** Un reto que se plantea en relación a la implementación y aplicación de la Ley 27811 es darle difusión adecuada a su contenido, especialmente entre organizaciones indígenas del país. el INDECOPI y la SPDA han elaborado un Manual Explicativo de la Ley 27811 sobre Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas (2004) dirigido especialmente a poblaciones indígenas. Asimismo, con el apoyo de la CONAP se han traducido y publicado estos mismos manuales en idiomas Shipibo y Yanesha. También se ha elaborado una cartilla explicativa de la Ley 27811 – que utiliza un lenguaje más sencillo que el Manual – para una lectura muy rápida y una comprensión inicial sobre el régimen de protección establecido por la Ley 27811. Esto se ha realizado como parte de un proyecto (*Iniciativa sobre Políticas de Recursos Genéticos* auspiciado por el Instituto Internacional de Recursos Fitogenéticos (IPGRI)

y la Fundación MacArthur. Asimismo, los manuales en lengua Yanésya y Shipibo y la cartilla han sido elaborados en el marco del proyecto *Rescate, Defensa y Protección de los Conocimientos Tradicionales de Comunidades Nativas Amazónicas*, auspiciado por el Programa de Pequeñas Donaciones del Fondo Mundial del Ambiente.

- **Portal de CT.** A fin de consolidar los esfuerzos de difusión y concienciación sobre el tema de la protección de los conocimientos tradicionales, el INDECOPI ha lanzado un portal (página web) sobre conocimientos tradicionales (<http://www.indecopi.gob.pe>). Esta página incluye información sobre documentos en la materia, reuniones y eventos internacionales, normas pertinentes y enlaces de interés. Asimismo, este portal va a incorporar un acceso al Registro Público de Conocimientos Colectivos (establecido y desarrollado por mandato de la Ley 27811) y para el cual se están desarrollando protocolos de acceso y uso de la información incorporada en este Registro. Este protocolo se está trabajando de manera coordinada entre la SPDA, el INDECOPI y la CONAP. Este esfuerzo cuenta con el apoyo de la Iniciativa Andino Amazónica de Prevención de la Biopiratería (financiada por el International Development Research Centre – IDRC) y el Programa de Pequeñas Donaciones del Fondo Mundial del Ambiente.

- **Comisión Nacional de Prevención de la Biopiratería.** La Comisión Nacional de Prevención de la Biopiratería se estableció mediante Ley 28216 del año 2004. Esta Comisión tiene por funciones prevenir actos de biopiratería respecto de recursos genéticos de origen peruano y conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas. La Comisión está conformada por instituciones del sector público y privado y desde finales de 2004 se ha reunido regularmente. La Comisión se encuentra concluyendo el trabajo que en su momento estuvo realizando el Grupo de Trabajo de la Maca (2002 – 2004) y ha empezado a trabajar en un nuevo caso de biopiratería referido al camu - camu. En este sentido, se presentó ante la OMC (en el Consejo de los ADPIC del mes de octubre de 2005) un informe de país sobre este caso. La Comisión inició sus actividades contando con el apoyo de la Iniciativa Andino Amazónica de Prevención de la Biopiratería (financiada por el International Development Research Centre – IDRC) y, en la actualidad cuenta con recursos provenientes del INDECOPI para continuar con su trabajo. La Comisión ha concluido una propuesta de proyecto para financiar sus actividades en el mediano y largo plazo.

- **Prevención del uso ilegal e irregular de CT.** El tema de la biopiratería ha sido objeto de importantes actividades de difusión y diseminación. El Congreso de la República y la SPDA organizaron el Foro ¿Cómo Prevenir

la Biopiratería en el Perú? en junio de 2004. Como resultado de este Foro, se publicó el libro *¿Cómo Prevenir la Biopiratería en el Perú? Reflexiones y Propuestas*, que ha sido ampliamente difundido entre diferentes actores y grupos de interés. Constituye la primera publicación de su tipo en el país. Por otro lado, el INDECOPI y la Comisión Nacional de Prevención de la Biopiratería organizaron en noviembre de 2005 el Seminario Nuevos Retos para el Perú : La Biopiratería ¿ cómo enfrentarla ?, a fin de presentar los avances del trabajo de la Comisión en esta materia y acercar al público en general a los problemas generados por este fenómeno.

- **Capacitación.** A lo largo de los últimos años, diferentes instituciones, de manera coordinada y a veces en base a esfuerzos independientes, han estado trabajando en actividades de difusión y capacitación en relación al régimen de protección de los conocimientos tradicionales previsto en la Ley 27811. INDECOPI, SPDA, el IAS UNU, el Instituto de Investigaciones de la Amazonía Peruana (IIAP), el propio Congreso de la República, entre otros, han organizado reuniones, talleres y mesas de discusión sobre la materia. Organizaciones como COPPIP, CONAPA, AIDSESP, y CONAP, entre otras, se han beneficiado en algún momento de estos procesos de difusión y discusión.

- **Posiciones internacionales.** A lo largo de los últimos años, el Perú ha mantenido una posición bastante firme y coherente en diferentes foros internacionales (especialmente OMC (Consejo ADPIC), CDB y la OMPI) en relación a la necesidad de exigir la protección de los CT. Ha sido especialmente activo en promover la protección “defensiva” de los CT a través de los mecanismos de divulgación de origen y procedencia legal como parte de los procedimientos para la concesión de derechos de propiedad intelectual. El Perú ha presentado diferentes documentos a estos foros, siendo el más reciente el documento IP/C/W/447 presentado al Consejo ADPIC y titulado: Biodiversidad, Conocimientos Tradicionales y Propiedad Intelectual: Posición del Perú en Relación a la Divulgación de Origen y Procedencia Legal (junio de 2005). Habiendo sido un precursor de esta idea a principios de 1994, resulta casi natural que el país mantenga una posición firme de defensa de esta posición en diferentes foros internacionales.

Los registros de conocimientos (artículo 15 y siguientes). Los registros tienen por objetivos mantener y preservar los CT, salvaguardar los derechos que sobre ellos tienen los pueblos y comunidades indígenas y proporcionar al INDECOPI información que permita y facilite su defensa. La Ley prevé tres tipos de registros : el Registro Nacional Público de CT (que incorpora los CT que están en el dominio público); el Registro Nacional Confidencial (que incorpora CT que los pueblos y comunidades desean sean mantenidos por INDECOPI de forma confidencial) y los Registros Locales de CT (que son registros creados por los propios pueblos y comunidades y que se sujetan a sus propias reglas de recopilación, mantenimiento, gestión y administración). El registro se hará a pedido de parte o de oficio (por el INDECOPI y en el caso de CT que se encuentran en el dominio público). En el caso del Registro Nacional Público, INDECOPI tiene la responsabilidad de proporcionar a las oficinas de propiedad intelectual del mundo información que facilite la protección defensiva de los intereses indígenas, es decir, facilitar información que afecte la novedad o altura inventiva de invenciones reivindicadas en terceros países.

Las licencias (artículo 25 y siguientes). Las licencias de uso de CT se registran ante INDECOPI.

Protección conferida por el régimen de protección (artículo 42 y siguientes). El pueblo o comunidad indígena que posee un CT está protegido contra su revelación, adquisición o uso, sin su consentimiento y de manera desleal, en la medida que estos CT no se encuentren el dominio público. Asimismo, está protegido contra su revelación sin su autorización, cuando un tercero ha tenido acceso al CT pero tiene un deber de reserva.

Este supuesto plantea el uso de una modalidad de secreto empresarial y mecanismos de la competencia desleal para salvaguardar los intereses de los pueblos y comunidades, respecto de CT que se mantienen en reserva (son confidenciales y aún no se encuentran en el dominio público).

En este caso, lo importante es determinar cuándo es que se están usando estos CT de manera desleal, concepto que se asocia inexorablemente a las prácticas comerciales y a los principios de la

represión de la competencia desleal. Lo interesante de esta norma es que se establece la posibilidad de interponer una acción por infracción ante el INDECOPI para cautelar el derecho protegido.

Asimismo, la norma establece la inversión de la carga de la prueba, con lo cual el denunciado (aquel que hubiera usado indebidamente los CT) debe probar que no accedió ni utilizó deslealmente los CT bajo cuestión. Finalmente, los pueblos o comunidades indígenas tienen el derecho de iniciar las acciones reivindicatorias o indemnizatorias a que hubiere lugar.

Acciones administrativas y el marco institucional (artículo 63 y siguientes). La autoridad competente en materia de aplicación de la Ley es el INDECOPI. En definitiva, la protección de los CT importa un tema vinculado a los derechos intelectuales, área en la cual el INDECOPI es competente. La Oficina de Inveniones y Nuevas Tecnologías del INDECOPI tiene por función: mantener el Registro Nacional Público y Confidencial de CT; mantener el registro de licencias de uso de CT; valuar la validez de estos contratos.

Asimismo, la Ley ordena el establecimiento de un Consejo Especializado para la Protección de los Conocimientos Indígenas.

Finalmente, la Ley prevé el uso de acciones reivindicatorias, acciones de reconsideración, recursos de apelación y acciones por infracción como mecanismos para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus CT.

1.14 Surinam

No se han dado en Surinam mayores avances políticos y normativos tendentes a la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales. Sin embargo, a través de otra iniciativa de tipo práctico se está abordando el tema a nivel interno.

El International Cooperative Biodiversity Group (ICBG), al igual que en el caso del Perú, inició trabajos en Surinam en 1992. Conjuntamente con el Gobierno de Surinam, este proyecto de colecta de plantas medicinales incluye la participación de Missouri Botanical Gardens,

Conservation International Bristol - Myers Squibb Research Institute y el Instituto Politécnico *Estatal de Virginia*. Como parte de este proyecto se estableció el Forest People's Fund con miras a financiar actividades de conservación y desarrollo en el país y también recientemente se estableció la Reserva Natural Central de Surinam.

Como parte de los acuerdos celebrados se reconoce que las comunidades indígenas del país poseen valiosos secretos comerciales, *know how* y derechos de propiedad intelectual sobre el uso de ciertas muestras. Asimismo, que toda información etnobotánica recolectada deberá serlo con pleno consentimiento de estas comunidades y con una compensación adecuada. No se cuenta con información detallada sobre las especificidades de estos compromisos más bien declarativos. Sin embargo, no se ha avanzado aún a nivel de políticas y normas sobre la materia.

1.15 Venezuela⁶⁶

La Constitución de 1999 de la República Bolivariana de Venezuela, ha generado un profundo cambio en la perspectiva política y cultural del Estado venezolano con relación a los pueblos indígenas. La Constitución les reconoce el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe. Así también, sus formas de organización, su hábitat y sus derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan.

De la misma forma, la Constitución de 1999 consagra la propiedad intelectual colectiva sobre los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas, así como el derecho de éstos a ser consultados sobre actividades de aprovechamiento de los recursos naturales ubicados en sus tierras. Este es un avance muy importante respecto de cuestiones que el CDB y la propia Decisión 391 han igualmente promovido (ver Cuadro No. 2).

Estos avances, de orden más bien programático necesitarán de un posterior desarrollo legislativo y reglamentario. Por ejemplo, la propiedad

66 Este punto se basa casi en su totalidad en un informe preparado por el Doctor Francisco Astudillo, Decano de la Facultad de Derecho de la *Universidad Gran Mariscal de Ayacucho*, de Venezuela.

privada de bienes tangibles o intangibles es *per se* individualista, por lo que el carácter “colectivo” de la propiedad intelectual de las comunidades sobre sus conocimientos tradicionales debe ser objeto de consideración legislativa, para precisar su ámbito y alcance.

Venezuela cuenta también con una *Ley de Diversidad Biológica* que define a los pueblos y comunidades locales como aquellos que presentan una identidad propia y claramente perceptible, que se traduce en manifestaciones culturales distintas al resto de los habitantes de la nación (ver Cuadro No. 19).

En cuanto a la protección y reconocimiento de los conocimientos tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas y locales, la *Ley de Diversidad Biológica* establece en su artículo 86, que “...la *Oficina Nacional de la Diversidad Biológica*, atenderá lo concerniente a los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas y locales, relacionados con la diversidad biológica, con el objeto de proteger los derechos de estas comunidades sobre sus conocimientos en esta materia”.

Esta Oficina está adscrita al *Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales* y tiene entre sus atribuciones (artículo 21, numeral 4) la de “... coordinar y supervisar el cumplimiento de las disposiciones establecidas en la *Decisión 391 del Acuerdo de Cartagena sobre Acceso a los Recursos Genéticos*”. En este sentido, esta Oficina deberá velar porque en los contratos de acceso a estos recursos que celebre la República, se respeten los derechos de las comunidades indígenas y locales cuando existan conocimientos tradicionales asociados a los mismos.

Pero en materia de propiedad intelectual, la oficina nacional competente es el Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual (SAPI) del Ministerio de la Producción y Comercio. El SAPI, creado mediante Decreto N° 7 del 25 de marzo de 1997, integró las funciones que debe cumplir el Estado en relación con las dos grandes instituciones de estos derechos: el derecho de autor y la propiedad industrial. Es por ello que el SAPI, es responsable de la aplicación en Venezuela de la *Decisión 351* sobre un Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos; la *Decisión 486* sobre un Régimen Común sobre Propiedad

Industrial y la Decisión 345 sobre un Régimen Común sobre Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales.

En este sentido, corresponde al SAPI velar porque los derechos otorgados en el área industrial, no violen derechos de las comunidades indígenas y locales. Así, el artículo 82 de la Ley de Diversidad Biológica establece que “...no se reconocerá derechos de propiedad intelectual sobre muestras colectadas o parte de ellas, cuando las mismas hayan sido adquiridas en forma ilegal, o que empleen el conocimiento colectivo de pueblos y comunidades indígenas o locales”.

Cuadro No. 19 Extractos y comentarios a la Ley de Biodiversidad de Venezuela

Esta Ley trata ampliamente el tema de protección de los conocimientos tradicionales en Venezuela. En su artículo 4, expresa que a sus efectos, la conservación de la diversidad biológica comprenderá fundamentalmente (entre otros) el reconocimiento y la preservación del conocimiento que, sobre la diversidad biológica y sus usos, tienen las comunidades locales.

Título III, Capítulo III

De la conservación de la diversidad cultural

Artículo 39. El Estado reconoce y protege los derechos patrimoniales y los conocimientos tradicionales de las comunidades locales y de los pueblos y comunidades indígenas en lo relativo a la diversidad biológica.

Artículo 40. A los fines de esta Ley, se entiende por pueblos y comunidades locales e indígenas, las que presentan una identidad propia y claramente perceptible, que se traduce en manifestaciones culturales distintas al resto de los habitantes de la nación.

Artículo 41. A los fines de esta Ley, son derechos patrimoniales: los derechos colectivos de propiedad y control de los recursos, asociados a las formas de vida, que física e intelectualmente pertenecen a la identidad única de una comunidad tradicional, pueblo o comunidad indígena, de los cuales se desprenden sus propias manifestaciones existenciales y culturales.

Artículo 42. Son derechos comunitarios, la facultad de disposición de los conocimientos, innovaciones y prácticas pasadas, actuales o futuras, que conforman la propiedad intelectual colectiva de los pueblos y comunidades indígenas.

Artículo 43. El Estado reconoce a las comunidades locales y pueblos indígenas el derecho que les asiste a negar su consentimiento para autorizar la recolección de materiales bióticos y genéticos, el acceso a los conocimientos tradicionales y los planes y proyectos de índole biotecnológico en sus territorios, sin haber obtenido previamente la información suficiente sobre el uso y los beneficios de todo ello. Podrían igualmente exigir la eliminación de cualquier actividad, si se demuestra que ésta afecta su patrimonio cultural o la diversidad biológica.

Artículo 44. Las comunidades locales y pueblos indígenas tienen la obligación de cooperar con las instituciones públicas competentes en la conservación de la diversidad biológica.

Artículo 45. El Estado promoverá la utilización de los conocimientos comunitarios y de los derechos patrimoniales de las comunidades locales y pueblos indígenas, orientados al beneficio colectivo del país. Asimismo, fortalecerá el desarrollo del conocimiento y la capacidad innovativa para su articulación a los sistemas culturales, sociales y productivos del país. Además de la noción de comunidad local indígena, esta Ley le reconoce derechos patrimoniales a las mismas definiéndolos (artículo 41) como “... *derechos colectivos de propiedad y control de los recursos, asociados a las formas de vida, que física e intelectualmente pertenecen a la identidad única de una comunidad...*”. No es clara la redacción, pero puede interpretarse que el legislador se refiere a bienes tangibles o intangibles de las comunidades. No obstante, lo importante es el carácter colectivo que le confiere al régimen de propiedad intelectual, bien sea sobre bienes materiales e inmateriales, cuando estos estén asociados a formas de vida. Ello es ratificado en el artículo 42, cuando dispone que la facultad de disposición de conocimientos e innovaciones y prácticas pasadas, actuales o futuras radica en la comunidad. Pero falla esta Ley al calificar a esas manifestaciones en este mismo artículo como “propiedad intelectual”, por cuanto las mismas no están soportadas materialmente, condición que deben cumplir las creaciones para ser tomadas como tales. Sin embargo, esta noción inexacta tampoco incide en la pretensión del legislador de imprimirle carácter colectivo o comunitario al derecho de disposición patrimonial de dichas manifestaciones.

Título VII, Capítulo III

De la protección y reconocimiento de los conocimientos tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas locales

Artículo 84. El Estado reconoce y se compromete a promover y proteger los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y locales sobre sus conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica, así como el derecho de éstas a disfrutar colectivamente de los beneficios que

de ellos se deriven y de ser compensadas por conservar sus ambientes naturales.

Artículo 85. Los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y locales son de carácter colectivo y serán considerados como derechos adquiridos, distintos del derecho de propiedad individual, cuando correspondan a un proceso acumulativo de uso y conservación de la diversidad biológica.

Artículo 86. La Oficina Nacional de Diversidad Biológica, atenderá lo concerniente a los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas y locales, relacionadas con la diversidad biológica, con el objeto de proteger los derechos de estas comunidades sobre sus conocimientos en esta materia.

Artículo 87. La Oficina Nacional de Diversidad Biológica conjuntamente con el *Ministerio de Ciencia y Tecnología* promoverá, apoyará y gestionará los recursos financieros para la realización de programas de protección del conocimiento tradicional, dirigidos a proponer y evaluar distintas alternativas que conduzcan a garantizar la protección efectiva del conocimiento tradicional.

Artículo 88. El Ejecutivo Nacional, por órgano de la Oficina Nacional de la Diversidad Biológica, y los representantes de los pueblos y comunidades indígenas y locales, dentro del plazo de (3) años, contados a partir de la entrada en vigencia de esta Ley, elaborará y pondrá en ejecución programas para el reconocimiento de los derechos dirigidos a proteger los conocimientos y prácticas tradicionales relacionados con la diversidad biológica.

Artículo 89. El Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, conjuntamente con el Ministerio de Ciencia y Tecnología establecerá los criterios, diseñará y pondrá en ejecución los mecanismos, procedimientos y sistemas de control que permitan presentar, evaluar, validar y hacer el seguimiento de programas y proyectos de investigación realizados bajo parámetros del conocimiento tradicional.

Artículo 90. El Estado proveerá de los recursos necesarios para apoyar y fortalecer el desarrollo del conocimiento y la capacidad de innovación de los pueblos y comunidades indígenas locales.

Artículo 91.- El Estado apoyará financiera y técnicamente proyectos de desarrollo alternativo en los pueblos indígenas y locales, en donde sean prioritarios la recuperación, la conservación, el mejoramiento y la utilización sustentable de los recursos de la diversidad biológica, protegiendo de manera especial los parques nacionales, monumentos y demás áreas bajo régimen de administración especial.

Vale destacar de los anteriores artículos el 85, donde además de ratificar nuevamente el carácter colectivo de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y locales, les señala el carácter de “Derechos Adquiridos”, lo que es muy importante, por cuanto, no será necesario para aquellas el gestionar dichos derechos ante instancias administrativas. Bastaría la sola generación de un conocimiento derivado de un proceso acumulativo de uso de conservación de la diversidad biológica para la adquisición del derecho por parte de la comunidad. En ello la norma es clara. Va al extremo el legislador en el mismo artículo 85, al diferenciar dichos derechos del “derecho de propiedad individual”, pero ello, no incide sobre el propósito perseguido: el carácter colectivo del derecho de propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales.

La única condición prevista para la adquisición del derecho por parte de la comunidad de que se trate, es que el conocimiento objeto del derecho “... *corresponda a un proceso acumulativo de uso y conservación de la diversidad biológica*”, tal como reza el mismo artículo 85 en su parte final.

El organismo nacional competente para la atención de estos derechos es la Oficina Nacional de la Diversidad Biológica (artículo 86), la cual se crea por mandato de la misma ley (artículo 19), adscrita al Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales. Esta oficina tiene la obligación de elaborar y poner en ejecución programas para el reconocimiento de los derechos dirigidos a proteger los conocimientos y prácticas tradicionales relacionados con la diversidad biológica, para lo cual cuenta con un lapso de tres años a partir de la entrada en vigencia de la ley, lo cual ocurrió el 24-05-2000. Esta oficina debiera intentar el levantamiento de un inventario de conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas.

La Ley de Diversidad Biológica incluye igualmente un capítulo relativo a las patentes y otras formas de propiedad intelectual (Capítulo II del Título VII), el cual podría constituir una intromisión en una materia que está regulada por la CAN y acuerdos internacionales (ADPIC de la OMC; el *Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, etc.*)

Inclusive, el artículo 81 contradice los postulados de la *Decisión 486 de la Comunidad Andina* y el ADPIC. No obstante, la aplicación preferente de la norma comunitaria andina en caso de contradicción entre esta y la ley interna salva la situación.

Título VII, Capítulo II

De las patentes y otras formas de propiedad intelectual

Artículo 79.- El Ejecutivo Nacional otorgará patentes para las creaciones

o descubrimientos de productos y procedimientos en materia de biotecnología, vinculada a la diversidad Biológica, de conformidad con lo establecido en esta Ley, su Reglamento, en las leyes vinculadas a la materia y de conformidad con el régimen de propiedad industrial previsto en la Decisión 486 de la CAN.

Artículo 80. El Ejecutivo Nacional otorgará certificado de obtentor a las personas que hayan creado u obtenido variedades vegetales, cuando éstas sean nuevas, homogéneas, distinguibles y estables y se les hubiese asignado una denominación que constituye su designación genérica, siempre y cuando hayan cumplido con los requisitos establecidos en las Decisiones del Acuerdo de Cartagena, vigentes para la fecha.

Artículo 81. No se otorgarán patentes a ninguna forma de vida, genoma o parte de éste pero sí sobre los procesos científicos o tecnológicos que conduzcan a un nuevo producto.

Artículo 82. No se reconocerá derechos de propiedad intelectual sobre muestras colectadas, o parte de ellas, cuando las mismas hayan sido adquiridas en forma ilegal, o que empleen el conocimiento colectivo de pueblos y comunidades indígenas o locales.

Artículo 83. La *Oficina Nacional de la Diversidad Biológica* deberá revisar las patentes y otros derechos de propiedad intelectual, registrados fuera del país, sobre la base de recursos genéticos nacionales, con el fin de reclamar las regalías correspondientes por su utilización o reclamar su nulidad.

En cuanto a los conocimientos tradicionales, de las comunidades, indígenas y locales, no se reconocerá derechos de propiedad intelectual (artículo 82), sobre muestras colectadas que empleen (...*el conocimiento colectivo de pueblos y comunidades indígenas o locales*”).

