

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO



MONOGRAFÍA

(PARA OPTAR AL TÍTULO ACADÉMICO DE LICENCIATURA EN
DERECHO)

**“IMPLEMENTACIÓN DE SISTEMAS JURÍDICO –
NORMATIVOS PARA LA PROTECCIÓN DE LAS PRÁCTICAS Y
CONOCIMIENTOS TRADICIONALES DE LAS COMUNIDADES
INDÍGENAS EN BOLIVIA COMO PROPIEDAD INTELECTUAL”**

INSTITUCIÓN : SERVICIO NACIONAL DE PROPIEDAD
INTELECTUAL (SENAPI)
POSTULANTE : UNIV. ANA LUCÍA MALDONADO MORALES
TUTOR ACADÉMICO : DR. ALBERTO LUNA YÁÑEZ

LA PAZ – BOLIVIA
2012

DEDICATORIA:

Este trabajo está dedicado a mis padres por ser la base fundamental del desarrollo de mi vida, por ser quienes siempre encaminaron mis pasos a un mejor futuro, por ser el ejemplo de vida a seguir y por el orgullo que representan para mi persona.

A mis hermanos, por quienes necesito ser un modelo de superación y quienes son mi complemento de vida.



AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios por haberme regalado el don de la vida, por haber llenado de su gracia divina a mi familia, por rodearme de personas maravillosas y por haberme dado los padres abnegados que tengo porque sin ellos mis logros no hubieran sido realizados.

Agradezco a mis padres por haberme impulsado cada instante de mi carrera, con y sin dificultades, porque es gracias a su formación que me hice una mujer de bien y capaz de contribuir a la sociedad.

A mis hermanos, porque también son el apoyo incesable de una tarea conjunta de formación personal, espiritual y profesional y por ser mi alegría de todos los días y por quienes siento que debo mejorar.

Agradezco a las personas maravillosas que son parte de mi vida, quienes con sus consejos y apoyo me colaboraron a la realización de este punto de culminación de mi carrera entre otros aspectos.

A la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés por ser la casa de estudios en la que obtuve mi formación académica.

Al Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI) por haberme abierto las puertas de su institución para el aprendizaje adquirido.

Agradezco, especialmente, a la Dirección de Propiedad Industrial y por ende al Señor Director Dr. Jorge Andrés Daza Guzmán, por haber prestado toda la colaboración para el desarrollo de mi trabajo dirigido, por sus enseñanzas y amistad brindadas. De la misma manera, doy gracias a mis compañeros de trabajo quienes, me acogieron como un amigo más.

A mi tutor de Trabajo dirigido por haberme guiado constantemente en la realización de este trabajo.

ÍNDICE

“CREACIÓN DE SISTEMAS JURÍDICO-NORMATIVOS PARA LA PROTECCIÓN DE LAS PRÁCTICAS Y CONOCIMIENTOS TRADICIONALES DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS EN BOLIVIA COMO PROPIEDAD INTELECTUAL”

INTRODUCCIÓN	1
 CAPÍTULO I	
EVALUACIÓN Y DIAGNÓSTICO DEL TEMA	
1. Marco Institucional.....	3
2. Marco Teórico.....	7
3. Marco Histórico	13
4. Marco Conceptual.....	15
5. Marco Jurídico Positivo Vigente y Aplicable.....	17
 CAPÍTULO II	
CONOCIMIENTOS TRADICIONALES	
1. Conocimientos Tradicionales en Bolivia	19
2. Importancia de los Conocimientos Tradicionales	25
3. Características de los Conocimientos Tradicionales	31
4. Conocimientos Ancestrales	32
5. Formas De Conocimientos Tradicionales	33
5.1. Medicina Tradicional	36
5.2. Las Semillas, y su selección	38
5.3. Prevención de Desastres climatológicos	40
5.4. Expresiones culturales y Folklore	42
6. Sistema de Patentes y Materia Patentable	43
6.1. Productos	43