La norma es contradictoria, por cuanto en los países andinos no está previsto la concesión de derechos de propiedad intelectual sobre meros hallazgos sin que medie la participación del hombre para su creación. Los objetos de estos derechos en el área industrial, deben ser producto del desarrollo intelectual, materializando ideas que luego de materializadas a partir de medios disponibles, satisfagan necesidades. Ahora bien, si una muestra recolectada está asociada a un conocimiento tradicional de una comunidad, y ésta acuerda con un tercero la explotación de su derecho colectivo sobre dicho conocimiento, nada impide que puedan obtenerse derechos de propiedad intelectual sobre productos o procesos obtenidos a partir de la muestra.

Nota: Este cuadro fue preparado por el Dr. Francisco Astudillo.

**Cuadro No. 20 Propuesta de Ley de Propiedad Intelectual
Colectiva sobre los Conocimientos Tradicionales Asociados a
Recursos Biológicos de los Pueblos Indígenas**

Este anteproyecto es una contribución del doctor Francisco Astudillo al desarrollo de la norma constitucional que califica como *colectivos* los derechos de propiedad intelectual de las comunidades indígenas sobre sus conocimientos tradicionales:

Artículo 1. Los pueblos y comunidades indígenas tienen la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos tradicionales asociados a recursos biológicos generados, desarrollados y perpetuados por ellos.

Artículo 2. A los efectos de la presente Ley, se entiende por pueblos y comunidades indígenas a los grupos humanos cuyas condiciones sociales, culturales, y económicas los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional y que están regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones y que, cualquiera sea su situación jurídica, conservan su propia organización social, política, económica y cultural.

Artículo 3. A los efectos de la presente Ley, se entiende por recursos biológicos a los recursos genéticos, los organismos o partes de ellos, las poblaciones, o cualquier otro tipo de componente biótico de los ecosistemas de valor o utilidad real o potencial para la humanidad. Por recurso genético se entiende el material genético de valor real o potencial.

Artículo 4. Se entiende por conocimientos tradicionales, todas las prácticas, tecnologías e innovaciones asociadas a recursos biológicos creadas, desarrolladas y perpetuadas por los pueblos y comunidades indígenas sea que las mismas estén fijadas o no en un soporte. Entre otras, quedan protegidos los conocimientos vinculados con la identificación, caracterización y supervisión de ecosistemas, especies y recursos genéticos; los relativos a la conservación *in situ* de los recursos biológicos, y los inherentes al uso sostenible de la diversidad biológica y sus componentes.

Artículo 5.- Cada pueblo o comunidad indígena tendrá el derecho exclusivo de explotación de sus conocimientos tradicionales, asociados a recursos biológicos de conformidad con las disposiciones de la presente ley y sus reglamentos.

Artículo 6.- Cada pueblo o comunidad indígena podrá dictar una reglamentación interna para regular la utilización de sus conocimientos tradicionales asociados a recursos biológicos.

Artículo 7.- Los *Ministerios del Ambiente y los Recursos Naturales Renovables y de la Producción y el Comercio* levantarán un inventario de los conocimientos tradicionales asociados a recursos de los pueblos y comunidades indígenas. En este inventario, el cual deberá ser actualizado cada cinco (5) años, figurará el conocimiento tradicional, una descripción del mismo, el nombre del pueblo o comunidad indígena que lo desarrolló, el lugar geográfico donde tiene su asiento y la fecha de inscripción.

Artículo 8. El inventario dará fe, salvo prueba en contrario, de la existencia de los conocimientos tradicionales que figuren en el mismo. La omisión de su registro en el inventario no impide a los pueblos o comunidades indígenas el goce o el ejercicio de los derechos reconocidos en la presente Ley, los cuales se adquieren a partir de la creación del conocimiento tradicional.

Artículo 9. Corresponde exclusivamente a cada pueblo o comunidad indígena la facultad de explotar sus conocimientos tradicionales asociados o recursos biológicos en la forma que tenga a bien y de sacar de ellos beneficios. En los casos de expropiación de ese derecho por causa de utilidad pública o de interés general, se aplicarán las normas especiales que rigen la materia.

Artículo 10. Cuando existan conocimientos tradicionales asociados a recursos biológicos desarrollados por uno o más pueblos y comunidades indígenas, los productos derivados o sintetizados de dichos recursos no podrán ser objeto de derechos de propiedad intelectual individual ni comercializados sin la autorización de los pueblos o comunidades involucradas.

Artículo 11. En todo caso y a los efectos de la presente Ley, se presume infringido el derecho del pueblo o comunidad indígena sobre sus conocimientos tradicionales asociados a recursos biológicos, específico, cuando alguna persona utilice íntegra o parcialmente dichos recursos con fines de explotación comercial. El acuerdo de acceso a los recursos biológicos que involucren conocimientos tradicionales de un pueblo o comunidad indígena, cumpliendo con las disposiciones del *Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos de la Comunidad Andina de Naciones*, será nulo si no se encuentra previamente con el consentimiento de dicho pueblo o comunidad.

Artículo 12. Los pueblos y comunidades indígenas tienen en todo caso el derecho a ser mencionados como proveedores de conocimientos asociados a los recursos biológicos, en los productos derivados o sintetizados logrados a partir de estos últimos, y en la promoción de los mismos, indicándose

asimismo el lugar geográfico donde tienen su asiento. Similares menciones deberán hacerse en las solicitudes de las diferentes categorías de derechos de propiedad intelectual.

Artículo 13. Las cesiones y licencias de los conocimientos tradicionales asociados a recursos biológicos deberán ser registradas ante el *Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual del Ministerio de la Producción y Comercio*.

Artículo 14. Los pueblos y comunidades indígenas que tuvieren razón para temer el desconocimiento de sus derechos o que se continúe o se reincida en una violación ya realizada, podrá pedir al Juez que declare su derecho y prohíba a los supuestos infractores su violación, sin perjuicio de la acción por resarcimiento de daños morales y materiales que puedan intentar contra los mismos. El Juez establecerá que las contravenciones serán penalizadas con multa a solicitud de la parte agraviada, la cual no excederá del equivalente a cien unidades tributarias.

Artículo 15. El Juez podrá ordenar inspecciones judiciales y experticias, así como cualquier otro medio de prueba previsto en el Código de Procedimiento Civil. Asimismo, podrá detectar el secuestro de todo lo que constituya violación de los derechos de propiedad intelectual del pueblo o comunidad indígena lesionada. De la misma forma, el Juez podrá ordenar el embargo de los proyectos que correspondan al pueblo o comunidad indígena cuyo derecho se lesionó. Las medidas de secuestro y embargo sólo se decretarán si se acompaña un medio probatorio que constituya presunción grave del derecho que se reclama, o si dicha presunción surge en la práctica de algunas de las pruebas practicadas.

CAPITULO SEXTO

El rol del derecho consuetudinario indígena en la protección de los conocimientos tradicionales y su reconocimiento a nivel internacional *

Se afirma que el ejercicio del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas es esencial para el mantenimiento, preservación y transmisión de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales relevantes para la conservación de la biodiversidad.

El derecho consuetudinario es, en un sentido amplio, aquel derecho no escrito, basado en la costumbre, en oposición al derecho positivo, cuya fuente principal es la ley escrita. Aun cuando la costumbre sigue siendo fuente de derecho en los diversos sistemas jurídicos nacionales, con mayor o menor importancia, ningún país se rige hoy en día por un sistema de derechos basado en la costumbre (o consuetudinario). Sin embargo, el derecho consuetudinario sigue vigente en la vida diaria de diversos pueblos y comunidades indígenas en todo el mundo. Dependiendo de su grado de contacto con la sociedad occidental, algunos de ellos han logrado vivir en ambos sistemas legales sin que exista, en la mayoría de los casos, una clara conexión o articulación entre uno y otro.

El debate sobre el derecho de estos pueblos y comunidades a mantener y utilizar su derecho consuetudinario ha estado presente en la esfera nacional e internacional desde hace varias décadas, con enfoques distintos a lo largo de los años. En el ámbito nacional, existe un relativo desarrollo a nivel de la administración de justicia, en particular en el ámbito penal y de reconocimiento de competencias administrativas y jurisdiccionales dentro de las tierras o territorios comunales.

A nivel internacional, algunos instrumentos en el campo de los derechos humanos reconocen el derecho de los pueblos indígenas a

* Este artículo ha sido escrito por la Doctora Flavia Noejovich

regirse por sus propias normas consuetudinarias. Por otro lado, en los convenios y declaraciones en materia ambiental el tema se ha ido incorporando paulatinamente al debate, en particular, referido al rol que cumple el derecho consuetudinario en la preservación y mantenimiento de los conocimientos, prácticas e innovaciones tradicionales. Este reconocimiento ha sido recogido por el propio proceso del CBD y del Comité Intergubernamental de la OMPI.

Hoy en día, las referencias al derecho consuetudinario están presentes en diversos documentos y decisiones del CBD y de la OMPI, con el objetivo de entender y explorar posibles mecanismos para su incorporación en los sistemas *sui generis* de protección de los conocimientos, prácticas e innovaciones tradicionales. En efecto, las discusiones se centran en cómo incorporar de manera efectiva el derecho consuetudinario en las medidas de protección de dichos conocimientos, tanto a nivel nacional como internacional. Pero, ¿qué es realmente el derecho consuetudinario indígena? ¿Sabemos cuál es el rol que puede desempeñar el derecho internacional en fortalecerlo? o, ¿qué significa en términos prácticos, el respeto y reconocimiento del derecho consuetudinario dentro de los mecanismos legales para la protección de los conocimientos?

En el presente capítulo se analiza el rol del derecho consuetudinario indígena y su vinculación con el derecho internacional sobre protección de los conocimientos, prácticas e innovaciones tradicionales, centrándose en los principales puntos de discusión. Para ello, definiremos brevemente qué se entiende por derecho consuetudinario indígena y analizaremos los principales instrumentos internacionales que hacen referencia al tema y como estos pueden coadyuvar a su fortalecimiento, para finalizar con algunas recomendaciones y reflexiones finales.

1. Definición de “Derecho Consuetudinario”⁶⁷ de los pueblos indígenas

La norma consuetudinaria es aquella costumbre cuya práctica constante y obligatoria dentro de una determinada sociedad, deriva en

⁶⁷ Es importante destacar que diversas comunidades *locales* (no necesariamente indígenas) también mantienen en mayor o menor grado normas consuetudinarias

derechos y obligaciones. El derecho consuetudinario es un sistema legal basado en dichas normas consuetudinarias, en contraposición al derecho positivo, cuya fuente principal es la ley escrita.

En la actualidad la norma o derecho consuetudinario ha perdido protagonismo para dar paso al derecho positivo⁶⁸, a excepción del derecho internacional, donde la costumbre sigue siendo una fuente importante de derecho. Sin embargo, a nivel nacional, existen diversos pueblos y comunidades indígenas⁶⁹ que mantienen vivas sus costumbres y todo o parte de sus sistemas jurídicos ancestrales, que rigen todos los niveles de su vida diaria incluyendo, patrones de uso de la tierra, distribución del trabajo comunal, mecanismos de acceso a los recursos naturales; así como, normas para la transmisión de los CT y mecanismos de resolución de conflictos. Dicho sistema legal tiene, además, la característica de ser no escrito, se enuncia y se trasmite oralmente, de generación en generación. Desde la cosmovisión indígena, el hombre y los distintos elementos de la naturaleza están interrelacionados en un todo armónico. De esta manera, existe una relación de interdependencia entre los recursos naturales, el territorio y el hombre. La vida espiritual, las prácticas culturales y los sistemas de conocimiento e innovación, así como las normas consuetudinarias están imbuidos en dicha cosmovisión. A este sistema de normas enraizadas en la propia cultural de los pueblos se le ha llamado derecho consuetudinario indígena⁷⁰.

y algunos de los temas que aborda este capítulo pueden ser también aplicables a dichas comunidades. Sin embargo, existen diferencias significativas con los pueblos indígenas. Asimismo, dado que no se ha adoptado una definición exacta sobre qué se entiende por “comunidades locales que entrañen estilos de vida tradicional”, sus características pueden variar de manera significativa de acuerdo con cada país. Sin embargo, por fines puramente prácticos, el análisis se centrará en la perspectiva de los pueblos indígenas.

68 “El Derecho Positivo es el conjunto de leyes escritas en ámbito territorial, que abarca toda la creación jurídica del legislador, tanto del pasado como la vigente, recogida en forma de Ley”. <http://es.wikipedia.org/>

69 En este capítulo, “comunidades indígenas y locales”, se refiere a, “comunidades indígenas y locales que entrañan estilos de vida tradicional relevantes para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica”.

70 En adelante se utiliza el concepto de “derecho consuetudinario” para hacer referencia al “derecho consuetudinario indígena”.

Aun cuando el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas ha sido reconocido en diversas constituciones (por ejemplo, en las Constituciones de Venezuela, 1999; Bolivia; 1994; Perú, 1993; Colombia, 1991) no existe una definición precisa de este derecho. El Convenio 169 de la OIT reconoce el derecho de los pueblos indígenas a conservar sus costumbres e instituciones y señala que al aplicar la legislación nacional se deberá tomar en cuenta sus costumbres o derecho consuetudinario pero sin entrar a definir que se entiende por “costumbres” ni cuándo cabe la referencia a “derecho consuetudinario”⁷¹.

Para algunos, sólo es posible el derecho consuetudinario cuando existe un sistema de normas⁷² compuesto por instituciones y un conjunto de leyes no escritas, basados en la costumbre; otros, agregan que se trata de un conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por un grupo, como pueden ser una comunidad, un pueblo o una tribu, entre otros⁷³. También ha sido definido como el conjunto de conceptos, creencias y normas no codificadas, dentro de una comunidad determinada, que define acciones perjudiciales o crímenes, mecanismos para la elección y destitución de autoridades y régimen de sanciones⁷⁴.

71 El artículo 8 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes señala que: “1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbre o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener le derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.

72 “El término “derecho consuetudinario” proviene de una categoría del derecho romano, la “*veterata consuetudo*”. Se refiere a prácticas repetidas inmemorialmente, que a fuerza de la repetición, la colectividad no sólo las acepta sino que las considera obligatorias (*opinio juris necessitatis*). Por la categoría “derecho”, se entiende que no sólo se trata de prácticas aisladas como el término “costumbres”, sino que alude a la existencia de un sistema de normas, autoridades, procedimientos.

73 Aguilar, G. (2005) *En busca de una distribución equitativa de los beneficios de la biodiversidad y el conocimiento indígena*. UICN, San José.

74 Lee Van Cott, D. (2003) *Legal Pluralism and informal community justice administration in Latin America. Prepared for the Conference: Informal Institutions and Latin American Politics*. University of Notre Dame. Notre Dame, Indiana.

Para otros autores, el derecho consuetudinario se asocia muy directamente a la tierra y, en ese sentido, se trata de “derechos tradicionales o consuetudinarios de tierras”, entendidos como el conjunto de reglas jurídicas, no escritas, que constituyen las tradiciones de un pueblo o población y se oponen por su naturaleza al derecho escrito. En el caso de tierras, el derecho consuetudinario regula los derechos sobre la tierra (Naciones Unidas, 1996). La relación con la tierra no es una relación social autónoma, por lo tanto el derecho tradicional o consuetudinario que la administra debe ser interpretado a la luz del conjunto de relaciones sociales y de los significados que a éstas se atribuyen⁷⁵.

Sea cual fuere la definición aceptada, el derecho consuetudinario indígena implica una determinada estructura organizativa, autoridades, mecanismos para la toma de decisiones, derechos colectivos, distribución del uso de la tierra y el trabajo, reglas que gobiernan las relaciones familiares y el acceso a los recursos naturales, mecanismos para la transmisión y utilización del conocimiento, entre otros⁷⁶.

Los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas han permanecido a lo largo del tiempo y, contrario a lo que se cree, no son estáticos y pueden variar significativamente de un pueblo o comunidad a otra. Sin embargo, pese a ello, también comparten aspectos comunes⁷⁷. Durante el último siglo, el derecho consuetudinario indígena ha sufrido transformaciones significativas, enfrentando los cambios provenientes desde el exterior. Desde la época de la independencia, la mayoría de los Estados en América Latina enfocaron el objetivo de sus políticas dirigidas a los pueblos indígenas, en lograr su integración y asimilación a la sociedad nacional y, por ende, la eliminación de sus sistemas jurídicos, idioma y características culturales distintivas⁷⁸. Sin embargo,

75 Levy-Bruhl, H. (1990) *Sociologie du droit*. Paris: PUF

76 Yrigoyen, R. (1999). *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Fundación Myrnamack. Guatemala.

77 Ver documento, UNEP/CBD/WG8J/4/7 (<http://www.biodiv.org>)

78 Oviedo, G. y Noejovich, F. (2005) *Composite Report on the Status and Trends Regarding the Knowledge, Innovations and Practices of Indigenous and Local Communities*. Regional Report: Latin America, Central and the Caribbean”. Information document. [unep/cbd/wg8j/4/inf/](http://www.biodiv.org/doc/meeting). <http://www.biodiv.org/doc/meeting>

el derecho consuetudinario indígena encontró la manera de sobrevivir, con mayor libertad en aquellas zonas más alejadas de la sociedad nacional, donde la presencia del Estado ha sido y sigue siendo mínima⁷⁹.

La coexistencia del derecho nacional con otros sistemas jurídicos se conoce como pluralismo jurídico y su implementación es aún materia de debate en diversos países. En aquellos países que han reconocido a nivel constitucional la naturaleza pluriétnica de la nación y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, este debate se centra en cómo transformar este reconocimiento constitucional en acciones concretas y poner en práctica la idea de Estado pluriétnico y multicultural y los principios del pluralismo jurídico; por ejemplo, identificando los mecanismos necesarios para facilitar, respetar y conectar los sistemas de derecho consuetudinario con el derecho nacional en aquellos espacios de interacción e interferencia. Si bien a nivel teórico puede percibirse algún avance, en la práctica el tratamiento del tema sigue siendo incipiente, encontrándose mayores avances en relación a la administración de justicia y el derecho penal.

A mediados del siglo XX países como Perú y Ecuador, reconocieron algunos aspectos del derecho consuetudinario para resolver asuntos específicos y siempre que no entraran en conflicto con el derecho nacional, básicamente centrados en la resolución de conflictos de tierras entre comunidades⁸⁰.

La naturaleza no escrita del derecho consuetudinario indígena le permite cierta flexibilidad al momento de regular situaciones nuevas. De hecho, diversas comunidades han fusionado normas del derecho positivo con sus sistemas consuetudinarios. Es un error visualizar el derecho consuetudinario de hoy en día como un sistema totalmente aislado y ajeno a la influencia del derecho positivo imperante en la sociedad nacional (a excepción de los grupos indígenas aislados o semi-aislados que aún subsisten en países como Brasil, Colombia, Paraguay, Perú o Venezuela).

79 Lee Van Cott, ob.cit

80 García Hierro, P. (1997) *Guía para leer el Convenio 169*. Manual del Grupo de Trabajo Racimos de Ungurahui. Racimos de Ungurahui, Lima, Perú.

Sin embargo, es precisamente esta naturaleza no escrita y cambiante, sumada a la diversidad de sistemas existentes, lo que hace más difícil definir mecanismos de conexión entre el derecho consuetudinario y el derecho nacional. Sin embargo, existen elementos comunes que permiten explorar vías de conexión. Constituye sin duda un reto, pero que merece la pena ser afrontado, dada la vigencia de estas normas jurídicas en la vida de los pueblos indígenas y comunidades locales, así como por su función vital en la conservación de la naturaleza y en el mantenimiento de los sistemas de CT asociados a los recursos biológicos. Ello ha sido reconocido a nivel internacional, tanto en el CBD como en la OMPI, por mencionar dos de los foros más importantes referidos a la protección (incluido el mantenimiento y la preservación en el tiempo) de los conocimientos tradicionales.

2. Reconocimiento del derecho consuetudinario indígena a nivel internacional

La presencia de los pueblos indígenas en la esfera internacional es relativamente reciente, aun cuando la legislación internacional se ha ocupado del tema desde mediados del siglo XX, a través de un enfoque integracionista y desde la perspectiva de la discriminación en el ámbito laboral, con la aprobación del Convenio 107 de la OIT de 1957 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales.⁸¹

Sin embargo, de manera creciente la tendencia internacional en materia de derechos humanos y medio ambiente, se orienta hacia un mayor reconocimiento de los derechos ancestrales de los pueblos indígenas; entre ellos, el derecho a utilizar de sus propios sistemas legales o normas jurídicas. En efecto, a partir de la década de los 80 el tema dio un salto significativo, principalmente dentro del seno de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las

81 El enfoque del Convenio 107 de la OIT fue superado por el Convenio 169 de 1989. El Convenio No. 107 ya no está abierto para ratificación, pero sigue vigente en 19 países, incluyendo Cuba, El Salvador, Panamá y República Dominicana, mientras que el Convenio 169 sólo ha sido ratificado por 17 países, incluidos: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú.

Minorías, del Consejo Económico y Social (ECOSOC), que encargó la elaboración de un estudio sobre el problema de la discriminación hacia las poblaciones indígenas, finalizado en 1984. En dicho informe, Martínez Cobo, relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, planteó una definición sobre pueblos indígenas que sigue vigente y es utilizada dentro de todo el sistema de Naciones Unidas. En ella, se reconoce al derecho consuetudinario como un elemento fundamental de la identidad de los pueblos indígenas⁸².

“Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de la sociedad que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblos, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales”⁸³.

En 1982 se creó el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas encargado de redactar una propuesta de Declaración de Derechos Indígenas y, más tarde, en 1995, se estableció un Grupo de Trabajo para elaborar un Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el ámbito de la Comisión de Derechos Humanos. Esta elaboración se ha beneficiado de la participación y propuestas de los propios pueblos indígenas. Asimismo, el Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, que tuvo su primera reunión en 2002, constituye un espacio importante para la participación indígena a nivel internacional.

A partir de entonces, y de manera creciente, los pueblos indígenas han ido ganando protagonismo en el ámbito internacional, siendo

82 Davis, M. and McGlade, A. (2006) *International Human Rights Law and the Recognition of Aboriginal Customary Law*. Background Paper No.10. Law Reform Commission of Western Australia.

83 United Nations E/CN.4/Sub.2/1984, Párr.379 en Davis y McGlade, (2005).

reconocido hoy en día como un grupo diferenciado, cuyas características culturales y estrecha relación con su entorno natural reclama un enfoque único al reconocimiento de sus derechos y a la aproximación al problema de pobreza y discriminación que los aqueja. Entre las demandas por la reivindicación de sus derechos se encuentra el reconocimiento de sus sistemas legales como parte de su identidad cultural⁸⁴.

Asimismo, en diversos foros internacionales y documentos⁸⁵ en materia de derechos humanos se reconocen la importancia de las normas consuetudinarias y su vinculación con la identidad cultural de los pueblos indígenas. Por ejemplo, el Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y Administración de Justicia organizado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Madrid, 2003) identificó como una de las causas de discriminación en la administración de justicia, la ausencia de reconocimiento oficial a la jurisdicción y legislación indígena, y recomendó que los sistemas legales nacionales incorporaran el uso de las costumbres, tradiciones, símbolos y leyes consuetudinarias relevantes en los casos en que estén involucrados pueblos indígenas o los individuos de una comunidad; estableciendo procedimientos especiales que involucren a los líderes indígenas y métodos de resolución de conflictos⁸⁶.

Ya entrado el siglo XXI, Erica Irene Daes, ex presidente del grupo de trabajo sobre poblaciones indígenas de las Naciones Unidas, afirmó que la discriminación y el racismo contra los pueblos indígenas siguen vigentes y se manifiestan, entre otros, en la insistencia por parte de la

84 Para una revisión de las Declaraciones Indígenas en diversos foros, ver Internacional Indigenous Forum on Biodiversity, <http://forums.iifb.net>

85 Ver informes de los Relatores Especiales, Martínez Cobo, Erica-Irene Daes y Rodolfo Stavenhagen, en: <http://www.ohchr.org/english/issues/indigenous/documents.htm> También ver, Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en: <http://www.oas.org>.

86 Stavenhagen, R. (2004) *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous peoples*. Addendum conclusions and recommendations of the expert seminar on indigenous peoples and the administration of justice. E/CN.4/2004/80/Add.4 27 January 2004. Human Rights and Indigenous Issues. ECOSOC.

sociedad occidental en desconocer que los pueblos indígenas mantienen sistemas ancestrales y dinámicos de leyes y conocimientos⁸⁷.

Pese a estos avances y la apertura de espacios de participación en los foros internacionales, el único instrumento vinculando en materia de derechos indígenas es el Convenio 169 de la OIT que, sin embargo, aún no ha sido implementado a cabalidad en aquellos países en los que ha sido ratificado. De todos modos, a este Convenio se le reconoce el mérito de haber inspirado a diversos países de América Latina a establecer y reforzar la legislación nacional dirigida a suprimir las formas de discriminación y erosión de la identidad cultural de los pueblos indígenas. Dicho Convenio reconoce una serie de derechos a los pueblos indígenas, incluyendo derechos sobre sus territorios ancestrales, de participación y consulta y a utilizar su propio derecho consuetudinario.

Pero es el borrador de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas el instrumento más significativo hasta la fecha, pues representa las más profundas aspiraciones de los pueblos indígenas⁸⁸. Un componente fundamental de dicha declaración lo constituye la importancia de las costumbres y prácticas tradicionales y el derecho de los pueblos indígenas a mantener sus sistemas jurídicos ancestrales, de acuerdo con las normas internacional sobre derechos humanos⁸⁹.

Aun cuando el borrador sigue pendiente de aprobación, este ha adquirido ya un valor importante y ha influido en las políticas de diversas

87 Daes, E. (1993). *Economic and Social Council. Report of the Special. Rapporteur Erica-Irene Daes. E/CN.4/Sub.2/ Study on the Protection of the Cultural and Intellectual Property of Indigenous Peoples, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities United Nations 1993/28, 28 July 1993.*

88 La propuesta de Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas se encuentra actualmente en proceso de negociación pudiendo variar su texto final. Sin embargo, se puede revisar el proyecto y sucesivos comentarios y propuestas de modificación en <http://www.ohchr.org/english/issues/indigenous/groups/groups-02.htm>.

89 Davis, M. and McGlade, A. (2006) *International Human Rights Law and the Recognition of Aboriginal Customary Law*. Background Paper No.10. Law Reform Commission of Western Australia.

agencias internacionales sobre el tema. De hecho, en los foros de medio ambiente, las organizaciones indígenas han señalado que éste debe ser considerado como estándar para la elaboración de sistemas *sui generis* para la protección de sus conocimientos.

Asimismo, la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos (CIDH) ha desempeñado un rol significativo en la implementación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en la región. La CIDH ha desarrollado una doctrina sobre el derecho de propiedad sobre las tierras de los pueblos indígenas y de los derechos colectivos⁹⁰. En el proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, se pueden encontrar diversos principios que surgen del derecho consuetudinario indígena⁹¹.

Desde la perspectiva cultural, la UNESCO aborda el tema de los derechos indígenas en la Declaración Universal de la UNESCO sobre

90 Orellana, M. (2002) *Pueblos Indígenas, Minería y Derecho Internacional*. Mining, Minerals and Sustainable Development (MMSD). January 2002, No.2a IIED y World Business Council for Sustainable Development. http://www.iied.org/mmsd/mmsd_pdfs/002_orellana_esp.pdf.

91 El Artículo XXI del Proyecto de Declaración de la OEA hace referencia al derecho consuetudinario indígena en los siguientes términos:

1. *El derecho indígena debe ser reconocido como parte del orden jurídico y del marco de desenvolvimiento social y económico de los Estados.*
2. *Los pueblos indígenas tienen el derecho de mantener y reforzar sus sistemas jurídicos para el tratamiento de asuntos internos en sus comunidades, y de aplicarlos según sus propias normas y procedimientos, incluyendo los asuntos relacionados con la resolución de conflictos dentro y entre pueblos indígenas y el mantenimiento de la paz y armonía.*
3. *Los asuntos referidos a personas indígenas o a sus intereses en la jurisdicción de cada Estado, serán conducidos de manera tal de proveer el derecho a los indígenas de plena representación con dignidad e igualdad frente a la ley y, de ser necesario, el uso de intérpretes.*
4. *Los Estados tomarán medidas para reforzar la capacidad jurisdiccional de los pueblos indígenas, establecer su competencia y coordinarla con las restantes jurisdicciones nacionales, cuando corresponda. Asimismo, los Estados tomarán medidas para el conocimiento del derecho y costumbre indígena y su aplicación por la judicatura, así como su enseñanza en las facultades de derecho.*

Ver el texto consolidado del Proyecto de Declaración preparado por la presidencia del grupo de trabajo, OEA/Ser.K/XVI. GT/DADIN/doc.139/03. En: <http://www.oas.org>

la Diversidad Cultural de 2001, elevando “...la diversidad cultural a la categoría de patrimonio común de la humanidad”.⁹² Aún cuando la Declaración no hace mención expresa al reconocimiento del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas como una expresión de la pluralidad cultural y del respeto a su identidad cultural, ésta es de suma importancia pues promueve la tolerancia y el dialogo intercultural, y el respeto a dicha identidad cultural.

En materia ambiental, hace más de 10 años la Agenda 21 incorporó una sección dedicada exclusivamente a las comunidades indígenas y locales y recomendó adoptar “...o reafirmar políticas o instrumentos jurídicos apropiados que protejan la propiedad intelectual y cultural indígena y el derecho de los poblaciones indígenas a preservar sistemas y prácticas consuetudinarios y administrativos”⁹³.

A partir de entonces, en diversos foros sobre medio ambiente, se viene considerando el rol del derecho consuetudinario indígena para el manejo sostenible y la conservación de recursos naturales, tales como la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (Convención Ramsar) y el Congreso Mundial de Parques de la UICN (en sus diferentes reuniones). Sin embargo, hasta la fecha, no se han adoptado normas concretas para fortalecer este derecho a nivel nacional e incorporar sus principios en la legislación ambiental de cada país.

Pero es en relación a su vinculación con la preservación y el mantenimiento del CT que el derecho consuetudinario cobra mayor atención a nivel internacional. En efecto, el derecho consuetudinario indígena ha sido incorporado en las discusiones y foros internacionales referidos a la protección, preservación y mantenimiento de los conocimientos y practicas tradicionales de las comunidades indígenas y local en el seno del CDB, a través de la labor del Grupo de Trabajo *Ad Hoc* de Composición Abierta sobre el Artículo 8(j) y disposiciones

92 Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad Cultural
<http://unesdoc.unesco.org>, pág.18

93 Agenda 21, 26.4.b.

conexas y el Comité Intergubernamental de la OMPI⁹⁴, como una premisa necesaria para preservar los sistemas de conocimiento, innovaciones y prácticas tradicionales.

El CBD no contiene referencias específicas al derecho consuetudinario como mecanismo para la protección y preservación de los CT. En efecto, ni el artículo 8(j) ni el 10(c) establecen una obligación para las Partes Contratantes en el sentido de reconocer derechos sobre los conocimientos tradicionales a los pueblos indígenas ni la utilización del derecho consuetudinario para la protección y preservación de los mismos. El artículo 8(j) es lo que se denomina una disposición *programática*, pues requiere de un desarrollo legislativo a nivel nacional para su implementación⁹⁵. Aún así, sucesivas decisiones de la COP del CBD han establecido pautas para orientar a los países en la implementación de dicho artículo, mediante una aproximación al tema de la protección de los CT, más cercana a las necesidades y la cosmovisión indígena y tomando en cuenta sus propias normas consuetudinarias. De esta manera, en las Decisiones del CBD referidas al artículo 8(j) y disposiciones conexas se hace referencia al derecho consuetudinario⁹⁶. Específicamente, en relación a la elaboración de elementos *sui generis* para la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas, la Decisión VII/16 H, incluye en la lista de posibles elementos, a las leyes

94 Desde hace algunos años, la OMPI cuenta con un foro de discusión para la definición del rol de los sistemas de propiedad intelectual en la protección de los CT y la identificación de mecanismos para la protección de los elementos de propiedad intelectual de dichos conocimientos. Este trabajo tiene su punto de partida en 1998 con una consulta realizada por la OMPI para identificar los puntos de vista de las comunidades indígenas y locales en diferentes países. Los resultados de dicha consulta, fueron plasmados en un informe de la OMPI. Como ya se mencionó y como resultado de este informe (y la presión de algunos países en desarrollo especialmente), en 2001 se creó el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimiento Tradicional y Folclore. Para mayores detalles del informe antes referido, ver <http://www.wipo.int/tk/ffm/report/index.html>

95 Albites, J. (2002) *La Protección de los Conocimientos Tradicionales en los Foros Internacionales*. Informe sobre la situación actual. Estudio preparado para el Ministerio de Ciencia y Tecnología de Venezuela. http://r0.unctad.org/trade_env/test1/meetings/delhi/Countriestext/Venezuela.doc

96 Ver, Decisión V 16, Decisión VI /10 y Decisión VII/16 del Convenio sobre la Diversidad Biológica. En : <http://www.biodiv.org>.

consuetudinarias de las comunidades indígenas y locales⁹⁷.

Asimismo, los documentos preparados por la Secretaria del CBD para la Cuarta Reunión del Grupo de Trabajo *Ad Hoc* contienen muchas referencias al derecho consuetudinario⁹⁸. En dicho grupo de trabajo, se aprobó una recomendación para la COP 8 del CBD (que se realizará en Curitiba en marzo de 2006), para que inste a la Partes Contratantes a reconocer modelos *sui generis* nacionales y locales para la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales con la participación plena y efectiva y el consentimiento informado previo de las comunidades indígenas y locales. De aprobarse esta recomendación en la COP 8, se estará dando un paso importante hacia la implementación de sistema de protección del CT acordes con los intereses y expectativas de las comunidades y pueblos indígenas.

La OMPI reconoce expresamente que los CT son inseparables de los valores culturales, estilos de vida, creencias espirituales y sistemas legales de derecho consuetudinario⁹⁹.

En ese sentido, la propuesta de disposiciones sobre la protección de los conocimientos tradicionales¹⁰⁰ ha tenido en cuenta el rol del derecho consuetudinario indígena. Sin embargo, como bien señala la OMPI, estos elementos de protección no pretenden ser el único mecanismo, sino uno de los componentes de un sistema comprensivo que puede estar conformado por más de un instrumento internacional.¹⁰¹

97 El Anexo de la Decisión VII/16 H señala como posibles elementos de los sistemas *sui generis* "4. Reconocimiento de los elementos de las leyes consuetudinarias pertinentes a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en relación con: i) los derechos consuetudinarios en los conocimientos indígenas/tradicionales/locales; ii) derechos consuetudinarios relativos a los recursos biológicos; y iii) procedimientos consuetudinarios que rigen el acceso y el consentimiento para hacer uso de los conocimientos tradicionales y de los recursos biológicos y genéticos".

98 Ver documento, UNEP/CBD/WG8J/4/7 <http://www.biodiv.org>

99 Information Booklet on Intellectual Property and Traditional Knowledge (WIPO Publication No. 920)) http://www.wipo.int/freepublications/en/tk/920/wipo_pub_920.pdf.

100 Ver Anexo, WIPO/GRTKF/IC/8/5

101 WIPO/GRTKF/IC/8/5.

Recientemente la OMPI ha iniciado un proceso de estudio y consulta sobre el rol de las normas consuetudinarias y protocolos de las comunidades indígenas y locales relativos a sus conocimientos tradicionales y la relación entre estas normas consuetudinarias y protocolos con los sistemas de propiedad intelectual¹⁰².

La OMPI ha contribuido significativamente al debate, aclarando y añadiendo nuevos elementos a la discusión. Sin embargo, la participación indígena en el foro de la OMPI sigue siendo bastante limitada y aunque las propuestas son de naturaleza eminentemente técnica, aún deben reflejar el sentir de los pueblos indígenas quienes han manifestado en diversos foros su preocupación porque sus conocimientos sean protegidos a través de sistemas de propiedad intelectual que no estén basados (o no sean compatibles) en su derecho consuetudinario, así como el excesivo enfoque en la utilización comercial de dichos conocimientos.

Por otro lado, las organizaciones indígenas han sido infatigables en su afán de lograr el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Uno de sus pilares es sin duda el reconocimiento de sus derechos sobre sus tierras y territorios y al autogobierno, que llevan adjunto el reconocimiento a ejercer sus propias normas consuetudinarias dentro de dichos territorios. Estas demandas han sido incorporadas en diversas declaraciones presentadas en foros sobre medio ambiente.¹⁰³

3. El derecho consuetudinario y la protección de los conocimientos tradicionales

La necesidad de incorporar elementos del derecho consuetudinario en la elaboración de los sistemas de protección de los CT obedece a la concepción holística de dichos conocimientos. Los pueblos indígenas han expresado en diversas declaraciones que su conocimiento tradicional colectivo es indivisible de su identidad cultural y de sus leyes,

102 Para más información sobre este proceso ver, http://www.wipo.int/tk/en/consultations/customary_law/index.html.

103 Ver, Declaración de Mataatua y otras en Internacional Indigenous Forum on Biodiversity, <http://forums.iifb.net/>

instituciones, sistemas de valores y cosmovisión.¹⁰⁴ Las normas consuetudinarias que gobiernan los procesos de transmisión, creación y preservación de los conocimientos están enraizadas en la propia cultura indígena y forman parte de su visión integral del mundo. Por lo tanto, una protección efectiva debe apuntar a un enfoque integral de los CT basado en el reconocimiento de un conjunto de derechos, que tomen en cuenta todos los factores involucrados en la transmisión intergeneracional de los mismos.

Los pueblos indígenas han manifestado en más de una ocasión, su voluntad de compartir sus conocimientos y de contribuir con su conocimiento para bien de la humanidad. Pero este “compartir” tiene que realizarse bajo sus términos y sin poner en riesgo su cultura, su entorno natural, ni su identidad¹⁰⁵. Tal como afirma Daes, siempre que la herencia cultural permanezca bajo el control de los pueblos, este puede seguir siendo compartido en el momento apropiado y de forma apropiada. Las normas consuetudinarias permiten, precisamente controlar y definir los mecanismos y circunstancias en las cuales estos conocimientos pueden ser utilizados, compartidos y transmitidos de una generación a otra¹⁰⁶.

Por lo tanto, reconocer su derecho consuetudinario resulta indispensable para que los pueblos indígenas puedan mantener el control sobre dichos CT; implica además, reconocerles el derecho –indiscutible– a decir “no”, a decidir libremente cuando, quien y para qué fines sus CT pueden ser utilizados; a excluir de cualquier intercambio o divulgación aquellos conocimientos considerados sagrados o cuando esta pudiera poner en riesgo valores esenciales de su cultura

Existe una aceptación general que cualquier sistema nacional o internacional para la protección de los conocimientos, innovaciones y

104 Ver declaración conjunta del Indigenous World Association y el Indigenous Media Network presentada en la Sesión XXIII del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, 2005.

105 Ver declaración conjunta del Indigenous World Association y el Indigenous Media Network presentada en la Sesión XXIII del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, 2005.

106 Daes, ob.cit

prácticas de las comunidades indígenas y locales debe obedecer a las necesidades e intereses de dichas comunidades, así como respetar y contribuir a fortalecer los sistemas de CT e incorporar los principios y procedimientos de su propio derecho consuetudinario. De hecho, si hoy se está debatiendo sobre la existencia de CT y su contribución actual y futura a la humanidad, es gracias a que los pueblos indígenas han logrado mantener los sistemas jurídicos e instituciones que los sostienen y protegen.

Sobre lo que aún no hay consenso es, ¿qué función exactamente pueden tener dichas normas en los regimenes para la protección del CT, las normas de acceso a recursos genéticos y los sistemas de propiedad intelectual? ¿ Es posible, como reclaman los pueblos indígenas, que las normas consuetudinarias que regulan el acceso y transmisión de los conocimientos puedan ser consideradas un sistema *sui generis* en sí mismas o, por el contrario, es más realista entender el rol del derecho consuetudinario como una pieza, fundamental sin duda, de un sistema formado por un conjunto de instrumentos de diferente naturaleza, ámbitos de aplicación y finalidad ?

Cuadro No. 21 El derecho formal v. el derecho consuetudinario

DERECHO FORMAL	Relación en cuanto a:	DERECHO CONSUE-TUDINARIO
	Jerarquía: por lo general reconocimiento del derecho consuetudinario pero prevalencia del derecho formal (en casos que exceden el ámbito comunal / indígena)	
	Jurisdicción: prevalencia del derecho formal que refleja el <i>ius imperium</i> del Estado	
	Relaciones entre actores: por lo general (a veces) respeto por las costumbres y reglas del derecho consuetudinario pero imposición de estructuras del derecho formal (contratos, títulos de propiedad, etc.)	
	Distribución de beneficios: al interior de los grupos indígenas a través de las reglas consuetudinarias – con actores externos, en función a figuras e instituciones del derecho formal.	

Fuente: Manuel Ruiz, 2006

Algunos opinan que si bien las normas consuetudinarias pueden ser efectivas para regular el uso y transmisión de los conocimientos entre los miembros de un mismo pueblo o comunidad, cuando se trata de proteger dichos conocimientos frente a terceros y extraterritorialmente su eficacia no resulta tan evidente. Para otros, resulta difícil imaginar cómo podrían integrarse las normas del derecho consuetudinario en un sistema internacional, por ejemplo, dentro del marco de la propiedad intelectual, toda vez que la naturaleza y el fin de los derechos de propiedad intelectual son opuestos al fin que persiguen las normas consuetudinarias.

Aun cuando existen muchas interrogantes y pocos estudios al respecto, es posible visualizar algunas luces. Lo primero y más importante será reconocer la existencia del derecho consuetudinario. Luego, habrá que definir las medidas necesarias para fortalecerlo y protegerlo de las amenazas externas; por ejemplo, a través de programas educativos inadecuados, políticas y leyes discriminatorias, pobreza, sobre explotación de recursos, procesos migratorios, presión del mercado, políticas de desarrollo rural inadecuadas, entre otras¹⁰⁷.

Asimismo, será necesario incorporar los principios del derecho consuetudinario en los instrumentos legales y de política relevantes. En efecto, un sistema eficaz de protección de los CT no sólo deberá reconocer la aplicación del derecho consuetudinario al interior de los territorios o tierras de las comunidades; sino que, además, el derecho consuetudinario deberá ser reconocido por los tribunales que sean competentes para resolver disputas entre comunidades o pueblos indígenas y terceros en relación a la utilización de los CT. Los jueces deberán estar capacitados, por ejemplo, para determinar si el consentimiento informado previo fue otorgado válidamente según las normas consuetudinarias e interpretar las cláusulas de los acuerdos o protocolos tomando en cuenta los principios del derecho consuetudinario.

Sin embargo, aún existen reparos en reconocer e implementar los sistemas jurídicos de las comunidades o pueblos indígenas. En un informe elaborado por Preafán, se afirma que durante la consulta

107 Oviedo y Noejovich, ob. cit

realizada por el Banco Mundial en 2002, como parte del proceso de revisión de su Directiva Operacional 4.20 sobre Pueblos Indígenas, se encontró que sólo una tercera parte de los Estados consultados estaban dispuestos a reconocer el derecho consuetudinario¹⁰⁸. Por su parte, según Aguilar, la relación entre derecho consuetudinario indígena y legislación nacional presenta tres grandes problemas: dos sistemas normativos distintos y en ocasiones opuestos entre sí; el desconocimiento del derecho consuetudinario indígena por parte de las autoridades y legisladores, que muchas veces deriva en un enfoque discriminatorio hacia el mismo; y la creencia de que el reconocimiento del derecho consuetudinario conlleva una disminución del poder del Estado¹⁰⁹.

Luego de logrado su efectivo reconocimiento a nivel nacional, el siguiente paso será identificar en que áreas o a qué tipo de relaciones jurídicas se aplicará el derecho consuetudinario fuera del ámbito del territorio comunal, definiendo los límites y espacios de interacción entre ambos sistemas jurídicos (ver Cuadro No. 21).

La mayor parte de la discusión actual sobre este tema se enfocan en los CT relacionados a los recursos genéticos y en cómo –y si- los sistemas de propiedad intelectual imperantes pueden adaptarse para proteger los CT garantizando el consentimiento fundamentado previo de las comunidades y la participación justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización. Sin embargo, la necesidad de contar con medidas dirigidas a proteger y preservar el conocimiento va más allá del ámbito de las normas de propiedad intelectual.

En efecto, poco se ha investigado sobre cómo –y qué- se debe hacer para fortalecer el derecho consuetudinario para la preservación y el mantenimiento de los conocimientos,¹¹⁰ así como su articulación con las normas de acceso a recursos genéticos¹¹¹.

108 Preafán, C. (2004) *Análisis de usos culturales de la tierra. El concepto de uso cultural de la tierra*. Borrador Preliminar. CLAN. BID-EPFL. <http://www.mdb-egp.net/sds/doc/IND-CPerafanCLAN1.pdf>

109 Aguilar, ob.cit

110 Como punto de partida para un análisis de amenazas a los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y locales ver el “Composite Report on the Status and Trends Regarding the Knowledge, Innovations and Practices of

Entre los mecanismos para proteger los CT que se sugiere pueden incorporar elementos del derecho consuetudinario, podemos mencionar: obligaciones contractuales de respetar y cumplir normas consuetudinarias; regímenes de acceso y CT que incorporan obligaciones de consulta y consentimiento fundamentado previo condicionado al respecto al derecho consuetudinario; restringir el uso de CT cuando este sea contrario al derecho consuetudinario y bases de datos de CT que restringen el acceso a los conocimientos sagrado¹¹². Las organizaciones indígenas han manifestado en diversas declaraciones que sus normas consuetudinarias y sus valores culturales deberán guiar la creación de bases de datos y cualquier sistema *sui generis* para proteger sus CT¹¹³. Incorporar el derecho consuetudinario en la protección de los CT requerirá, además, reconocer una serie de derechos que encuentran su base legal en el propio derecho consuetudinario, tales como derechos sobre las tierras o territorios tradicionales, recursos naturales, autonomía, autoridades ancestrales y mecanismos tradicionales para la toma de decisiones y resolución de conflictos, el carácter colectivo de estos derechos, entre otros. Algunas de estos principios del derecho consuetudinario son, sin embargo, temas controvertidos en diversos países.

Del debate actual sobre el tema, podemos identificar tres ámbitos de aplicación del derecho consuetudinario en relación a los conocimientos relevantes para la conservación de la biodiversidad:

Indigenous and Local Communities. Regional Report: Latin America, Central and the Caribbean". unep/cbd/wg8j/4/inf/.

- 111 Tobin, B. (2004) *Customary Law as the Basis for Prior Informed Consent of Local and Indigenous Communities*. Paper presented at the International Expert Workshop on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing III. Specific Issues for consideration in the elaboration of the IR: Indigenous Peoples-Community-level PIC for Accessing Traditional Knowledge and Genetic Resources. Cuernavaca, México, octubre 24-27.
- 112 Taubman, A. (2004) *Saving the Village: Conserving Jurisprudential Diversity in the International Protection of Traditional Knowledge*.
- 113 Ver declaración conjunta del Indigenous World Association y el Indigenous Media Network presentada en la Sesión XXIII del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, 2005.

1. A nivel local, entre los miembros de la comunidad o pueblo indígena, para regular el uso, acceso, transmisión y desarrollo de los CT. En este caso, será necesario reconocer formalmente la existencia y ejercicio del derecho consuetudinario y adoptar políticas, legislación y medidas orientadas a fortalecerlo y preservarlo.
2. A nivel nacional, en las normas y mecanismos para regular el acceso al CT, a los recursos biológicos y genéticos dentro de las tierras o territorio de la comunidad o pueblo indígena y en las normas de propiedad intelectual relevantes, desde que se presenta la solicitud para la utilización o acceso al recursos genético o biológico, hasta el momento que el CT o recursos asociados salen del país en cuestión. Por ejemplo, los principios y procedimientos basados en el derecho consuetudinario puede incorporarse en contratos de acceso, protocolos de investigación, en los procedimientos administrativos para otorgar licencias o autorizaciones de acceso a recursos biológicos o genéticos, con fines de investigación o comercial; por ejemplo, dando evidencia de consentimiento informado previo y de una participación justa y equitativa en los beneficios. 'por ejemplo, definiendo el concepto de equidad y la naturaleza de los beneficios (monetarios o no monetarios) y los mecanismos que las comunidades o pueblos decidan para distribuir los beneficios entre sus miembros o entre un grupo de comunidades, así como cuestiones de representatividad basada en los propios mecanismos de la comunidad para la elección y reconocimiento de autoridades, y la toma de decisiones. Será necesario desarrollar mecanismos específicos para conectar ambos sistemas jurídicos, capacitando a jueces y funcionarios en la interpretación de las normas desde un enfoque plural del derecho.
3. A nivel internacional, normas para regular el uso transfronterizo (fuera de los límites territoriales de la comunidad y del país), asegurando que éste sea utilizado con el consentimiento fundamentado previo y con una participación justa y equitativa de los beneficios, para los fines y según las condiciones acordadas por la comunidades o comunidades con el usuario del conocimiento. Aquí será necesario dotar a las normas consuetudinarias de fuerza legal más allá del ámbito local y nacional. Este tema será tratado en la siguiente sección.

El reconocimiento del derecho de autonomía para la aplicación de las normas consuetudinarias dentro de los territorios tradicionales de los pueblos indígenas resulta esencial para mantener vivo este sistema jurídico¹¹⁴. En aquellos países en donde se reconoce cierto nivel de autonomía a las comunidades o pueblos, se puede identificar algunos avances para la protección de los CT a nivel local. En algunos casos, las propuestas implican una transformación del derecho consuetudinario indígena, para adaptarlo a situaciones y amenazas actuales que escapan al ámbito local. En ese sentido, el derecho consuetudinario ha adoptado la forma escrita para la elaboración de protocolos, que reconocen como su base legal tanto el derecho consuetudinario indígena, como el marco legal nacional e internacional.

Algunas experiencias en la práctica, fruto del trabajo conjunto entre ONGs, pueblos indígenas y organizaciones indígenas, intentan demostrar la eficacia de estos sistemas legales y su capacidad de adaptarse a situaciones nuevas y de articulación con el derecho nacional e internacional¹¹⁵.

En Colombia por ejemplo, se reconoce la jurisdicción indígena dentro de sus territorios y la aplicación del derecho consuetudinario. Ello ha proporcionado a las comunidades de ese país de una importante base legal para la elaboración de protocolos para el acceso a las tierras, recursos y conocimiento tradicional por terceros. Por otro lado, en los Andes peruanos, se viene desarrollando un proyecto para diseñar modelos de acceso y distribución de beneficios basados en el derecho consuetudinario de las comunidades Quechua del “Parque de la Papa”¹¹⁶

114 Roldan, R. (2004) *Models for Recognizing Indigenous Lands Rights in Latin America*. Biodiversity Series, Paper 99. The World Bank Environmental Department, Washington D.C.

115 Para conocer algunas experiencias prácticas en este sentido, se sugiere revisar: *Protecting Community Rights over Traditional Knowledge: Implications of Customary Laws and Practices*. A Participatory Action – Research Project: IIED, Andes Perú, Fundación Dobbo Yala (Panamá), University of Panama, Ecoserve (India), Centre for Indigenous Farming Systems (India), Herbal and Folklore Research Centre (India), Centre for Chinese Agricultural Policy (China), Southern Environmental and Agricultural Policy Research Centre (Kenya), Forestry Policy Institute. File with Case Studies , 2006.

116 Para más información sobre esta iniciativa ver, <http://www.andes.org.pe>

Los resultados y productos de estas y otras experiencias pueden dar luces para identificar que cambios o nuevas normas de carácter nacional e internacional son necesarias para completar dicho sistema y cuales son los mecanismos de articulación necesarios entre los distintos elementos y niveles.

Evidentemente, los límites entre los distintos niveles mencionados no se pueden entender en términos absolutos, pues siempre habrá espacios de conexión o interferencia entre uno y otro. Para que pueda funcionar de manera armónica se debe conjugar los principios que los gobiernan y establecer los mecanismos necesarios para conectar y, de ser el caso, resolver conflictos entre estos. Pero para ello, se deberán superar algunas limitaciones. En efecto, uno de los principales problemas para diseñar un sistema *sui generis* que combine una serie de mecanismos e instrumentos jurídicos y de política de distinta naturaleza, es la falta de encuentro entre dos visiones aparentemente opuestas del mundo y que se hace evidente en los distintos enfoques desde los que se aborda la definición de normas para la protección de los CT.

Por un lado, los pueblos indígenas reclaman su derecho a preservar sus conocimientos como parte esencial de su cultura, e identidad como pueblos, que no pueden ser tratados como simples mercancías, cuyo valor dependerá del valor que les de el mercado¹¹⁷. Para ellos, más importante que la compensación económica es evitar a toda costa que su uso atente contra el carácter sagrado de dichos CT. Por otro lado, desde la perspectiva no indígena, la necesidad de proteger los CT a través de un sistema de protección se justifica en cuanto estos son susceptibles de apropiación por terceros debido a su potencial o actual valor económico y no por su valor intrínseco.

Por lo tanto, el enfoque no está tanto en desarrollar mecanismos para incentivar su uso comercial a través de sistemas de propiedad intelectual, sino en la preservación de la dignidad cultural y espiritual de

117 Ver declaración conjunta del *Indigenous World Association* y el *Indigenous Media Network* presentada en la Sesión XXIII del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, 2005.

dichos pueblos¹¹⁸. Esta dicotomía se materializa en el desarrollo paralelo, aunque desigual, de propuestas de protección *sui generis* a nivel internacional. Por otro lado, pareciera que el debate deja en segundo plano el valor de los conocimientos para la conservación, aunque es precisamente desde la perspectiva de la conservación, donde existen mayores coincidencias con los fundamentos del derecho consuetudinario que permiten plantear la idea de un sistema o marco de protección integral de los conocimientos, que sea culturalmente sensible y al mismo tiempo contribuya a los fines de conservación de la biodiversidad.

4. El derecho consuetudinario en el derecho internacional referido a la protección de los conocimientos tradicionales

Diversas comunidades indígenas y locales están preocupadas por el creciente interés a nivel internacional de sus CT y la amenaza de ser absorbidos completamente por las reglas del mercado. Se afirma que la definición de sistemas *sui generis* de protección del CT, si han de ser efectivos, deben dar preponderancia al enfoque de los pueblos indígenas para proteger, acceder y preservar su CT basado en su propio sistema de normas. En algunos casos estos sistemas pueden estar siendo amenazados y ello requerirá mecanismos para reforzarlos. Pero, ¿cuál puede ser el rol del derecho internacional en fortalecer las normas consuetudinarias relativas a la preservación y protección de los CT? Y, ¿de qué manera se puede incorporar los principios de derecho consuetudinario indígena en un sistema internacional de protección del CT?

Por lo general, el CT ha sido y es protegido por las normas e instituciones basadas en el derecho consuetudinario indígena. Sin embargo, las amenazas fruto de políticas de desarrollo y de las leyes de mercado y en el contexto de la globalización de mercados y tecnología e información, plantean situaciones que el derecho consuetudinario no está preparado para resolver dada su naturaleza eminentemente local.

118 Gervais, DJ. (2003) *Spiritual but not Intellectual? The Protection of Sacred Intangible Traditional Knowledge*. *Cardozo Journal of International and Comparative Law (JICL)*, vol. 11, p. 467-495. Summer 2003. Yeshiva University. <http://aix1.uottawa.ca/~dgervais/publications/>.

Actualmente, se están examinando alternativas a nivel internacional para proteger los CT desde distintos enfoques: 1) en el Comité Intergubernamental de la OMPI, desde la perspectiva de la propiedad intelectual, 2) en el Grupo de Trabajo *Ad Hoc* de Composición Abierta sobre el Artículo 8(j) y disposiciones conexas del CBD mediante mecanismos distintos a los sistemas de propiedad intelectual, 3) en el marco de la negociación de un régimen internacional de acceso a los recursos genéticos del CBD.¹¹⁹ Tanto la OMPI como el Grupo de Trabajo han identificado la necesidad de explorar el rol del derecho consuetudinario en la definición de un sistema de protección *sui generis*.

Sin duda, la OMPI es la organización que más ha avanzado en el desarrollo de propuestas para la protección de los CT, habiendo elaborado un proyecto revisado de disposiciones sobre la protección de los conocimientos tradicionales: objetivos políticos y principios fundamentales¹²⁰. La necesidad que los sistemas de propiedad intelectual respeten el derecho consuetudinario de las comunidades y pueblos indígenas está reconocido en dicha propuesta de protección de los CT. Lo que aun sigue en discusión es cómo articular las normas consuetudinarias con los sistemas de propiedad intelectual.¹²¹

Algunos expertos sugieren que el derecho consuetudinario indígena puede cumplir un rol dentro del marco de los sistemas de propiedad intelectual, previniendo que los CT sean apropiados a través de derechos de propiedad intelectual; para dar evidencia del PIC y para la definición de la naturaleza y el funcionamiento de registros de CT. En principio, se considera que las normas consuetudinarias no son opuestas a las normas de propiedad intelectual. Por ejemplo, este derecho puede incorporarse en los procedimientos técnicos regulados por las leyes de propiedad

119 También se viene discutiendo el tema, aunque de manera más bien marginal, dentro del ADPIC, así como en el marco de TI FAO. Sin embargo, no se analiza en detalle el debate en dichos foros, pues no existen avances significativos relacionados al derecho consuetudinario en la implementación de estos acuerdos.

120 Ver documento, WIPO/GRTKF/IC/8/5.

121 Ver, http://www.wipo.int/tk/en/consultations/customary_law/index.html sobre el proceso de consulta sobre derecho consuetudinario y sistemas de propiedad intelectual.

intelectual, para determinar la propiedad del CT y en los procedimientos de revisión o apelación relativos de derechos de propiedad intelectual. Asimismo, la revisión del concepto de dominio público, se sugiere, debe hacerse a la luz de los principios del derecho consuetudinario que justifican –y dan fundamento– precisamente a dicha revisión.

El Grupo de Trabajo *Ad Hoc*, en cambio, no ha avanzado sustancialmente en lo que se refiere al desarrollo de un régimen *sui generis* de protección de los conocimientos, aunque los documentos presentados por la Secretaria de CDB durante la Cuarta Reunión del Grupo de Trabajo *Ad Hoc* evidencian un interesante avance en la reflexión sobre cómo integrar el derecho consuetudinario dentro de un sistema *sui generis*.

En el documento de la Secretaria del CBD se sugiere que dicho sistema podría estar basado en principios del derecho consuetudinario que respondan a las especiales necesidades y circunstancias de las comunidades y, agrega, debería constituir la espina dorsal de cualquier sistema *sui generis* para la protección de los CT¹²². Más aún, dicho documento enfatiza que:

“Es importante que los sistemas sui generis no sólo reconozcan la importancia de las leyes consuetudinaria sino que también incorporen sus principios y los apliquen como parte del sistema. La importancia del derecho consuetudinario es especialmente crucial para la atribución de derechos y beneficios dentro de la comunidad. Todas las medidas relacionadas con la protección y la distribución equitativa de los beneficios de los conocimientos tradicionales, tanto en el nivel nacional como en el nivel internacional, deberían reconocer la importancia de las costumbres y tradiciones de las comunidades, que incluyen el permiso para que las personas utilicen elementos de los conocimientos tradicionales, dentro o fuera de la comunidad en cuestión, así como cuestiones relacionadas con la propiedad, derecho a beneficios, etc...”¹²³

122 Ver documento, UNEP/CBD/WG8J/4/7.

123 Ver documento, UNEP/CBD/WG8J/4/7, Párr.18.

Los principios del derecho consuetudinario pueden ser utilizados como base del sistema *sui generis* para desarrollar medidas positivas y defensivas y para fortalecer los sistemas de gobernanza, prácticas consuetudinarias de manejo de recursos y valores culturales¹²⁴. Estos principios deberán guiar el desarrollo de los sistemas *sui generis* en los distintos foros que abordan el tema de la protección de los conocimientos, tales como los Grupos de Trabajo *Ad Hoc* de Composición Abierta sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios y del Artículo 8(j), la OMPI, la FAO y la OMC.

Sin embargo, es en la preservación y fortalecimiento de los sistemas de conocimiento e innovaciones que el derecho consuetudinario indígena tiene su función más relevante. Por ello, algunos expertos sugieren variar en enfoque en la protección hacia el del fortalecimiento de los sistemas tradicionales de conocimiento e innovaciones¹²⁵. Uno de los principales retos que deben ser afrontados en la definición de un régimen internacional es asegurar que este guarde consistencia y sea complementario del derecho consuetudinario de las comunidades indígenas y locales. Las mayores dificultades se encuentran al tratar de aplicar los principios del derecho consuetudinario fuera del ámbito del territorio o tierras de las comunidades. En estos casos, será necesario identificar mecanismos para conectar el derecho consuetudinario, con el derecho nacional e internacional.

Por ejemplo, los protocolos elaborados por las comunidades pueden ser reconocidos como la base para determinar las condiciones de acceso a los CT y a las tierras de las comunidades. Sin embargo, a fin que el sistema *sui generis* se base en los principios del derecho consuetudinario, este debe permanecer fuerte y seguir siendo utilizado por los propios pueblos y comunidades¹²⁶.

En la última reunión del Grupo de Trabajo *Ad Hoc*, los representantes del Foro Indígena insistieron en la necesidad que se reconozcan sus sistemas locales, como sistemas de protección *sui generis* y en base a

124 Ver documento, UNEP/CBD/WG8J/4/7.

125 Tobin, ob.cit

126 Ver documento, UNEP/CBD/WG8J/4/7.

ellos desarrollar las normas complementarias. El argumento se basa en que, si existe un sistema de protección en funcionamiento, que es conocido y aceptado por los propios indígenas, resulta coherente utilizar este sistema como base y reforzarlo para que a partir de allí se defina el sistema en su conjunto

No se trata de transformar el derecho consuetudinario para convertirlo en un sistema nacional o internacional para la protección de los conocimientos, pues no sólo desnaturalizaría su carácter local, sino que sería impracticable dada la diversidad de manifestaciones del derecho consuetudinario. La idea es ampliar el alcance de la protección legal de los conocimientos más allá de su forma actual¹²⁷ y definir un sistema internacional lo suficientemente flexible para reflejar los principios y valores de todos los derechos consuetudinarios existentes, pero a la vez suficientemente preciso como para otorgar certeza legal a los poseedores y usuarios del CT¹²⁸. Algunos son de la opinión que los procesos internacionales deben enfocarse más en definir principios generales y mecanismos operativos y de articulación de normas entre sistemas legales divergentes e identificar qué principios del derecho consuetudinario pueden tener aplicación extraterritorial.

Por ejemplo, se ha señalado que la importancia de buscar mecanismos para ampliar el ámbito de aplicación de los protocolos elaborados por las propias comunidades para el acceso a sus tierras, recursos y conocimientos, como una forma de proteger sus derechos. Sin embargo, algunos aspectos requieren ser analizados para asegurar su operatividad¹²⁹. Sin duda, un tema por definir será su utilización en la resolución de conflictos surgidos a raíz del incumplimiento de las normas o los protocolos, o en la interpretación de los mismos. Será necesario contar con tribunales o instancias especializadas en la resolución de este tipo de conflictos, que tenga la capacidad de hacer un análisis integral y coherente de los distintos sistemas legales involucrados. Asimismo, las normas consuetudinarias adoptadas deberán ser reconocidas en otros países a fin de garantizar su efectividad.

127 Ver documento, UNEP/CBD/WG8J/4/7.

128 Tobin, ob.cit

129 Taubman, ob.cit

Un elemento adicional a tener en cuenta es que la forma en que se otorga reconocimiento a los principios del derecho consuetudinario relevantes para la conservación y uso sostenible de la biodiversidad puede variar según los distintos marcos legales nacionales¹³⁰ y de allí la necesidad de contar con un sistema internacional comprensivo y articulado.

El actual debate respecto a un régimen internacional sobre acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios resulta relevante para las comunidades y pueblos indígenas en tanto éste abarcaría los CT asociados a dichos recursos. Resulta indispensable considerar dentro de este debate, al derecho consuetudinario desde una perspectiva teórica y práctica. Entender los principios del derecho consuetudinario relacionados a la conservación, manejo y uso de los recursos biológicos permitirá una aproximación realista al acceso a los recursos genéticos en tierras o territorios ocupados o utilizados por comunidades indígenas y locales, aun cuando dicho acceso no implique necesariamente la intención de acceder al CT. Un correcto análisis del derecho consuetudinario nos permitirá entender que el CT no puede ser separado del recurso biológico al que se asocia y viceversa.

Los acuerdos para la distribución de beneficios entre el titular del derecho de acceso y la comunidad o comunidades en cuestión, es una de las áreas de conexión entre el derecho consuetudinario y el derecho positivo. Dado el carácter transfronterizo del tráfico de recursos genéticos, sus derivados y CT asociado, el derecho internacional cumple un rol fundamental para definir las reglas internacionales que regularan dicho mercado.

Algunos avances a nivel de marco regional pueden servir de inspiración en la construcción de instrumentos internacionales para la protección de los CT. El Grupo de Trabajo de Expertos Indígenas sobre Conocimientos Tradicionales de la Comunidad Andina de Naciones preparó una propuesta de elementos para la protección *sui generis* de los CT desde la perspectiva indígena. Esta propuesta toma como base

130 Ver documento, UNEP/CBD/WG8J/4/7

el derecho consuetudinario y las prácticas culturales de los pueblos indígenas de los países pertenecientes a la CAN.¹³¹

Aun cuando hacen falta mayores investigaciones sobre la vinculación entre el derecho consuetudinario el derecho nacional e internacional, de manera preliminar, se puede identificar una serie de funciones que puede cumplir el derecho internacional: incorporar en un sistema *sui generis* los principios fundamentales del derecho consuetudinario para la protección de los conocimientos tales como los derechos colectivos sobre los conocimientos, derechos sobre las tierras o territorios tradicionales, control para el manejo de recursos, mecanismos tradicionales para la toma de decisiones, régimen de sanciones, entre otros; reconocer las normas consuetudinarias incorporadas en contratos para acceso al CT en jurisdicciones de otros países y definir los mecanismos de articulación entre los derechos consuetudinario, nacional e internacional.

5. Algunos temas a considerar

Se puede constatar que existe un amplio reconocimiento a la contribución del derecho consuetudinario en el mantenimiento y preservación de los conocimientos relevantes para la conservación de la biodiversidad. Pese a ello, este reconocimiento no se ha traducido en acciones concretas ni existe un correlato a nivel de desarrollo de instrumentos prácticos e implementación.

La idea de incorporar de principios del derecho consuetudinario parece girar en torno a la protección de estos a través de sistemas de propiedad intelectual. Aun cuando es positivo que estos sistemas se adecuen a las características y naturaleza propia de los conocimientos, no es en este ámbito donde el derecho consuetudinario puede tener su rol principal.

131 Para ver el texto de la propuesta de Elementos para la protección *sui generis* de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena, del Grupo de Trabajo de Expertos Indígenas sobre Conocimiento Tradicional de la CAN ver Comunidad Andina, documentos informativos. www.comunidadandina.org

Sin embargo, la iniciativa de la OMPI puede resultar útil, si se enmarca dentro de un régimen integral de protección, preservación y mantenimiento de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales. El punto de partida para dicho régimen integral, debe ser el derecho consuetudinario. Desde los principios que lo informan se podrá definir un sistema *sui generis* a tres niveles, internacional, nacional y local, estando el nivel local constituido por el derecho consuetudinario de cada comunidad o pueblo indígena.

Pero para que un sistema *sui generis* basado en los principios del derecho consuetudinario pueda materializarse, se debe contar con ciertas condiciones mínimas. La confianza, la construcción de un diálogo intercultural, de mutuo respeto, y el compromiso para avanzar en la búsqueda de soluciones construyen un punto de partida.

Un primer paso será reconocer el derecho consuetudinario de las comunidades y pueblos indígenas a nivel nacional y establecer las medidas que sean necesarias, tanto a nivel nacional como internacional, para fortalecer y facilitar la aplicación de las normas consuetudinarias en la protección y preservación de los conocimientos tradicionales, extendiendo su ámbito más allá de la jurisdicción nacional, cuando sea pertinente.

A fin de avanzar en el debate, sería útil desarrollar mayores estudios y, paralelamente, crear un grupo técnico, con la participación de representantes indígenas y expertos en estos temas, que puedan elaborar propuestas realistas y prácticas.

Estos mecanismos deberán partir de un punto de encuentro entre la visión indígena y la visión occidental del mundo. Es necesario además, buscar un equilibrio y conjugar los distintos valores que tiene el conocimiento, dando prioridad al valor cultural, espiritual y de conservación y por sobre el potencial valor económico. Sólo así se podrá abordar la protección de los conocimientos desde un enfoque integral y a partir de los principios del derecho consuetudinario.

El diálogo, deberá dedicar buena parte a escuchar, aprender y comprender el funcionamiento del derecho consuetudinario de las comunidades o pueblos indígenas. Dentro de la concepción lineal del tiempo de las sociedades occidentales, la paciencia constituye todo un reto.

CAPITULO SEPTIMO

Propuestas para la protección de los conocimientos tradicionales y perspectivas para el futuro

1. Consideraciones iniciales: ¿privatizar o no privatizar?

Las tendencias y los esfuerzos para proteger los CT se dan en un contexto muy particular. Por un lado, se reconoce que históricamente ha habido una situación asimétrica entre la protección jurídica concedida a ciertas formas de las manifestaciones intelectuales a través de patentes, derecho de autor y otros instrumentos y la indiferencia, más inconsciente que deliberada, mostrada hacia la protección de otras manifestaciones de la creatividad e innovación humana, a saber, la de los pueblos y comunidades indígenas en general.

Esta situación se presenta en un contexto paradójico, donde frente a la consolidación y el fortalecimiento de los sistemas de propiedad intelectual, hay también una tendencia y corriente académica y política que propugna que es necesario enfrentar y frenar estos procesos de privatización del conocimiento (“enclosure movement” o “encerramiento”) en la medida que atentan seriamente contra la creatividad artística, la investigación e innovación tecnológica y el continuo desarrollo intelectual en sus diferentes dimensiones¹³².

Dentro de este panorama, ¿ dónde se inserta la tendencia que podría llamarse “proteccionista” del CT ? Puede argumentarse que los CT son una manifestación intelectual que nunca ha tenido un grado de

132 Sobre el proceso histórico y contenidos del “enclosure movement” se recomienda revisar el artículo de James Boyle *“The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain”* disponible en <http://www.duke.law.edu/journals/66LCPBoyle>

protección legal y que por ello, es necesario establecer mecanismos de protección, más allá que estos impliquen en una primera etapa, una forma de privatización de los conocimientos¹³³.

Una segunda posición, bastante más escéptica, tiende a plantearse en términos que resulta muy difícil, casi imposible, proteger los CT por diversas razones, incluyendo la dificultad de identificar una titularidad específica, el hecho que muchos CT se encuentran en el dominio público, la suposición que mucho CT importante ya ha sido documentado y diseminado, entre otros (ver punto 7.2 abajo).

Finalmente, una tercera posición, reconoce estas dificultades y los peligros y riesgos de un proceso de privatización (“enclosure”), pero plantea algunas alternativas de protección dentro de este complejo panorama, recurriendo a una serie de instrumentos existentes y cierto grado de creatividad para idear instrumentos jurídicos *ad hoc* o *sui generis* para este tipo de conocimientos y que no implican necesariamente paradigmas de “enclosure”.

Esta última parece ser la posición predominante entre quienes reconocen un hecho innegable: los CT se usan de manera extendida por terceros no indígenas, se aprovechan sin una adecuada compensación ni reconocimiento a sus generadores y no ha sido posible utilizar (en términos generales) las reglas y principios básicos de la propiedad intelectual clásica para cautelar los intereses de sus titulares.

2. ¿Qué son los conocimientos tradicionales?

No hay una definición universalmente aceptada de “conocimientos tradicionales”. Sin embargo, resulta importante intentar una aproximación a una definición en la medida que los CT son objeto de derecho y se hace necesario delimitar sus linderos, al menos en términos de listas no exhaustivas de categorías que indiquen a qué se refieren estos CT (a modo indicativo).

133 Esta es la posición predominante en el plano internacional y nacional, al menos desde la perspectiva de los países que concentran biodiversidad y poblaciones indígenas, incluyendo los países de América Latina.

El CDB hace referencia (artículo 8(j)), aunque no define, a los “conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica”, conceptos que se acepta calzan dentro de una noción más general de conocimientos tradicionales.

Cuadro No. 22 Componentes del conocimiento indígena

- a) Tecnologías y know how vinculado a la identificación, caracterización y supervisión de ecosistemas, especies y recursos genéticos.**
- Conocimiento tradicional sobre ecosistemas locales
 - Conocimientos sobre climatología y fenómenos naturales
 - Conocimiento tradicional sobre la función e interacciones del ecosistema
 - Conocimiento tradicional sobre territorios y hábitats
 - Taxonomía tradicional y avanzada
 - Usos tradicionales y actuales de los recursos naturales (plantas: alimenticias, medicinales, abonos, aceites, antídotos, perfumes y aromas, bebidas, cosmetología, tintes y colorantes, narcóticos, veterinaria, fibras, forrajes, etc.)
 - Conocimiento tradicional de tecnologías para determinar la especie y la categoría de los recursos genéticos y su evolución a través del tiempo.
 - Técnicas tradicionales para la comunicación y transmisión de información
 - Conocimientos y tecnologías tradicionales para la conservación *in situ*
- b) Tecnologías para el uso de la biodiversidad y sus componentes.**
- Usos espirituales y culturales
 - Técnicas tradicionales de producción de medicamentos
 - Tratamientos de los recursos naturales con el uso de conocimientos y tecnologías autónomos
 - Metodologías para evaluar la diversidad biológica, incluso valores no económicos (de existencia) y valores éticos, religiosos, espirituales
 - Tecnologías para manejo de los bosques, recursos hidrobiológicos
 - Técnicas para uso de la biodiversidad en actividades de construcción, vestimenta, cacería

En la OMPI por su parte, se han definido los CT como trabajos artísticos, literarios y científicos basados en la tradición. Se incluyen actuaciones, invenciones, diseños, marcas, descubrimientos científicos, nombres, símbolos, información no divulgada, y cualquier innovación y creación que resultan de una actividad intelectual, basada en esta tradición. La idea de tradición, se refiere a procesos creativos transmitidos de generación en generación, que continuamente evolucionan en función a cambios en el ambiente y el medio de vida. La OMPI vincula los CT con los conocimientos indígenas aunque reconoce que no todo CT es necesariamente un conocimiento indígena *per se* ¹³⁴.

En el caso de la sub-región andina, representantes indígenas han definido los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales como “...*todos aquellos saberes que poseen los pueblos indígenas sobre las relaciones y prácticas con su entorno y son transmitidos de generación en generación, habitualmente de manera oral. Estos saberes son intangibles e integrales a todos los conocimientos y prácticas ancestrales, por lo que constituyen el patrimonio intelectual colectivo de los pueblos indígenas ...*”.

En ese sentido, estos saberes y prácticas se relacionan con : ciencias naturales; rituales, cantos, danzas y ritmos; artesanía, cerámica, tejidos; curaciones, medicina y farmacología; conocimientos sobre conservación de ecosistemas; conocimientos sobre plantas y animales; entre otros. En este caso, los CT se extienden hacia elementos que no están necesariamente relacionados con la diversidad biológica pero que son igualmente importantes en el ámbito de los pueblos indígenas¹³⁵.

Una propuesta sencilla para entender la noción de “conocimientos tradicionales”, es considerar cada uno de los conceptos propuestos por el artículo 8(j) del CDB (conocimientos, innovaciones y prácticas) *por*

134 World Intellectual Property Organization. *Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders*. WIPO Report on Fact Finding Mission on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998 – 1999). Geneva, April, 2001. p. 23

135 De la Cruz, R. Muyuy, G. Viteri, A. Flores, G. Gonzales, J. Mirabal, J.G. Guimaraes, R. ob.cit p. 11

separado y prever que podrían generarse mecanismos de protección *ad hoc* para cada uno de ellos.

En ese sentido, por “conocimientos” pueden entenderse saberes, ideas (aplicadas y manifestadas en la realidad en algún soporte) y conceptos, que los pueblos indígenas desarrollan, poseen y mantienen sobre su medio natural y componentes de la diversidad biológica (por ejemplo animales y plantas). Los conocimientos son en esencia, un intangible.

Las “innovaciones” constituyen por el contrario, los productos materiales que manifiestan (de mayor o menor grado), los conocimientos antes mencionados (por ejemplo, un brebaje medicinal o un determinado tipo de controlador de plagas biológico). Son más bien, un tangible que puede, literalmente, visualizarse y aprehenderse físicamente.

Finalmente, las “prácticas” son los procedimientos (técnicas y tecnologías) que los pueblos indígenas utilizan y reiteran para el logro de ciertos objetivos, incluyendo la generación de productos (innovaciones)¹³⁶.

En resumen, los CT son todo lo anterior y las interacciones entre cada uno. Cada uno de estos elementos tiene particularidades que merecen analizarse con detalle para efectos de evaluar qué mecanismo o instrumento legal podría usarse (o crearse) para su protección específica en función a un objetivo específico.

2.1 La noción de “conocimientos colectivos”

Un tema muy interesante dentro de los debates, es la noción permanente promovida en el sentido que los CT son, en rigor, conocimientos *colectivos* en cuanto a su naturaleza. Los textos sobre esta materia dejan algunas interrogantes sobre lo que significa que se trate de conocimientos colectivos pues no aclaran si la idea es que estos

136 Para mayores detalles de esta aproximación ver : Ruiz, M. *Protecting Indigenous Peoples Knowledge. A Policy and Legal Perspective form Peru*. Peruvian Society for Environmental Law (SPDA). Environmental Law and Policy Series, No. 3, May, 1999, Lima, Perú.

se *generan* colectivamente (donde cada miembro de una comunidad contribuyen con parte de su aporte intelectual), o son *los beneficios los que deben compartirse* por el colectivo indígena, o si simplemente se trata de una *titularidad colectiva* donde no hay un único propietario, poseedor o generador de este conocimiento. O se trata de una combinación de estos. Este es un punto muy importante pues dependiendo de su concepción, pueden concebirse las herramientas apropiadas para su tratamiento.

La reflexión es relevante pues como se ha comprobado en distintos ámbitos, son los individuos quienes a partir de esfuerzos intelectuales y su creatividad, generan la innovación. Para ello se puede tomar un caso para el análisis. En la subregión andino amazónica se han identificado campesinos y agricultores *individuales* (a lo mucho familias) que son los principales conservacionistas de la diversidad genética de cultivos alimenticios – mayormente sub-explotados y que nunca llegan a los mercados pero que resultan vitales en términos de seguridad alimentaria y como fuente de genes útiles para posteriores actividades de mejoramiento moderno de nuevas variedades. Estos campesinos y agricultores son también llamados “criadores” de la diversidad¹³⁷.

Si bien entre estos campesinos y agricultores hay un sentimiento muy marcado de apego y solidaridad con la comunidad y la estructura comunal milenaria en muchos casos (así como una relación de tipo holístico con el medio/espacio), hay también un sentimiento marcado de individualidad y de orgullo de constituirse en y reconocerse como un innovador, creador y conservador de la diversidad.

Esto de alguna manera dista de la noción usualmente aceptada de un proceso *colectivo* de creación e innovación. Que exista la solidaridad y el sentimiento de colectividad para con la comunidad, e incluso instituciones comunales que celebran y reivindican lo colectivo, es distinto al proceso innovador que nace del esfuerzo individual y particular de

137 Valladolid, J. Kawsay Mama. Madre *Semilla. Importancia de la Conservación In Situ de la Diversidad y Variabilidad de las Plantas Nativas Cultivadas y sus Parientes Silvestres y Culturales en la Región Andino Amazónica del Perú*. Serie Kawsay Mama. Agosto 2005, Lima, Perú.

determinados campesinos que se reconocen asimismo como conservadores, guardianes de la diversidad.¹³⁸

En cierta medida, este fenómeno tiene también su reflejo en el caso de los “shamanes” amazónicos que también generan y se han nutrido de conocimientos sobre usos y propiedades de plantas medicinales y elementos de la biodiversidad, a partir de un esfuerzo intelectual, y de un proceso de adquisición de sabiduría de generación en generación de shamanes. Los conocimientos que mantienen estos hombres son absolutamente individuales. Combinan una serie de consideraciones espirituales, religiosas, mágicas que en los procesos de curación *comparten* con otros miembros de las comunidades, pero ciertamente se tratan de conocimientos individuales muy particulares a estos miembros de comunidades indígenas amazónicas.

Lo que este punto pretende destacar simplemente, es que la noción de lo *colectivo* debe analizarse con detenimiento y no descartar la posibilidad que en la personería legal de un grupo indígena andino o amazónico pueda resolverse – en algunos casos- el dilema de lo *colectivo*, más allá de cómo se resuelva este problema al interior de las propias comunidades y grupos indígenas – donde primará seguramente, la tradición o el propio derecho consuetudinario.

En ese sentido, la Ley 27811 del Perú, reconoce esta situación de hecho y ha optado por una alternativa interesante. El artículo 10 establece que los CT protegidos bajo el régimen de la Ley “*son aquellos que pertenecen a un pueblo indígena y no a individuos determinados que formen parte de dicho pueblo. Pueden pertenecer a varios pueblos indígenas. Estos derechos son independientes de aquellos que puedan generarse al interior de los pueblos indígenas y para cuyo efecto de distribución de beneficios podrán apelar a sus sistemas tradicionales*”.

138 Sobre este proceso –de contraste entre lo colectivo y lo individual– que se presenta a nivel de las comunidades indígenas en la zona andina especialmente, se recomienda revisar los documentos generados por el Proyecto de Conservación *In Situ* de Cultivos Nativos y sus Parientes Silvestres en el Perú (PER98/G33). Estos documentos e informes pueden obtenerse en: <http://www.insitu.org.pe>

Es decir, se reconoce que al interior de los grupos indígenas existen creaciones e innovaciones cuya titularidad recae en individuos pero que, en atención a las formas de organización comunal, se traslada esa titularidad al pueblo en su conjunto, sin perjuicio que en materia de distribución de beneficios al interior de estos pueblos, se identifique y beneficie directamente a estos individuos en particular.

2.2 Algunas dificultades y problemas para proteger los conocimientos tradicionales

¿ Por qué resulta complejo proteger los CT ? Hay diferentes razones por las cuales resulta difícil diseñar mecanismos prácticos y eficientes para proteger los CT de los pueblos indígenas.

- ***Obtención del consentimiento fundamentado previo (PIC), titularidad y representatividad***

Salvo en casos donde se presenten CT que se mantienen en reserva y no han salido del ámbito de una determinada comunidad (o una familia o un individuo dentro de ella) y que además resultan muy particulares a esa comunidad, muchos CT se comparten entre diferentes comunidades al interior de un pueblo indígena o una nación o incluso entre comunidades o pueblos de diferentes países. Esto implica CT que se encuentran extendidos en términos geográficos y respecto de los cuales hay una multiplicidad de poseedores o propietarios (titulares) si fuera el caso.

Ante ello, la obtención del consentimiento fundamentado previo (PIC por sus siglas en inglés) que legitime plenamente a un eventual usuario de estos CT resulta, por demás, difícil, en la medida que incluso pactando con organizaciones representativas (cuestión esta última que también plantea sus dificultades) éstas podrían no representar a la totalidad de pueblos o comunidades que comparten estos CT. ¿ Tienen por ello más derecho que otras organizaciones representativas que por una u otra razón no se encuentran negociando respecto del aprovechamiento del CT en cuestión? Aparentemente no y, sin embargo, serán beneficiarias del acuerdo bajo negociación.

Ante esta situación de hecho, es claro que la imposibilidad de lograr consensos absolutos entre pueblos y comunidades conlleva a reconocer que sea cual fuere el instrumento de protección a utilizarse, se van a generar tensiones entre los propios grupos indígenas, toda vez que se requiera de este consentimiento.

- **Fracturas en el proceso de cohesión cultural comunitaria**

Paradójicamente y como resultado de la situación antes descrita, el esfuerzo por generar mecanismos para proteger los CT podría desencadenar efectos negativos a nivel de las estructuras de cohesión comunal. Todo régimen legal (incluyendo regímenes de tipo consuetudinario) implica situaciones en las cuales se privilegia a algunos y afecta a otros. Se integra a algunos y excluye a otros, más allá que esto no ocurra de manera intencional. Esta es la naturaleza esencial de las estructuras sociales. En ese sentido, hasta el momento, todas las propuestas esgrimidas para proteger los CT (incluyendo aquellas que provienen directamente de los propios pueblos indígenas) implican situaciones en las cuales se tiende a asignar derechos (individuales o colectivos) que ya, de suyo, significan una exclusión de miembros del mismo pueblo indígena o de pueblos que comparten similares CT.

Es importante reconocer como premisa fundamental en el proceso político/normativo de creación de un régimen de protección de los CT que el consenso *absoluto* resulta imposible y ante este hecho incontrastable es necesario plantear medidas de contingencia que logren aplacar y menguar (en la medida de lo posible) los efectos excluyentes que en determinados casos, estos regímenes podrían generar. En ese sentido, la idea de fondos compensatorios por ejemplo, al cual tengan derecho y acceso todos los pueblos indígenas por el hecho de serlo y más allá que contribuyan o no con CT a determinado esfuerzo particular de negociación, resulta una manera de lograr disminuir estos efectos negativos fruto de las propias estructuras que se están creando. Ciertamente, no se trata de una solución plenamente satisfactoria pero, cuando menos, intenta dar cierto grado de equidad a una situación que de por sí implica exclusión.

- ***Aislamiento y marginación***

La realidad de los pueblos indígenas, en la mayoría de países de la región, está marcada por el aislamiento, la pobreza y la marginación. Ante ello, es muy difícil desarrollar un esquema político/normativo que resulte fácilmente utilizable (en la práctica) por estos pueblos. Cosas aparentemente sencillas como acceso a oficinas públicas competentes, acceso a medios electrónicos, comprensión del idioma oficial, entendimiento del tema de los CT, recursos económicos para acceder a los mecanismos de protección, entre otros, constituyen serias limitaciones a las posibilidades de estos grupos.

Las necesidades diarias de supervivencia en muchos casos, sobrepasan el interés que pudiera legítimamente existir entre los grupos indígenas en relación a la necesidad de proteger sus intereses intelectuales de usos no autorizados. En gran medida, la respuesta a la pregunta ¿ cómo se benefician los pueblos indígenas de la protección de los CT ? debe ser lo suficientemente contundente y convincente para generar un incentivo entre los pueblos indígenas que conlleve a una acción. El beneficio moral y de justicia, sobre el cual no existe discusión, debe también estar acompañado de alguna forma de beneficio más directo y tangible.

Por ello, las acciones directas de la autoridad competente, de organizaciones representativas de los pueblos indígenas y de organizaciones que pudieran brindar asistencia técnica/legal resultan fundamentales a fin de aliviar una situación que, de hecho, plantea serios inconvenientes entre la gran mayoría de los pueblos indígenas.

- ***¿ Cuánto CT existe en la actualidad y cuánto puede ser protegido legalmente ?***

No existe –al menos en América Latina– información sistematizada sobre *cuánto* CT existe, sus características, su distribución, su aplicación entre los pueblos indígenas y fuera de ellos, entre otros. Ciertamente, hay abundante información dispersa sobre casos puntuales de CT asociado a determinados componentes de la biodiversidad que, por una u otra razón, han recibido especial atención científica o en los medios.

Aparte de ello, ¿ cuánto de este CT es posible proteger legalmente? Esto dependerá de si el CT se encuentra o no en el dominio público y de estarlo, cuál sería el mecanismo para, cuando menos, reconocer extensivamente la contribución de los pueblos indígenas a la producción de este CT.

- ***El dominio público y sus efectos sobre los CT***

Más allá de los esfuerzos y propuestas conceptuales de redefinir el dominio público¹³⁹ y sus efectos en relación a los CT, lo cierto es que una vez que los CT salen del ámbito relativamente exclusivo y seguro de la comunidad, el clan, la tribu, o el pueblo, las posibilidades de retomar su control o reivindicar derechos se limita considerablemente.

La información una vez difundida, continua, indefectiblemente, su proceso de diseminación y difusión, de manera mucho más acelerada en estas épocas del Internet, la globalización y los medios electrónicos en general. Incluso su “recaptura” (desde ya difícil y no necesariamente deseable) podría significar afectar derechos legítimos e intereses de terceros.

Esto no implica que se pierda necesariamente el derecho a *exigir* una compensación por el uso de los CT, pero sí, como ya se mencionó, la posibilidad de *controlar* dicho uso se limita al extremo pues no hay manera eficiente (costo/efectiva) de monitorear, hacer el seguimiento y ejercer el control sobre los usos dados a CT que se encuentran y difunden en publicaciones, bases de datos, documentales de televisión, medios electrónicos, exhibiciones, textos científicos o que simplemente se transmiten oralmente.

En este sentido, el equilibrio requerido para mantener los CT bajo un grado de control de los pueblos indígenas y la necesidad de promover también su difusión y mayor aplicación (con el consentimiento

139 La idea del dominio público pagante (“*payant public domain*”), en el ámbito del derecho de autor, ha recibido cierta atención en los últimos años. En términos sencillos, esto significa que ciertos titulares tienen derecho a recibir una compensación económica por sus creaciones intelectuales, incluso cuando estas se encuentran en el dominio público.

fundamentado previo de los pueblos indígenas y tal como lo dispone el propio artículo 8(j) del CDB) requiere de acciones muy cuidadosas y meditadas de parte de los titulares de estos CT.

- ***La innovación y creatividad colectiva / individual: ¿ cómo premiarla ?***

La retribución económica es, sin duda, una de las maneras a través de las cuales se puede retribuir a un pueblo indígena o un individuo si fuera el caso por el acceso y uso de sus CT. Mediante una retribución económica podría lograrse la “distribución justa y equitativa de beneficios” propuesta por el CDB. Las regalías, los pagos adelantados, los pagos por hitos (“milestones”) acordados en una negociación pueden servir para estos fines. Una posibilidad es que sean los pueblos indígenas como colectividad los que se beneficien directamente de los beneficios propiamente económicos, más allá que estos mismos pueblos utilicen su sistema internos y prácticas consuetudinarias para definir cómo se compensa o reconocen los esfuerzo creativos individuales de sus miembros^{140 141}

140 Hay varios ejemplos de proyecto de investigación en los cuales han participado pueblos indígenas y sus comunidades y en los cuales se han pactado beneficios para dichos pueblos. La discusión si estos beneficios responden a justicia y equidad resulta un tema muy polémico. Algunos sostienen que ante las vicisitudes de los procesos de investigación y desarrollo en el campo farmacéutico, biotecnológico, de los cosméticos, entre otros, las regalías pactadas entre pueblos indígenas y universidad o compañías son irrisorias. De hecho, responden a una lógica económica y de mercado distorsionadas. Otros por el contrario, plantean que hay una injusticia inherente en estos acuerdos que poco tienen de justos y equitativos. Para conocer algunos detalles de proyectos de este tipo en México, Perú, Suriname, Chile, Filipinas, entre otros, se recomienda revisar: *Pharmaceutical Biology. Drug Discovery, Economic Development and Conservation: the International Cooperative Biodiversity Groups*. Volume 37, Supplement, SWET & ZEITLINGER Publishers, The Netherlands, 1999. Críticas a este tipo de acuerdos y una posición divergente al *statu quo* imperante pueden verificarse en: Vogel, J. (Ed.) *El Cartel de la Biodiversidad. Transformación de los Conocimientos Tradicionales en Secretos Comerciales*. SAN REM, ECOCIENCIA, USAID, CARE. Quito, Ecuador, 2000. Disponible en : <http://www.elcartelde biodiversidad.com>

141 No se discute en este documento lo riesgoso del mercado y el dinero en el contexto indígena. Definitivamente, estos pueden tener efectos muy negativos sobre la cultura y vida de los pueblos indígenas, especialmente los más vulnerables a

Otra forma de reconocimiento, implica, justamente *reconocer* socialmente al interior de los pueblos indígenas y sus comunidades, el esfuerzo creativo individual de sus miembros. En la práctica, esto ocurre frecuentemente en los pueblos indígenas. Ciertos individuos (o familias), en razón a su función dentro de una comunidad son plenamente reconocidos y respetados (a veces venerados) por este status especial que tienen – como criadores de diversidad, mejoradores de variedades, conocedores de plantas medicinales y sus aplicaciones, entre otros.

En el plano nacional o regional, premios a la creatividad indígena, convocatorias a concursos para presentar esfuerzos creativos o innovaciones, ferias de semillas (donde se premia a quien tenga mayor diversidad de cultivos), entre otros, son otros mecanismos que pueden contribuir a la valoración y reconocimiento del esfuerzo intelectual de los pueblos indígenas y sus miembros.

3. La protección de los conocimientos tradicionales como un Derecho Fundamental

Desde hace siglos, se han desarrollado mecanismos y sistemas para proteger el esfuerzo intelectual de los hombres en casi todos los ámbitos de su quehacer. En la Edad Media las diferentes Coronas y Reinos europeos otorgaban premios y privilegios para estimular la actividad inventiva. Aunque no pueden compararse a los modernos regímenes legales, constituyen un importante antecedente. Las marcas por ejemplo, pueden rastrearse a la época de los Romanos y las patentes al siglo XV en Inglaterra. Sin embargo, es recién en el siglo XIX y XX que empiezan a diseñarse leyes nacionales y tratados internacionales como el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883) y el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886).

presiones exógenas. La gestión y administración de los beneficios económicos posiblemente requiera de estructuras institucionales nacionales que canalicen estos con miras a un desarrollo informado y consensuado dentro de los mismos pueblos y comunidades.

Más recientemente, el ADPIC de la OMC, establece los estándares internacionales mínimos para la protección de la propiedad intelectual¹⁴². Por otro lado, la OMPI administra también una multiplicidad de tratados y convenios internacionales en los diferentes campos de la propiedad intelectual. En este contexto, a lo largo del tiempo, se ha desarrollado un complejo sistema de protección de los derechos intelectuales que mediante diferentes instrumentos tales como patentes, derechos de obtentor, derechos *sui generis* de bases de datos, derechos de autor, marcas, secretos empresariales, entre otros, permiten la protección de invenciones, nuevas variedades vegetales, bases de datos no originales, creaciones artísticas, origen empresarial y secretos empresariales, respectivamente, protegen la innovación humana. Estos diferentes instrumentos han sido diseñados para reconocer, cautelar y proteger los intereses morales y económicos de quienes invierten su tiempo, esfuerzo, ingenio y dinero en generar productos y obras de distinto tipo.

En buena medida, estos instrumentos y su adaptación a lo largo del tiempo, tienen su fundamento en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que en su artículo 7 plantea que todo ser humano merece igual protección ante la Ley, lo cual implica que la protección de los derechos intelectuales debe estar disponible para todos, incluyendo miembros de los pueblos indígenas. El artículo 7(1) por su parte, señala que toda persona tiene derecho a la propiedad individual o colectiva. En ese sentido, la propiedad intelectual constituye un mecanismo que permite garantizar que ciertos Derechos Fundamentales sean efectivamente cautelados, protegidos e implementados.

De manera más específica, el artículo 27 de esta Declaración establece que toda persona “... *tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razones de las producciones científicas, literarias y artísticas de que sea autora*”. Este derecho se extiende al esfuerzo creativo e intelectual de los pueblos indígenas aunque en relación a sus CT estos no signifiquen o impliquen producciones científicas *per se*. La *ratio* de esta norma es que el esfuerzo

142 Para conocer mayores detalles sobre el proceso histórico de la propiedad intelectual, se recomienda Torremans, P., Holyoak, J. (1998). *Intellectual Property Law*. Butterworths, Second Edition, London, Edinburgh, Dublin.

intelectual debe ser protegido y premiado sin diferenciaciones en función a origen, raza, cultura, características, entre otros.

Lo que es importante destacar es que no debe confundirse que instrumentos tales como las patentes o los derechos de autor sean *per se* un Derecho Fundamental. Los instrumentos de la propiedad intelectual son *medios* a través de los cuales se logran materializar los objetivos de los Derechos Fundamentales referidos a la protección de intereses morales y económicos relacionados a la creatividad e innovación humana. Ciertamente, las patentes, los derechos de autor, los derechos de obtentor, entre otros, no implican una lista cerrada pues es evidente que en el campo de los CT, estos instrumentos han demostrado tener sus limitaciones para garantizar su protección, incluso en su desagregado como conocimientos, innovaciones y prácticas.

Este Derecho Fundamental se encuentra adicionalmente fortalecido y consolidado a través del propio artículo 8(j) del CDB, el Convenio 169 de la OIT y, más recientemente, por la Convención de UNESCO para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.

3.1 Los derechos mínimos: consentimiento, posibilidad de la negación y no impedimentos de uso del CT

Ha sido bastante bien documentada la exigencia universal de los pueblos y comunidades indígenas, en el sentido que cualquier reconocimiento efectivo de sus derechos, incluidos sus derechos intelectuales, debe estar antecedido por un reconocimiento expreso al derecho que tienen a sus tierras y territorios. Sobre este punto comunidades y sus representantes tienen, por lo general, coincidencias.

En la medida que en los hechos, continúe vulnerándose y afectándose los espacios físicos y geográficos que las comunidades ocupan y necesitan para sobrevivir y explotándose por terceros los recursos naturales que en estas áreas se encuentran, la salvaguarda de sus derechos intelectuales pasa en realidad a un segundo plano, no por ello menos importante¹⁴³.

143 Toda vez que el tema de sus territorios y tierras no es parte sustancial del presente trabajo, éste centrará el enfoque en la parte referida al esfuerzo intelectual (CT) de los pueblos y comunidades y sus posibilidades de protección.

Como punto de partida, resulta fundamental que sea reconocido de manera explícita el derecho a que los pueblos y comunidades indígenas puedan *oponerse* (de manera oportuna y efectiva) al uso y aprovechamiento no autorizado de sus CT. En rigor, dependiendo de lo que sea entendido por “conocimiento tradicional” y el ámbito específico de la protección, el derecho mínimo que debe reconocerse es que los pueblos y comunidades indígenas, por razones de orden religioso, cultural, económico u otro, puedan impedir (de manera efectiva) su utilización por parte de terceros.

Un problema con este planteamiento bastante elemental y, sin duda, entendible por todos, es que si bien en el caso de conocimientos, innovaciones y prácticas que aún se mantienen en el ámbito y bajo el control efectivo de las comunidades (por ejemplo conocimientos secretos) sería posible ejercer este derecho, en el caso de conocimientos que ya se encuentran en el *dominio público* (por ejemplo en bases de datos, publicaciones etnobiológicas, etc.) las posibilidades de control del mismo y, por ende, del ejercicio efectivo del derecho a la oposición a su utilización disminuyen considerablemente. Esta constatación práctica puede tener implicancias importantes en un régimen de protección o en el instrumento a ser utilizado o ideado.

Una opción –bastante extrema tal vez– para enfrentar esta limitación podría ser el establecimiento de una presunción *de jure*, mediante la cual, salvo prueba o evidencias en contrario, se considere que *todo* producto o procedimiento biotecnológico (o un producto natural aplicado como suplemento alimenticio u otro) parte –en algún momento del proceso de investigación y desarrollo– del *uso y acceso* a conocimientos, innovaciones y prácticas indígenas. Por lo general, las pistas iniciales para investigar cierta planta o producto natural proviene de pueblos y comunidades indígenas que tradicionalmente las usan para diversas aplicaciones.

En este sentido, al momento de la obtención de un producto con potencial comercial o industrial, al momento de su comercialización o mucho antes, los titulares de estos productos deberán compensar a las comunidades cuyos conocimientos fueron utilizados y, si no es posible una identificación de éstas, canalizar estos recursos hacia un fondo

nacional (o internacional) de carácter fiduciario. Esta presunción podría justificarse por el hecho de ser muy difícil determinar (en la mayoría de casos) el nivel, porcentaje, magnitud o grado de conocimientos, innovaciones y prácticas que se incorporan a un producto comercial, particularmente cuando éstos son utilizados en las etapas preliminares de los procesos de investigación y desarrollo. Ciertamente, la industria podría también argumentar válidamente que este tipo de presunción cae en el extremo de asumir que *todo* producto o procedimiento biotecnológico efectivamente se deriva del uso de recursos que se originan en tierras indígenas o en sus conocimientos, innovaciones y prácticas asociadas a la biodiversidad.

Una segunda posibilidad, con mucho menos incentivos para cumplirse, sería la negociación directa con comunidades y el acuerdo respecto a una compensación por el uso de los conocimientos, innovaciones y prácticas, incluso en el caso que éstos estuvieran en el dominio público. Todo uso de conocimientos y del aporte cognoscitivo indígena requerirá de la aprobación de los titulares de los mismos.

En esta alternativa también se plantea el tema de la titularidad de los conocimientos y quién tiene derechos sobre ellos, pues, como es conocido, muchos CT son *comunes* a varias comunidades, naciones o pueblos. En este contexto, resulta extremadamente difícil plantear que unos pudieran tener derechos y otros no. Una manera de paliar casi seguras desavenencias entre los grupos indígenas sería plantear y reconocer legalmente – como ya se mencionó en el punto 7.2.2) que pueden darse casos de titularidad compartida, pero que serán las propias comunidades, mediante sus sistemas internos de adopción de decisiones (a nivel comunal o de organizaciones representativas) quienes decidan si vale la pena entrar en un proceso de negociación respecto de sus CT y quiénes y cómo participarán directamente de este proceso.

Podría incluso sugerirse a nivel legal que en el proceso interno de adopción de decisiones, las comunidades o grupos indígenas directamente involucrados, procuren convocar al mayor número posible de comunidades o representantes de naciones o pueblos que comparten estos conocimientos, al proceso de consulta y de adopción de decisiones.

Quienes por razones prácticas no puedan participar de estos sistemas o sean excluidos por razones de tipo práctico, tendrán siempre el derecho expedito de beneficiarse del uso de dichos conocimientos, por el hecho de ser comunidades que comparten los mismos. ¿Cómo se lograría esto? A través de mecanismos financieros como podría ser un fondo indígena u otro similar al que tienen derecho todas las comunidades por el hecho de ser tales¹⁴⁴.

Por otro lado, en el caso de conocimientos que se encuentren en el dominio público y libremente disponible, podría preverse que el uso *comercial* requerirá la autorización directa de los titulares o que este tipo de uso deberá considerar una compensación a las comunidades titulares, entre dos posibilidades que podrían manejarse.

En este caso, la aplicación de la presunción dependerá nuevamente del ámbito y alcance que se pretenda dar al sistema de protección. En este ejemplo puntual, la presunción sería particularmente relevante en el mundo de la investigación y desarrollo biotecnológico que, por las evidencias existentes y las prácticas conocidas, basa mucha de su actividad inicial (a nivel de colección de plantas, extractos y acceso a conocimientos etnobotánicos) en el uso de este aporte intelectual indígena.

Finalmente, y como derecho fundamental que debe ser reconocido, nunca debe impedirse el intercambio y libre flujo de CT entre pueblos y comunidades. Este tipo de previsión debe plantearse como un derecho inalienable que no puede estar sometido a ningún tipo de restricción cuando se trata de situaciones en las cuales los CT “circulan” al interior de los propios pueblos y comunidades indígenas.

144 En este caso se plantea también la disyuntiva de cómo resolver la situación de una comunidad A que tiene una orientación y una comunidad B que tiene otra totalmente distinta y opuesta. ¿Podría la comunidad B invalidar el proceso decisorio comunal? ¿Cuál es su situación si se decide obviar esta oposición? ¿Se generarán conflictos internos y fracturas entre comunidades? Son todas interrogantes que deberán ser enfrentadas por las propias comunidades y, en todo caso, el sistema a implementarse deberá dejar espacios abiertos para que estos problemas sean abordados y, en lo posible, resueltos.

3.2 ¿ Qué significa la protección *sui generis* de los CT ?

En los últimos años, se ha insistido desde diferentes foros y en distintos ámbitos en “la protección *sui generis*” de los CT. Esta referencia a lo “*sui generis*” más que aclarar el panorama, por el contrario ha traído consigo una serie de interpretaciones confusas y hasta contradictorias.

La referencia a lo *sui generis* puede rastrearse a las discusiones en torno a la revisión del artículo 27.3.b del ADPIC, en el cual se establece que los países miembros de la OMC “...*otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz sui generis o mediante una combinación de aquellas y éste*”. En este contexto, los debates han tendido a utilizar muy libremente el concepto de *sui generis* que, al menos en el ámbito del ADPIC, se circunscribe exclusivamente a la protección de variedades vegetales. Más aún, algunos países (como los EEUU) sostienen que un sistema *sui generis* eficaz únicamente puede estar referido al sistema UPOV o un sistema tipo UPOV.

Al margen de esta interpretación bastante restringida, aunque en el plano nacional y al amparo de esta norma pudiera desarrollarse un sistema *sui generis* de protección que incluyera elementos referidos a los CT, cultivos nativos u otros, este sistema siempre tendría que circunscribirse a las obtenciones *vegetales* exclusivamente.

En ese sentido, otros elementos a los cuales los CT se aplican (animales, expresiones culturales, etc.) quedarían excluidos de la protección.

En todo caso, lo importante sería que en este ámbito (en cuanto a la revisión e implementación del artículo 27.3.b se desarrollara un sistema de protección de obtenciones vegetales que, cuando menos, no solamente respondiera a las necesidades de los fitomejoradores “modernos” sino también de los criadores, conservadores y mejoradores tradicionales (de pueblos y comunidades indígenas)¹⁴⁵.

145 El caso de la India es interesante en ese sentido. Han desarrollado un sistema tipo UPOV de protección a las obtenciones vegetales que incluye en la misma ley, mecanismos específicos para proteger la innovación de sus comunidades indígenas y locales. Otro ejemplo interesante es el de Portugal donde se ha desarrollado un sistema de protección de variedades vegetales que también toma en cuenta los intereses de innovadores y fitomejoradores tradicionales.

Dicho esto, es claro que la idea de una protección *sui generis*, es que se logre desarrollar un mecanismo jurídico ajustado a las necesidades propias de los pueblos y comunidades indígenas y a las características propias de los CT.

4. Elementos básicos para la protección de los conocimientos tradicionales : la idea de un sistema integral de protección

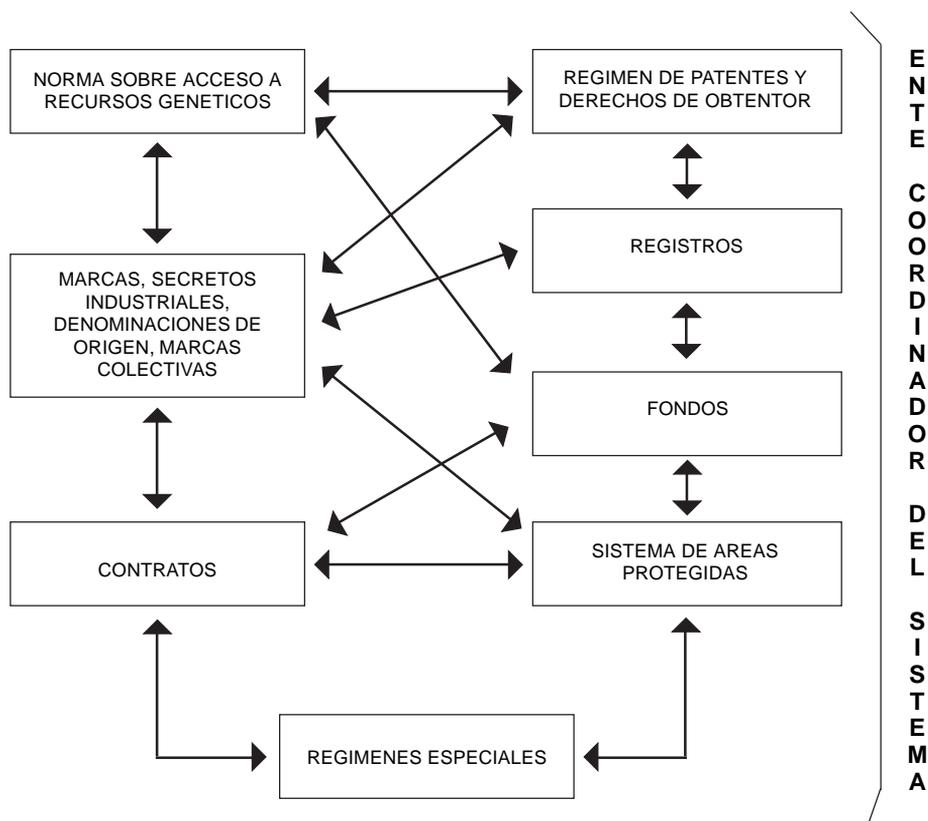
Hoy por hoy, resulta muy complicado imaginar un único instrumento o mecanismo que, por sí sólo, permita proteger los CT en todas sus dimensiones y manifestaciones. Resulta más viable y realista plantear y concebir la idea de un *sistema integral de protección de los CT* en el cual diferentes instrumentos, herramientas y mecanismos, de distinta naturaleza, contribuyen hacia dicha protección. Evidentemente, tratándose de un sistema, debe identificarse o crearse un elemento integrador que operacionalice su funcionamiento.

En este sentido, las alternativas para proteger el CT pueden resumirse en :

- Utilizar, complementar y/o modificar y aplicar, de manera independiente y autónoma, los instrumentos y herramientas de la propiedad intelectual ya existentes en diferentes normas. Esto podría significar, por ejemplo, plantear ajustes a las normas de patentes para incluir consideraciones sobre protección de los CT, aplicar de manera más extendida consideraciones del derecho de autor, utilizar los mecanismos previstos por los secretos empresariales, entre otros.
- Crear *nuevos* instrumentos y herramientas, con objetivos y principios nuevos, e incluirlos en normas legales, conocidas comúnmente como normas *sui generis* de protección del CT. Esto pasaría por ejemplo, al modificar criterios para la protección de secretos comerciales o para la defensa contra competencia desleal, o establecer registros de CT, o fondos compensatorios, o desarrollar mecanismos específicos para la protección de la innovación colectiva, e incorporar todos ellos en una norma *sui generis*.

- Establecer un sistema integral de protección que compatibilice una serie de instrumentos, herramientas, normas legales y que, en su conjunto y complementariedad, apunten a la protección de los CT. Esto podría a su vez significar establecer una conexión formal entre las normas de propiedad intelectual clásicas, las disposiciones de acceso a los recursos genéticos, los registros de CT, las actuaciones de las autoridades nacionales en materia de propiedad intelectual y las competentes en materia de CT, entre otros.

Cuadro No. 23 Propuesta de sistema integral de protección de los CT



- ***La premisa básica : definir qué se pretende proteger y con qué objetivo***

Aunque la tentación es grande en el sentido de apresurar el diseño de una norma *sui generis* (a nivel nacional) o un régimen internacional para la protección de los CT, es imprescindible determinar el objeto que será protegido y para qué finalidad. Únicamente luego de ello, será posible determinar cómo lograr esta protección (es decir, qué mecanismos, instrumentos o herramientas utilizar).

En cuanto a la primera pregunta, es obvio que el objeto de protección son los CT. Se deberá en todo caso delimitar un poco más que se incluye y cuáles son los linderos de los CT. ¿ Se trata de los CT en abstracto ? ¿ La materialización de estos en una fórmula medicinal o curativa ? ¿ Una danza, una pintura, un escrito ? ¿ Una tecnología determinada? ¿ Un producto específico – una loción cosmética, un extracto, un cultivo nativo desarrollado a lo largo del tiempo ? ¿ Una técnica de riego ? ¿ Una técnica de control biológico de plagas ? ¿ Conocimientos sobre usos del suelo ? Estas son algunas de las interrogantes que deben ser tomadas en cuenta al momento de ir diseñando un sistema o un mecanismo de protección. Otra posibilidad es dejar abierto el contenido del objeto de protección y determinar – por exclusión y en el plano nacional – que *no son* CT.

Una vez que se tiene una idea clara de qué se pretende proteger, es necesario determinar la finalidad de esta protección o, en términos simples, qué significa «protección». Y en este punto las opciones son únicamente las siguientes:

- *Otorgar derechos exclusivos* a los titulares/poseedores de los CT que les concedan grados de control sobre el acceso y uso del mismo
- *Compensar* (económicamente) al titular de los CT por el uso de los mismos y garantizar así una distribución justa y equitativa de beneficios
- *Mantener y conservar* el CT de los pueblos indígenas a lo largo del tiempo
- *Reconocer formalmente* la contribución intelectual de los pueblos indígenas (de forma más declarativa, aunque igualmente importante)

Para cada una de estas finalidades será necesario evaluar el tipo de mecanismo o herramienta que podría ser utilizada para garantizar estos fines. El sistema integral ofrecería estas herramientas.

4.1 Instrumentos y mecanismos (incluyendo normas) orientadas al control y establecimiento de condiciones para el acceso y uso de CT

a) Normas de acceso a los recursos genéticos

Función. Las normas de acceso a los recursos genéticos – en diferentes grados de desarrollo y evolución en los países de América Latina– permiten a los pueblos indígenas y sus comunidades *decidir* de manera fundamentada sobre la provisión de recursos naturales (incluyendo recursos genéticos) que pudieran encontrarse en sus tierras y territorios. En la medida que se les reconozca a estas comunidades algún derecho sobre estos recursos (tal como lo hace por ejemplo la Decisión 391), tendrán un grado de *control* respecto del acceso y uso que terceros quisieran hacer de estos recursos y, por consiguiente, de manera indirecta a sus conocimientos, innovaciones y prácticas¹⁴⁶.

b) Contratos

Función. Los contratos, licencias de uso de CT y otras formas y modalidades convencionales para acceder y usar CT permiten materializar obligaciones y compromisos vinculantes. Estos contratos determinan que los CT se sujeten a *condiciones específicas de uso* y en las cuales se establecerían formas de distribución justa y equitativa de beneficios. Tienen como ventaja la posibilidad de establecer ciertos *niveles de control* y, asociado a ello, su exigibilidad en la vía administrativa o judicial según fuera el caso.

146 Es fundamental que las normas de acceso reconozcan un grado de participación de las comunidades indígenas en relación a cuestiones tales como: el ingreso de investigadores a sus territorios, el uso por ellos de sus plantas alimenticias y medicinales, entre otros. La afirmación expresa de ciertos derechos en ese sentido contribuiría a fortalecer los intereses de las comunidades sobre sus recursos y CT asociados.

Esto último dependerá de la jurisdicción –nacional o internacional– escogida por las comunidades indígenas y la otra parte contratante o incluso por las fórmulas arbitrales. Otra ventaja de los contratos es que incluso podrían incorporar obligaciones que reflejen el propio derecho consuetudinario y exigencias culturales – sociales de los pueblos indígenas.

c) Códigos de conducta y protocolos de acceso y uso

Función. Aunque no son jurídicamente vinculantes como tales, en algunas circunstancias pueden orientar el diseño y desarrollo y la propia ejecución de proyectos de bioprospección (investigación y desarrollo) en los cuales hayan CT involucrados. Podrían incorporarse formalmente a los proyectos o acuerdos e invocarse por las partes como las pautas orientadoras y los principios básicos de actuación.

d) Derechos de propiedad intelectual

Función. Los derechos de propiedad intelectual clásicos pueden cumplir diferentes funciones en relación a los CT, aunque con algunas limitaciones que se identificarán más adelante. Estos derechos incluyen:

- Patentes de invención : otorgan un derecho de exclusión (de uso, comercialización, distribución, exportación, etc.) a la persona (natural o jurídica) que desarrolla una invención nueva, con altura inventiva y aplicación industrial,
- Derechos de obtentor : otorgan un derecho de exclusión (de uso, comercialización, distribución, exportación, etc.) a la persona (natural o jurídica) que desarrolla una nueva variedad vegetal que resulta nueva, homogénea, estable y distinguible,
- Marcas : como signos distintivos, garantizan el origen empresarial de ciertos bienes y servicios y permiten una identificación clara de los mismos en el mercado.

Es verdad que la propiedad intelectual clásica tiene varias limitaciones en cuanto a su aplicación a los CT. Estas desventajas se resumen en:

- Protección muy orientada al mercado y comercio - elementos con los cuales los pueblos y comunidades indígenas no siempre se sienten a gusto,
- Dificultad de identificar a un único inventor/obtentor e incluso al titular de la innovación o creación ,
- Limitaciones desde el mundo indígena en la comprensión de lo que significa la propiedad en sentido clásico (liberal) – la *exclusión* como tal, resulta una concepción bastante extraña y ajena en este mundo,
- Dificultades de alcanzar y satisfacer los requisitos de protección requeridos en cada instrumento,
- Limitaciones para que las comunidades indígenas accedan al sistema por un tema de costos - solicitudes, pago de tasas, asesoría por especialistas, etc.

Sin embargo, en años recientes, algunos instrumentos de la propiedad intelectual se miran con algo más de atención pues podrían ser aplicables a los CT con algunos ajustes y cierta creatividad. Estos instrumentos incluyen:

- Marcas colectivas: permiten a asociaciones de productores garantizar que sus productos (usualmente productos no tradicionales) tienen un origen colectivo,
- Derecho de autor: incluso en su forma clásica, el derecho de autor garantiza un derecho moral y económico al creador de una pintura, de una obra literaria, de una publicación científica, entre otras formas de expresión y creatividad intelectual – más allá de su forma asociativa,
- Indicaciones geográficas: identifican una zona geográfica determinada con un producto específico que únicamente se produce en esta zona o está indisolublemente ligado al medio geográfico, lo cual le confiere una ventaja en el mercado,
- Secretos empresariales y reglas de competencia desleal: los secretos empresariales protegen a quien mantiene en reserva determinada información que le da una ventaja competitiva en el mercado. Unido a las medidas que ofrecen las reglas de la competencia desleal, es posible reivindicar esta información, exigir

una compensación por su mala e ilegal utilización, detener el uso indebido de esta información, entre otros.

En estos últimos casos, es necesario llevar adelante ejercicios y esfuerzos de aplicación y uso de estos instrumentos vinculados a los CT.

La protección defensiva a través del propio sistema de patentes.

Un caso particular dentro de la propiedad intelectual lo constituye la protección llamada *defensiva* de los CT (ver el Capítulo 2 para conocer algunos antecedentes). Curiosamente, esta alternativa lleva, en cierta forma, a abandonar las posiciones absolutamente opuestas a las patentes como tales, en la medida que este tipo de protección intenta utilizar las mismas reglas y lógica del sistema para garantizar los intereses de los pueblos indígenas (y los países de origen de los recursos genéticos).

La lógica detrás de esta protección es la siguiente. Hay evidencias bastante contundentes en el sentido que a través del sistema de patentes (y de derechos de obtentor) se produce una suerte de apropiación indirecta de recursos genéticos y CT que son incorporados en invenciones, especialmente en al campo de la biotecnología^{147 148}.

En ese sentido, ante ello, previamente a la concesión de una patente de invención (y de un derecho de obtentor), las autoridades competentes

147 Un trabajo muy interesante en relación al fenómeno de la biopiratería, es el estudio de Pat Roy Mooney. *The Conservation and Development of Indigenous Knowledge in the Context of Intellectual Property Systems*. RAFI, UNDP Contract – INT / 92/2009. November, 1993. Antes RAFI y hoy ETC Group han hecho mucho trabajo identificando casos de biopiratería a lo largo de la historia. El caso del árbol del neem, el ayahuasca, el algodón de color, la quinua, la maca, la sangre de grado, son solamente algunos de los casos emblemáticos. Se recomienda revisar: <http://www.etcgroup.org>

148 Se sugiere también revisar: Informe del Primer Taller Regional sobre Biopiratería y Temas Conexos (Bogotá, Colombia 1 -2 de septiembre 2005). Disponible como Documento informativo de la Secretaría del CDB durante la cuarta reunión del Grupo de Trabajo Ad Hoc de Composición Abierta sobre Acceso a los Recursos Genéticos, Granada, España 30 de enero – 3 de febrero de 2005. También se encuentra disponible en: <http://www.biopirateria.org>

deben exigir al solicitante del derecho que demuestre el origen geográfico y la procedencia legal de los recursos genéticos y los CT que han sido incorporados en la invención. Hacer esto implica que el solicitante debe estar legitimado a solicitar el derecho correspondiente en función a un contrato, una autorización, un permiso de acceso a los recursos genéticos o CT (u otro instrumento legal), que indique la legalidad en el acceso y uso de ese recurso o CT.

Ciertamente, es importante que este tipo de exigencia se plantee a nivel internacional a fin que *todos* los países la incorporen a sus legislaciones internas. Algunos países – Brasil, Costa Rica, los países de la CAN, India, Nepal, entre otros – ya han incorporado esta exigencia a su legislación interna. Sin embargo, resulta crítico que países como EEUU, la Unión Europea y Japón, como los más grandes mercados en materia de solicitudes propiedad intelectual, incorporen estas exigencias para que la exigencia resulte verdaderamente relevante¹⁴⁹.

En este sentido, se están haciendo esfuerzos por propiciar cambios en la legislación internacional de patentes en la OMC (en el Consejo ADPIC en particular) y en la propia OMPI (especialmente en el ámbito de los debates del Tratado Internacional de Patentes y el Tratado Sustantivo de Patentes)^{150 151}. El argumento expuesto es básicamente

149 Sobre esta idea (ahora reflejada en algunas normas alrededor del mundo) se empezó a discutir hacia finales de 1994 en el ámbito de la CAN y durante el proceso de desarrollo de la Decisión 391. Hoy en día, el debate se encuentra muy extendido y los trabajos de investigación y propuestas en la materia se han multiplicado. Se recomienda revisar dos trabajos en particular: Correa, C. *Alcances Jurídicos de las Exigencias de Divulgación de Origen en el Sistema de Patentes y Derechos de Obtentor*. Documentos de Investigación. Iniciativa de Prevención de la Biopiratería. Año 1, No 2, agosto 2005, Lima, Perú (disponible en <http://www.biopirateria.org>). Asimismo: Chouchena-Rojas, M., Ruiz, M., Vivas, D., Winkler, S. (Eds) 2005. *Disclosure Requirements: Ensuring Mutual Supportiveness Between the WTO TRIPS Agreement and the CBD*. IDDRI, CIEL, ICTSD, QUNO, IUCN. IUCN, Gland, Switzerland and Cambridge, UK and ICTSD, Geneva, Switzerland.

150 Las iniciativas en ese sentido están siendo impulsadas principalmente por el Grupo de Países Megadiversos Afines (formado en febrero de 2002) y sus miembros. Varios documentos y declaraciones han sido planteadas en relación al tema de la divulgación de origen y de procedencia legal. Ejemplos recientes incluyen: La Relación entre el ADPIC, el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la Protección de los Conocimientos Tradicionales, comunicación de Bolivia, Brasil, Cuba,

la necesidad de buscar sinergias positivas entre el CDB y el ADPIC y, para ello, se pretende plantear algunas modificaciones al sistema en las cuales no se alteren los principios básicos de patentabilidad (novedad, altura inventiva y aplicación industrial) sino que en relación a una adecuada divulgación de la invención (y en la fase más procedimental del otorgamiento del derecho), el documento de patente incluya una adecuada divulgación de origen y procedencia legal de la invención y sus componentes (incluyendo los CT).

4.2 Instrumentos y mecanismos de gestión orientados a la distribución justa y equitativa de beneficios derivados del acceso y uso de los CT

a) Fondos compensatorios

Función. En casi todos los países de América Latina se han constituido fondos fiduciarios o de otra índole, orientados a distintos fines ambientales¹⁵². La ventaja de un fondo fiduciario radica en los

Ecuador, India, Perú, República Dominicana, Tailandia y Venezuela. IP/C)W/403, 24 de junio de 2003. También: Párrafo 3.b del Artículo 27, *Relación entre el ADPIC, el CDB y la Protección de los Conocimientos Tradicionales y el Folklore*. Comunicación del Perú al Consejo ADPIC de la OMC. IP/C/W/447, 8 de junio de 2005.

151 La Declaración Ministerial Doha (párrafo 19) que establece la necesidad de evaluar las relaciones entre el ADPIC (específicamente el artículo 27.3.b) y el CDB, ha servido de sustento para promover e insistir con el argumento que la divulgación de origen y de procedencia legal es una buena fórmula (la mejor hasta la fecha en todo caso) para generar sinergias positivas entre el CDB y el ADPIC. Aunque varios países europeos han sido bastante receptivos a la idea (por ejemplo en Noruega hay legislación que exige la divulgación de origen y en Suiza se está evaluando un cambio legislativo en es sentido), ciertamente, no todos los países tienen una posición favorable a la misma. Ver por ejemplo: Article 27.3.b *Relationship Between the TRIPS Agreement and the CBD, and the Protection of Traditional Knowledge and Folklore*. Communication by the United States of America to the TRIPS Council. IP/C/W/449, June 10, 2005.

152 En el caso del Perú por ejemplo, el Fondo Nacional para Areas Naturales Protegidas (FONANPE) se estableció 1992 y tiene por finalidad canalizar recursos económicas para el fortalecimiento de las áreas naturales protegidas por el Estado. En la sub-región andina la Decisión 391 estableció el Fondo Andino de Recursos Genéticos para promover el cumplimiento de sus propios fines, incluyendo el

relativamente bajos costos de transacción para su funcionamiento – más allá de la discusión y viabilidad política sobre su establecimiento. En el caso de los CT, podría preverse la constitución de fondos nacionales (o un gran fondo internacional¹⁵³ o Latinoamericano) al cual se canalizan recursos económicos derivados del aprovechamiento directo o indirecto de los CT. A este fondo tendrían derecho los pueblos indígenas por el hecho de serlo y más allá del hecho que sus conocimientos específicos hubieran sido o no aprovechados.

4.3 Instrumentos y mecanismos de gestión orientados al mantenimiento y preservación de los CT

a) Registros de CT

Función. Todos los países tienen registros oficiales y no oficiales sobre biodiversidad, sobre comunidades indígenas, sobre concesiones forestales, entre otros. Un registro de CT podría ser administrado por las propias comunidades indígenas (a través de sus organizaciones representativas de nivel local, regional o nacional), por una organización no gubernamental debidamente autorizada para ello o por el propio Estado a través de una entidad competente. El registro de CT podría cumplir varias funciones. Por un lado, permitiría mantener de manera ordenada y sistematizada (y de forma escrita), CT que de otro modo, podrían perderse en el tiempo por la paulatina descomposición de muchas comunidades y la pérdida de tradiciones y prácticas tradicionales. Asimismo, un registro (debidamente estructurado) podría ser utilizado como arma defensiva frente a derechos de propiedad intelectual indebidamente otorgados y como fuente de información sobre el estado

financiamiento de aspectos relativos a los CT de los pueblos indígenas. El propio Fondo Mundial para el Ambiente (GEF) es un fondo que canaliza recursos hacia proyectos de distinta índole con miras a apoyar actividades de conservación del ambiente y uso sostenible de los recursos naturales en general.

153 El Fondo Internacional de Recursos Fitogenéticos –originado del proceso del Compromiso Internacional de Recursos Fitogenéticos de 1983– fue un intento frustrado para, precisamente, constituir un gran fondo global al cual las empresas semilleras y países contribuyeran para materializar los Derechos del Agricultor (derivados a su vez de la contribución presente, pasada y futura de los pequeños agricultores en las actividades de conservación, preservación y desarrollo de los recursos fitogenéticos).

de la técnica en relación a determinadas invenciones. Este mismo registro podría también en algunos casos servir para identificar la titularidad de ciertos CT e incluso facilitar la identificación de comunidades que comparten similares conocimientos. Finalmente, un registro puede servir para identificar recursos de la biodiversidad y CT asociados que, por alguna razón, el Estado quiere reconocer como estratégicos¹⁵⁴.

Una estrategia que está siendo promovida en algunos países es la de sistematizar CT (a través de registros o bases de datos electrónicas) que ya se encuentran en el dominio público y difundirlos masivamente a fin de evitar la concesión de patentes de invención sobre innovaciones que, precisamente, pudieran haber hecho uso de CT ya conocidos. Con ello, se buscaría atacar el criterio de novedad y altura inventiva requerido para patentar. Se incidiría en ese sentido en conocimientos, innovaciones y prácticas que ya se han hecho públicos, porque en el caso de CT que *no* tienen esta condición, su protección vía los secretos empresariales o algunas formas de la competencia desleal sería más conveniente, efectiva y beneficiosa.

b) Proyectos de conservación de *in situ*

En todos los países se han diseñado y ejecutado a lo largo de los años proyectos de conservación *in situ* de distinta naturaleza. Nuevos proyectos de conservación *in situ* podrían centrar algunas de sus actividades en la identificación de áreas donde hay una concentración elevada de diversidad genética y grupos indígenas que la conservan, mantienen y desarrollan. Este tipo de actividad permitiría localizar núcleos humanos que continuamente generan y desarrollan

154 Es interesante en ese sentido mencionar en el caso del Perú la Ley 28477, Ley que Declara a los Cultivos, Crianzas Nativas y Especies Silvestres Usufructuadas Patrimonio Natural de la Nación (20 de marzo de 2005). El artículo 3 de esta Ley establece: *“Encárgase al Ministerio de Agricultura, en coordinación con los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales y otras entidades públicas y privadas, la responsabilidad del registro, la difusión, conservación y promoción del material genético, el fomento de las actividades de producción, comercialización, industrialización y consumo interno y externo de cultivos, crianzas nativas y especies silvestres usufructuadas detalladas en el Anexo de la presente Ley, dentro de un enfoque de sostenibilidad ...”*.

conocimientos, innovaciones y prácticas asociados a la biodiversidad y fortalecer e incentivar este tipo de desarrollo en el ámbito local. Este fortalecimiento e incentivos podrían incluir: una compensación directa por sus esfuerzos (incluso a través de subsidios específicos), un reconocimiento nacional a sus actividades (por ejemplo mediante premios y reconocimientos oficiales), alternativas para la comercialización de sus productos en mercados más allá de los estrictamente locales, entre otros.

Los proyectos de conservación *in situ* son un componente más dentro del sistema integral de protección de los CT. Evidentemente, dependiendo de las características de cada país, estos proyectos variarán considerablemente de objetivos, enfoques, etc. Lo importante es identificarlos y hacerlos formar parte del sistema a fin de alimentarlo con información relevante, la identificación de los principales actores e interesados en el campo (comunidades y grupos campesinos, indígenas, entre otros), etc.

c) Áreas naturales protegidas o áreas especiales de conservación

Función. Los pueblos indígenas, a lo largo del tiempo, han reivindicado el derecho a sus tierras y territorios como el principal derecho que les asiste y que debe ser reconocido. Sin tierras ni territorios, discutir sobre CT tiene poco sentido en la medida que este CT tiene que desarrollarse a partir de la supervivencia y el propio desarrollo de los pueblos indígenas y sus comunidades.

Si bien las áreas naturales protegidas, en sentido clásico, se han visto como herramientas para garantizar la conservación *in situ* de la biodiversidad, sólo recientemente se están haciendo las relaciones con el CT y las posibilidades que estos espacios sirvan asimismo para garantizar ciertos niveles de protección de los CT de los pueblos indígenas que habitan en estas áreas o sus alrededores.

En ese sentido, la protección legal a espacios físicos contribuiría a evitar influencias exógenas negativas y promover el mantenimiento y desarrollo de los CT de los pueblos y comunidades indígenas que se encuentran en estas zonas. Estas influencias podría por ejemplo incluir: introducción de prácticas agrícolas modernas, semillas y cultivos

mejorados, pesticidas, desplazamiento de cultivos locales, turismo sin medidas de control, entre otros. Concepciones individualistas y el liberalismo en sus versiones extremas, podrían también tener consecuencias muy negativas sobre estas comunidades. Para evitar estas situaciones se podrían establecer planes de manejo locales, basados en las prácticas consuetudinarias de las propias comunidades quienes, informadamente, podrían definir los modelos de desarrollo social y económico que prefieren.

En el Perú y a partir de los resultados de varios proyectos de conservación *in situ* que han trabajado con comunidades de la zona andina y de la selva, se han identificado áreas muy particulares donde se mantienen los mayores índices de diversidad genética cultivada y sus parientes silvestres, generándose una interacción muy interesante entre lo propiamente biológico y el factor humano – reflejado en comunidades, familias, individuos que durante siglos y a través de generaciones en algunos casos han mantenido y conservado esta diversidad para beneficio de la sociedad en su conjunto^{155 156}.

155 Un caso y ejemplo emblemático es el del Parque de la Papa, en Pisac, Cusco. El Parque (25,000 hectáreas), es un modelo de conservación local de la agrobiodiversidad, está localizado en el Valle de Pisac, Cusco, zona donde hay restos arqueológicos pre Incas e Incas. En el año 2000 las comunidades campesinas de Sacaca, Paru Paru, Amaru, Cuyo Grande, Chawaytiri y Pampallacta con el apoyo y la orientación técnica de la Asociación ANDES del Cusco, sumaron esfuerzos para establecer esta área especial para la protección de la agrobiodiversidad -que incluye más de cuatrocientas variedades de papas nativas-; de prácticas culturales, sociales y espirituales tradicionales; de tecnologías agrícolas y conocimientos tradicionales asociados a estas variedades y plantas medicinales de la zona. Esta área ha sido afectada solamente de manera tangencial por las fuerzas del mercado que no han impactado (aún) de forma sustancial las formas tradicionales de vida de estas comunidades. El Parque de la Papa – cuyo órgano de gobernanza es la Asociación de Comunidades del mismo - es un ejemplo de cómo las comunidades indígenas pueden organizarse para enfrentar (y relacionarse en términos más equilibrados) con las avasalladoras fuerzas del mercado y otras influencias exógenas, a fin de mantener y preservar, por voluntad propia, sus culturas, formas de vida y conocimientos tradicionales. Para ello, grupos de mujeres indígenas han sido capacitadas en el manejo de cámaras de video con lo cual se pretende documentar las prácticas tradicionales de conservación de la agrobiodiversidad y cómo se manifiestan los conocimientos tradicionales de estas comunidades en la realidad diaria. El Parque de la Papa forma parte de la Ruta Cóndor, una red indígena de paisajes protegidos de

5. El marco institucional y la autoridad competente

En rigor, un sistema de protección integral se fundamenta en el reconocimiento que en todos los países de América Latina, diferentes autoridades del Estado tienen competencias respecto de cada uno de los elementos que componen el sistema propuesto, ya sea a nivel de la implementación de las normas, ejecución de las actividades de gestión propiamente y la ejecución de los proyectos específicos. Ante este hecho se hace indispensable designar (o crear según fuera el caso particular de cada país) un ente coordinador del sistema que vele por su buen funcionamiento.

5.1 Funciones y rol del ente coordinador del sistema integral de protección

El ente coordinador podría tener las siguientes funciones generales:

- a) Procurar que, a través de diferentes medios y acciones, se protejan de manera efectiva los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas,

agrobiodiversidad que a) interconecta áreas de importancia cultural y biológica, b) promueve la conservación y el uso sostenible del paisaje, c) busca conservar y mantener la cultura andina y la biodiversidad en el largo plazo, d) asegura una distribución justa y equitativa de beneficios derivados del uso del paisaje y recursos. Ver: Evaluation Report. Technical and Cultural Exchange : Deccan Development Society (DDS), Pastapur, India and Potato Park and Lares Communities (Peru) disponible en: www.iied.org y en el folleto informativo: Parque de la Papa, Asociación de Comunidades del Parque de la Papa,

- 156 En el caso del Perú, el Reglamento de la Ley 27839 (Ley de Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica) y la Estrategia Nacional de Diversidad Biológica han reconocido en la figura de las “zonas de agrobiodiversidad” un mecanismo especial para la conservación y el uso sostenible de cultivos nativos y sus parientes silvestres y para la preservación de las culturas indígenas asociadas a ellos, como medio para la promoción de una opción de desarrollo alternativo para comunidades indígenas y locales. Estas zonas de agrobiodiversidad no forman parte del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SINANPE) y aún se debe definir si se van a reglamentar como categoría independiente (por ejemplo a nivel local, regional o nacional) o si, como proponen algunos, podrían considerarse como áreas de conservación privada - comunal (que sí están previstas en el SINANPE).

- b) Verificar y monitorear que exista una comunicación e intercambio fluido de información entre las autoridades o agencias responsables de los diferentes elementos del sistema,
- c) Proponer acciones o medidas específicas a cada una de estas autoridades o agencias del Estado para facilitar un mejor y más eficiente funcionamiento del sistema,
- d) Convocar a reuniones de coordinación con miras a la definición de posiciones nacionales ante foros internacionales,
- e) Mantener la comunicación y contactos con entes de coordinación de los países en la región y de otras latitudes,
- f) Mantener comunicación permanente con los pueblos y comunidades indígenas,
- g) Proponer a las autoridades competentes y agencias responsables (para su discusión) lineamientos de política en materia específica de protección de conocimientos, innovaciones y prácticas,
- h) Representar al país en reuniones internacionales sobre la materia,
- i) Monitorear el funcionamiento de los diferentes componentes (instrumentos y mecanismos) que componen el sistema de protección.

5.2 Designación o creación del ente coordinador

El ente coordinador del sistema podría perfectamente ser parte de estructuras institucionales ya existentes o crearse como entidad autónoma con independencia funcional pero dependiente naturalmente de un Ministerio o agencia gubernamental.

5.3 Coordinación intrarregional

Sin duda, parte del éxito de un sistema integral de protección a nivel nacional, dependerá de las posibilidades que haya de articular estos esfuerzos nacionales con los de otros países (incluso en el ámbito internacional).

En este sentido, las comunicaciones entre autoridades sobre propiedad intelectual (por ejemplo, para conocer el tipo de solicitudes que se han presentado), entre aquellas responsables de los sistemas

de acceso a los recursos genéticos (por ejemplo, para verificar qué tipo de recursos se están recolectando), entre aquellas que administran las áreas protegidas (por ejemplo, para conocer qué actividades se están realizando en ellas), etc. resultan fundamentales.

El establecimiento de una red coordinada de autoridades o de una base de datos que refleje las realidades nacionales de los diferentes elementos del sistema de protección podrían coadyuvar de manera muy importante a la consolidación y funcionamiento efectivo del sistema.

5.4 Representatividad de las comunidades.

No es exactamente un punto que tenga una relación directa con el tema de la autoridad competente pero sí tiene relación con el tema de la institucionalidad. En términos simples: quién representa legítimamente a los pueblos y comunidades indígenas. Esta interrogante no puede ni debe ser impuesta y, por el contrario, son las propias comunidades quienes deberán definir quien las representa para enfrentar los diferentes retos que surgirán en los diferentes niveles del sistema.

El tema es particularmente relevante, complicado y recurrente, especialmente para el caso puntual de pueblos y comunidades indígenas que comparten similares conocimientos, innovaciones y prácticas y que quieren ser utilizados y aprovechados por terceros. Ciertamente, para la obtención del PIC para dicho uso, el interesado tiene varias opciones:

- a) contactar directamente con una comunidad específica y obtener este consentimiento directamente de ella,
- b) contactar a la organización representativa de esa (y otras comunidades) a nivel de Federaciones, Confederaciones u otra forma asociativa y procurar el consentimiento de los líderes representativos,
- c) contactar a la comunidad y proponer que mediante los usos tradicionales de consulta entre comunidades, puedan decidir sobre el eventual uso y aprovechamiento de los conocimientos, innovaciones y prácticas.

Lo interesante del sistema de protección integral, es que no necesariamente tiene que resolverse esta cuestión en términos abstractos sino que en los diferentes casos, situaciones y circunstancias que surjan, se podrán ir solucionando los aspectos sobre la representatividad que se presenten.

Comentarios Finales

1. **Capacitación y difusión.** El tema de los CT y su protección requiere de un esfuerzo considerable de capacitación y disseminación de información entre una multiplicidad de actores e interesados. Los pueblos y comunidades indígenas *son* los principales actores e interesados y los sujetos de derecho por excelencia. Las variables culturales, políticas, económicas, legales y sociales que circundan a los CT, lo convierten en un tema extremadamente complejo. En ese sentido, no es posible un simple cursillo de capacitación para fines de despejar las dudas y abarcar los diferentes temas o una hoja informativa distribuida entre las comunidades indígenas. Se requieren de esfuerzos constantes, permanentes, en los cuales se trabaje también directamente con capacitadores indígenas que a su vez transmitan el tema hacia los propios pueblos y comunidades indígenas.
2. **Cooperación técnica.** La evidencia a la fecha demuestra que la protección efectiva de los CT requiere de un conjunto de fuerzas actuando de manera coordinada hacia este objetivo. La cooperación técnica especializada es fundamental para establecer los puentes entre el mundo indígena y las complejas, a veces ininteligibles, reglas y principios que gobiernan el mundo jurídico formal del Estado Central.
3. **Diferencias entre pueblos y comunidades.** Si bien las similitudes entre los pueblos indígenas alrededor del mundo son varias, las diferencias entre ellos lo son también. Es especialmente evidente el caso de pueblos y comunidades indígenas que se encuentran mucho más cerca de los procesos de modernización, integración con el mercado, intercambio cultural, entre otros, frente a pueblos y comunidades en situación de semi aislamiento o aislamiento total

para quienes la sola referencia a la protección CT puede no tener una significación especial. Ello implica la necesidad de llevar adelante procesos

4. **Idioma indígena.** Unido a lo anterior, el uso del idioma indígena resulta fundamental para realmente llegar y transmitir plenamente a los pueblos y comunidades indígenas la información y detalles de los temas referidos a los CT y su protección legal. No solamente en la forma escrita sino a partir de una metodología que combine lo audiovisual y la propia transmisión oral, es posible generar un grado de entendimiento cuando menos básico, sobre los puntos críticos de los temas.
5. **Activación de mecanismos judiciales y administrativos.** Un elemento poco considerado en el debate sobre la protección de los CT es el rol del Poder Judicial y los órganos administrativos. Salvo en algunas pocas circunstancias, no se han llevado casos específicos a los tribunales administrativos y judiciales para iniciar el proceso de desarrollo de jurisprudencia en materia de protección de los CT. Ciertamente, para llevar estos casos es necesario contar con derechos primeramente reconocidos; luego que estos derechos estén claramente vulnerados y, finalmente, contar con legitimidad para actuar. En la mayoría de países, incluso donde no se aborda de manera directa y explícita el tema de la protección de los CT, le asisten a los pueblos indígenas y sus comunidades medios para alcanzar justicia en una serie de áreas que, por extensión, podrían incluir los CT. En ese sentido utilizar las herramientas e instrumentos con los que ya se cuenta (por ejemplo derecho de autor, marcas colectivas, secretos empresariales) puede ser una manera de activar estas instancias y poner a prueba, en la práctica, su pertinencia y efectividad (ver comentario 7).
6. **Involucramiento de las oficinas de propiedad intelectual.** Alrededor del mundo, las oficinas competentes en materia de propiedad intelectual tienden a ser un tanto conservadoras en su accionar, orientándose siempre por las reglas y principios clásicos de la propiedad intelectual, sin a veces, percatarse que hay un área de esfuerzo e innovación intelectual –la de los pueblos y comunidades indígenas– que no recibe la debida atención ni

reconocimiento. En ese sentido, el ejemplo del Instituto Nacional de la Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (INDECOPI) en el Perú, es particularmente ilustrativo en la medida que ha reconocido la importancia de esta área dentro de lo que son los derechos intelectuales y ha asumido un rol activo en búsqueda de su protección.

7. **Uso de instrumentos de la propiedad intelectual.** Pese a la resistencia que existe – especialmente dentro de los mismos pueblos indígenas o al menos sus organizaciones representativas – en relación a los derechos de la propiedad intelectual clásica, en los últimos años hay una tendencia bastante marcada en el mundo académico por empezar a explorar cómo ciertas herramientas de la propiedad intelectual sí podrían jugar un rol positivo en cuanto a cautelar intereses indígenas. El derecho de autor, las marcas colectivas, las indicaciones geográficas y los secretos comerciales constituyen algunos de estos instrumentos. Una de sus ventajas es que cuentan con reglas y principios plenamente reconocidos en el plano internacional y nacional, así como medios para, eventualmente, invocarlos en tribunales administrativos y judiciales.
8. **Protección de espacios y su relación con la cultura.** Queda claro que sin tierras o territorios, la discusión de los CT y su protección carece de sustento. En ese sentido, la protección jurídica de ciertos espacios geográficos donde se conjugan cultura, biodiversidad e interacción entre las comunidades indígenas y la naturaleza, puede también servir de manera indirecta para efectivamente proteger los CT y, cuando menos, garantizar su mantenimiento y desarrollo en el tiempo. Sea como una categoría especial de área protegida dentro o fuera del sistema clásico de áreas protegidas que tienen los países, este mecanismo puede jugar un papel importante en el esfuerzo de protección.
9. **Cultura, religión, ética, espiritualidad.** Los CT tienen sin duda una importancia económica y ecológica muy importante, visto desde la perspectiva de la sociedad occidental o «desde fuera» de las propias los pueblos y comunidades. Sin embargo, y especialmente entre los pueblos y las comunidades indígenas, el peso que tienen la cultura, religión, ética y espiritualidad son particularmente

relevantes y muchas veces escapan de la consideración de sectores «no indígenas». En ese sentido, la protección del CT plantea un reto adicional en la medida que es necesario tomar en cuenta estos elementos dentro del proceso político y normativo, tradicionalmente y por lo general, extraño y poco receptivo de estos aspectos. En todo caso, es claro que políticas públicas y eventuales normas de protección de los CT no pueden centrarse exclusivamente en las cuestiones económicas y comerciales sino que deben asimismo considerar estos temas.

10. ***Protección defensiva en el sistema de propiedad intelectual y las bases de datos.*** Hay una tensión y posiciones encontradas en relación al uso de bases de datos para colocar CT en el dominio público y evitar su apropiación (directa o indirecta) a través del sistema de propiedad intelectual. Ciertamente, para conocimientos tradicionales que ya se encuentran difundidos (a través de libros, revistas, bases de datos, etc.) y en el dominio público puede haber cierta lógica en intentar, cuando menos, garantizar que no sean indebidamente utilizados por terceros. En ese sentido el uso de bases de datos en combinación con exigencias en el sistema de propiedad intelectual para demostrar el origen legal de CT que pudieran ser parte de ciertas invenciones, permite, en alguna medida, cautelar los intereses de los pueblos y comunidades indígenas en este ámbito. Esta pasa evidentemente por crear estas bases de datos y, más importante aún, modificar ciertos contenidos en el sistema de propiedad intelectual para incluir este tipo de exigencia.
11. ***Mantener la dinámica internacional y definir el rumbo del proceso.*** Es importante mantener la dinámica del proceso internacional en materia de protección de los CT. En el Grupo *Ad Hoc* de Composición Abierta sobre el Artículo 8(j) del CDB, el Comité Intergubernamental de la OMPI, la UNESCO, la FAO y la propia OMC (especialmente en el Consejo ADPIC), se ha logrado incorporar de manera evidente el tema de los CT en la agenda de discusiones. En la UNESCO, la Convención para la Protección del Patrimonio Cultural Inmaterial, constituye ya un avance concreto en términos de un instrumento internacional para la protección de ciertos elementos de los CT (en términos más amplios).

Mucho se ha avanzado también en el plano teórico y político en estos foros, siendo ahora necesario definir si, por ejemplo, se requiere de un acuerdo internacional u otra convención que aborde específicamente el tema de los CT. Esto pasa también por integrar las agendas de estas diferentes instancias internacionales y establecer sinergias positivas entre ellas. Este nuevo instrumento internacional podría identificar los componentes del sistema integral de protección y darles un realce internacional y peso político para consolidar el proceso internacional y para ser desarrollados en el ámbito nacional.

12. **Inclusión de todos los elementos del CT – tratamiento diferenciado.** Tal como lo han planteado diferentes organizaciones indígenas, es importante buscar mecanismos para proteger los diferentes elementos de los CT (folklore, conocimientos sobre usos de plantas, expresiones literarias, motivos y diseños, etc.). Para ello, se hace indispensable reconocer que podrían ser necesarios diferentes instrumentos dependiendo de aquello que pretende protegerse. Es decir, un único instrumento legal (por ejemplo un convenio en el ámbito internacional o una norma legal a nivel nacional) difícilmente podría garantizar formas específicas de protección (más allá de declaraciones generales que sí podrían plantear) para los variados y diferentes elementos que forman parte de los CT. Por ello, la necesidad de evaluar cómo es posible utilizar herramientas existentes y, donde fuera necesario, crear nuevas herramientas *ad hoc*.
13. **Derechos mínimos – PIC y la negación.** Como derechos básicos que deben reconocerse expresamente a los pueblos y comunidades indígenas es la necesidad que para acceder y utilizar su CT se requiere del consentimiento fundamentado previo (PIC) y, muy ligado a esto, debe reconocerse el derecho a que dichos pueblos simplemente se nieguen a que sus CT sean accedidos y utilizados. Esto trae consigo el problema del PIC y pueblos y comunidades que comparten CT similar y que pueden tener visiones diferentes sobre qué hacer en relación con este CT. Para resolver esta cuestión en particular, se deben respetar las prácticas tradicionales y soluciones que los propios pueblos indígenas pudieran querer plantear.

14. **Reconocimiento del derecho consuetudinario.** Como principio básico, el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser respetado. Surge en relación a este punto el problema de cómo se articula y relaciona este derecho con el derecho formal, que proviene del *ius imperium* del Estado. En resumen ¿ qué reglas se aplican al proceso de acceso y uso de lo CT especialmente en casos que pudieran surgir conflictos de algún tipo ? Por el momento, para bien o para mal, las normas del derecho formal siguen rigiendo las relaciones entre los pueblos y comunidades indígenas con terceros y con el propio Estado. Sin embargo, es posible imaginar situaciones en las cuales quien pretenda acceder a CT deba someterse a ciertas exigencias impuestas por los propios pueblos, basadas en su propio derecho consuetudinario, y que incluso podrían ser bastante similares a las que podrían concebirse dentro del derecho formal. Estas podrían, por ejemplo referirse a aspectos referidos a la consulta como mecanismo para adoptar decisiones. La consulta interna es, generalmente, un mecanismo reconocido por el derecho consuetudinario y también por el derecho formal.
15. **Hacia un sistema integral de protección.** Dada la diversidad de elementos que forman parte de los CT (en su sentido amplio), es interesante adoptar una posición reflexiva en el sentido de reconocer, sin resistencias de tipo ideológico, que hay ciertos instrumentos (por ejemplo contratos, derecho de autor, secretos empresariales, entre otros) que pueden ser utilizados *en determinadas circunstancias* para proteger ciertos elementos del CT. En ese sentido, la propuesta de un régimen integral de protección parte por reconocer este hecho y plantear que con cambios, modificaciones y eventualmente la creación y desarrollo de nuevas figuras jurídicas, sería posible establecer un marco legal de protección efectiva de estos CT. Lo importante en este caso es poner en operación (aplicar) estos diferentes instrumentos en favor de los intereses y las necesidades y expectativas indígenas y demostrar su eficiencia.

Esto se relaciona a su vez con una tendencia muy marcada en los países de América Latina de concebir que *nuevos* tratados, leyes o reglamentos van a cambiar la realidad y las prácticas sociales. En

muchos casos, ya se cuenta con suficientes herramientas adecuadamente extendidas entre la sociedad e internalizadas por sus miembros, para proteger los CT de los pueblos indígenas, no siendo necesario como requisito *sine qua non* crear ni desarrollar nuevas leyes o normas.

Finalmente, volviendo a la idea del sistema integral, es necesario contar con una estructura institucional (nacional principalmente) que vele porque los diferentes componentes del sistema están operando y funcionando de manera adecuada.

Bibliografía

- Aguilar, G. (2005) *En Busca de una Distribución Equitativa de los Beneficios de la Biodiversidad y el Conocimiento Indígena*. UICN, San José
- Albites, J. (2002) *La Protección de los Conocimientos Tradicionales en los Foros Internacionales*. Informe sobre la situación actual. Estudio preparado para el Ministerio de Ciencia y Tecnología de Venezuela. http://r0.unctad.org/trade_env/test1/meetings/delhi/Countriestext/Venezuela.doc
- Alegretti, M. H. *O poémico acordo entre Bioamazonia e a Novartis* en: <http://www.amazonpress.com.br/opiniaodoc/opi25082000.htm>
- Balick, M.J. 1990. *Ethnobotany and the identification of therapelltic agmts from the rainforest*. En: Chadwick, N.J. (Eds). *Bioactive Compounds from Plants*. Chichester, UK, Wiley & Sons
- Biber-Klemm, S. (2000) *The Protection of Traditional Knowledge on the International Level – Reflections in Connection with World Trade. UNCTAD Expert Meeting on Systems and National Experiences for Protecting Traditional Knowledge, Innovations and Practices*
- Boyle, J. *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*. Disponible en <http://www.duke.law.edu/journals/66LCPBoyle>
- Chirif, A., García, P., Smith, R. *El Indígena y su Territorio son Uno Sólo. Estrategias para la Defensa de los Pueblos y Territorios Indígenas en la Cuenca Amazónica*. OXFAM América y COICA, Lima, 1991
- Chouchena-Rojas, M., Ruiz, M., Vivas, D., Winkler, S. (Eds) 2005. *Disclosure Requirements: Ensuring Mutual Supportiveness Between the WTO TRIPS Agreement and the CBD*. IDDRI, CIEL, ICTSD, QUNO, IUCN. IUCN, Gland, Switzerland and Cambridge, UK and ICTSD, Geneva, Switzerland
- Comisión Amazónica de Desarrollo y Medio Ambiente. *Amazonía sin Mitos*. BID, PNUD, TCA, Editorial Oveja Negra, Colombia, 1994 (2da. Edición)
- Correa, C. *Alcances Jurídicos de las Exigencias de Divulgación de Origen en el Sistema de Patentes y Derechos de Obtentor*. Documentos de Investigación. Iniciativa de Prevención de la Biopiratería. Año 1, No 2, agosto 2005, Lima, Perú (disponible en <http://www.biopirateria.org>)

- Correa, C. *Protección de la Propiedad Intelectual de los Conocimientos Tradicionales Nativos a Recursos Genéticos Vegetales*. Documento distribuido durante el *Diálogo sobre Comercio, Propiedad Intelectual y Recursos Biológicos y Genéticos en América Latina*. SPDA, CEPAL, ICTSD, ANDES, QUNO. Febrero 2000, Cusco, Perú
- Daes, E. I. (1993) *Study on the Protection of the Cultural and Intellectual Property of Indigenous Peoples, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities*. United Nations Economic and Social Council. Report of the Special. Rapporteur Erica-Irene Daes. E/CN.4/Sub.2/1993/28, 28 July 1993
- Davis, M and McGlade, A. (2006) *International Human Rights Law and the Recognition of Aboriginal Customary Law*. Background Paper No.10. Law Reform Commission of Western Australia
- Denevan, V. M. *The Aboriginal Population of Amazonia*. En: Denevan, V.M. *The Native Population in the Americas in 1492*. Madison Wisconsin. University of Wisconsin Press, 1976.
- Fandiño, M.C y P. Ferreira. 1998. *Colombia biodiversidad siglo XXI: propuesta técnica para la formulación de un plan de acción nacional en biodiversidad*. En: Estrategias Nacionales de Biodiversidad en América del Sur. Perspectivas para la Cooperación Regional. Resultados del Taller para Identificación de Temas en Biodiversidad para la Cooperación e Intercambio entre los Países de América del Sur. Ministerio del Medio Ambiente. Brasilia, 2004.
- Farnsworth, N. and Akerele, O. *Las plantas medicinales en la terapéutica*. Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana. Washington, 107 (4).1989
- García Hierro, P. (1997) *Guía para Leer el Convenio 169*. Manual del Grupo de Trabajo Racimos de Ungurahui. Racimos de Ungurahui, Lima, Perú
- Gervais, DJ. (2003) *Spiritual but not Intellectual? The Protection of Sacred Intangible Traditional Knowledge*. Cardozo Journal of International and Comparative Law (JICL), vol. 11, p. 467-495. Summer 2003. Yeshiva University. <http://aix1.uottawa.ca/~dgervais/publications/>
- Grupo de Trabajo de Expertos Indígenas sobre Conocimientos Tradicionales de la Comunidad Andina de Naciones. (2004) *Elementos para la Protección Sui Generis de los Conocimientos Tradicionales Colectivos e Integrales desde la Perspectiva Indígena*. Documentos Informativos. Comunidad Andina. SG/di 724. www.comunidadandina.org.
- Indigenous World Association and Indigenous Media Network. (2005) *Review of Developments Pertaining to the Promotion and Protection of the Rights of Indigenous Peoples, Including their Human Rights and Fundamental Freedoms: Principal theme*. «Indigenous people and the international

- and domestic protection of traditional knowledge*. Joint Statement. Commission on Human Rights. Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights. Working Group on Indigenous Populations. Twenty-third sessions. 18-22 July 2005. Item 4 (b) of the provisional agenda. E/CN.4/Sub.2/AC.4/2005/CRP.3
- Lapeña, I., Ruiz, M. (Eds.) (2004) *Acceso a Recursos Genéticos. Propuestas e Instrumentos Jurídicos*. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, Lima, Perú.
- Lee Van Cott, D. (2003) *Legal Pluralism and Informal Community Justice Administration in Latin America*. Prepared for the Conference: Informal Institutions and Latin American Politics. University of Notre Dame. Notre Dame, Indiana
- Levy-Bruhl, H. (1990) *Sociologie du droit*. Paris: PUF
- Naciones Unidas. División Desarrollo Sostenible (1992). *Cumbre para la Tierra. Agenda 21*. Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Desarrollo. Río de Janeiro, Brasil, 3 al 14 de junio 1992. <http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/spanish/agenda21spchapter26.htm>
- Orellana, M. (2002) *Pueblos Indígenas, Minería y Derecho Internacional*. Mining, Minerals and Sustainable Development (MMSD). January 2002, No.2a IIED y World Business Council for Sustainable Development. http://www.iied.org/mmsd/mmsd_pdfs/002_orellana_esp.pdf
- Organización de Estados Americanos (2003) *Texto Consolidado del Proyecto de Declaración Preparado por la Presidencia del grupo de Trabajo*. Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos. Grupo de Trabajo encargado de elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. OEA/Ser.K/XVI. GT/DADIN/doc.139/03. http://scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_03/CP11570S04.doc
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2005) Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. WIPO/GRTKF/IC/8/5
- Oviedo G y Noejovich, F. (2005) *Composite Report on the Status and Trends Regarding the Knowledge, Innovations and Practices of Indigenous and Local Communities*. Regional Report: Latin America, Central and the Caribbean». Information document. [unep/cbd/wg8j/4/inf/](http://www.biodiv.org/doc/unep/cbd/wg8j/4/inf/). <http://www.biodiv.org/doc/>
- Palacio, J. (2002) *Coastal Traditional Knowledge and Cultural Values – their Significance to the Garifuna and Rest of the Caribbean Region*. Presentado en: Belize Country Conference, November 21-24. <http://www.uwichill.edu.bb/bnccde/belize/conference/papers/palacioj.html>
- Pearce, D., and Moran, D. (1994) *The Economic Value of Biodiversity*. IUCN, Earthscan Publication Ltd, London

- Pombo, D. *La Experiencia de Colombia en la Protección de los Conocimientos Tradicionales*, presentado en la UNCTAD, en octubre del 2000 (*Reunión de Expertos en Sistemas de Protección de Conocimientos Indígenas*)
- Pooma, R. y Ruiz, M. *Going home. A Manual on the Repatriation of Information from Ex Situ Conservation and Research Institutions to Countries of Origin*. Royal Botanic Gardens Kew, 2000, London
- Preafán, C. (2004) *Análisis de Usos Culturales de la Tierra. El Concepto de Uso Cultural de la Tierra*. Borrador Preliminar. CLAN. BID-EPFL. <http://www.mdb-egp.net/sds/doc/IND-CPerafanCLAN1.pdf>
- Roldan, R. (2004) *Models for Recognizing Indigenous Lands Rights in Latin America*. Biodiversity Series, Paper 99. The World Bank Environmental Department, Washington D.C
- Ruiz, M. (2002) *La Protección Sui Generis de Conocimientos Indígenas en la Amazonía*. Corporación Andina de Fomento, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, Parlamento Amazónico, Lima, Perú
- Sanchez, E., del Pilar, M., Flores, M., Ferreira P. (2000) *Protección del Conocimiento Tradicional. Elementos Conceptuales para una Propuesta de Reglamentación – El Caso de Colombia*. Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt. Bogotá, Colombia
- Secretaria del Convenio de Diversidad Biológica (2005) *Elaboración de los Elementos de Sistemas Sui Generis para la Protección de los Conocimientos, Innovaciones y Prácticas Tradicionales*. Grupo de Trabajo Ad Hoc de Composición Abierta entre Períodos de Sesiones sobre el Artículo 8(j) y disposiciones conexas del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Cuarta Reunión. Granada, España 23-27 de enero de 2006. UNEP/CBD/WG8J/4/7. <http://www.biodiv.org/doc/>
- Sing Nijar, G. (1996) *TRIPs and Biodiversity: The Threat and Responses, A Third World View*. Third World Network. Paper 2. Penang, Malaysia
- Singh Nijar, G. *Developing a Rights Regime in Defence of Biodiversity and Indigenous Knowledge*. In: Prospects in Bioprospecting, UKM, 1995
- Stavenhagen, R. (2002) *Human Rights and Indigenous Issues*. Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous peoples, submitted pursuant to Commission resolution 2001/57. Commission on Human Rights. Fifty-eight sessions. Item 15 of provisional agenda. E/CN.4/2002/97
- Stavenhagen, R. (2004) *Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous Peoples*. Addendum conclusions and recommendations of the expert seminar on indigenous peoples and the administration of justice. E/CN.4/2004/80/Add.4 27 January 2004. Human Rights and Indigenous Issues. ECOSOC

- Taubman, A. (2004) *Saving the Village: Conserving Jurisprudential Diversity in the International Protection of Traditional Knowledge*
- Ten Kate, K., and Laird, S. (1999) *The Commercial Use of Biodiversity. Access to Genetic Resources and Benefit Sharing*. Earthscan Publications Ltd, London
- Tobin, B. (2004) *Customary Law as the Basis for Prior Informed Consent of Local and Indigenous Communities*. Paper presented at the International Expert Workshop on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing III. Specific Issues for consideration in the elaboration of the IR: Indigenous Peoples-Community-level PIC for accessing Traditional Knowledge and Genetic Resources. Cuernavaca, México, octubre 24-27
- Torremans, P., Holyoak, J. (1998) *Intellectual Property Law*. Butterworths, Second Edition, London, Edinburgh, Dublin
- Tratado de Cooperación Amazónica. 1995. *Biodiversidad y Salud en las Poblaciones Indígenas de la Amazonía*. Secretaría Pro Tempore, TCA, Lima
- UNESCO (2001) *Declaración Universal sobre Diversidad Cultural*. Adoptada por la 31 Sesión de la Conferencia General de la UNESCO. Paris, 2 de Noviembre. <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160m.pdf>
- Valladolid, J. Kawsay Mama. *Madre Semilla. Importancia de la Conservación In Situ de la Diversidad y Variabilidad de las Plantas Nativas Cultivadas y sus Parientes Silvestres y Culturales en la Región Andino Amazónica del Perú*. Serie Kawsay Mama. Agosto 2005, Lima, Perú
- Verdier, R. (1986) *Civilisations paysannes et traditions juridiques*. En: *Systèmes fonciers à la ville et au village*. Paris: L'Harmattan
- Vogel, J (Ed.) *El Cartel de la Biodiversidad. Transformación de los Conocimientos Tradicionales en Secretos Comerciales*. SAN REM, ECOCIENCIA, USAID, CARE. Quito, Ecuador, 2000. Disponible en : <http://www.elcarteldebiodiversidad.com>
- WIPO (s/f) *Information Booklet on Intellectual Property and Traditional Knowledge*. Booklet N° 2. Publication No.920. http://www.wipo.int/freepublications/en/tk/920/wipo_pub_920.pdf
- World Intellectual Property Organization. *Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders*. WIPO Report on Fact Finding Mission on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998 – 1999). Geneva, April, 2001
- Yrigoyen R. (1999) *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Fundación Myrnamack. Guatemala

Oficina Regional para América del Sur

Av. de los Shyris 2680 y Gaspar de Villarroel
Edif. Mita Cobadelsa, PH, Casilla Postal 17-17-626
Quito - Ecuador

Tel: ++593 (2) 2261 075

Fax: ++593 (2) 2263 075

samerica@sur.iucn.org

www.sur.iucn.org