6.2. Sustancias existentes en la Naturaleza	45
6.3. Patente de genes	47
6.4. Sobre los Usos	48
6.5. Métodos de Diagnósticos Terapéuticos y Quirúrgicos	49
6.6. Medicina Tradicional	49
6.7. Métodos de Diagnósticos Terapéuticos y Quirúrgicos de Países en Desarrollo	52
6.8. La Biopiratería	53
6.9. Biopiratería y Propiedad Intelectual	58

CAPÍTULO III

PROPIEDAD INTELECTUAL

1. Definición de Propiedad Intelectual	64
2. Propiedad Industrial	67
2.1. Patentes de Invención	68
2.2. Marcas	72
2.3. Dibujos y modelos industriales	76
2.4. Indicaciones geográficas de procedencia	78
3. Derechos de Autor y Derechos Conexos	80
4. Crítica a la Propiedad Intelectual	88

CAPÍTULO IV

RELACIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS Y PRÁCTICAS TRADICIONALES CON LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

1. Antecedentes políticos y jurídicos en el contexto internacional	89
2. Análisis de los Conocimientos Tradicionales	95
3. Derecho Consuetudinario	97
4. Los conocimientos tradicionales compartidos existentes en el dominio Público	100
5. La protección positiva de los conocimientos indígenas	101

6. Marco Jurídico Aplicable	105
6.1. Decisión 391, del Acuerdo de Cartagena de la CAN	105
6.2. Convenio 169, de la Organización del Trabajo OIT	106
6.3. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. UNESCO, Convención para la Salvaguarda del Patrimonio cultural e Inmaterial	110
6.4. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia	111
6.5. Convenio de Paris	113
6.6. Decisión 486 sobre el Régimen Común sobre Propiedad Intelectual	114
6.7. Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural e Inmaterial -UNESCO	115
6.8. Convenio sobre Diversidad Biológica	116
6.9. Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)	117
6.10. Declaración Interamericana Preliminar sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	119
7. Legislación Comparada	120

CAPÍTULO V

MECANISMOS Y POSIBLES FORMAS DE PROTECCIÓN

1. Justificación de la Protección de los Conocimientos Tradicionales	135
2. Protección de los Conocimientos Tradicionales	137
3. Protección Positiva	140
4. Protección Preventiva	149
5. Compatibilidades	153
5.1. Conocimientos Tradicionales y Derechos de Propiedad Intelectual	153
5.2. Conocimientos Tradicionales y Patentes	154
5.3. Conocimientos Tradicionales y las Denominaciones de Origen	157
5.4. Conocimientos Tradicionales y Diseños Industriales	157
5.5. Conocimientos Tradicionales y Bases de Datos	158
6. Medidas sui generis	160

7. Tipos de registro de conocimientos colectivos	164
--	-----

CAPÍTULO VI

ELEMENTOS DE CONCLUSIÓN

1. Conclusiones y Recomendaciones	173
2. Anexos	
3. Bibliografía.	

PRÓLOGO

La protección jurídica de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas ha cobrado gran importancia en el contexto social, jurídico, económico y cultural, consecuentemente, estos conocimientos han sido y son motivo de estudio en el plano del desarrollo de políticas nacionales e internacionales.

La propiedad intelectual "clásica" no ha logrado precautelar los aportes, creaciones, intereses y esfuerzos intelectuales pasados, presentes y futuros de los pueblos indígenas sin que estos sean retribuidos por su contribución a lo que actualmente se refleja en el campo artístico, artesanal, tecnológico, agrícola (conservación y desarrollo de nuevos cultivos, desarrollo y aplicación de técnicas de cultivo), entre otros.

Siendo América Latina una porción territorial del planeta que concentra gran parte de la diversidad biológica del mismo y congrega a muchos pueblos y comunidades indígenas, así como es el caso particular de Bolivia, no se puede permitir el rezago de estos fundamentales aspectos, por lo que, ante esta situación, se han multiplicado los esfuerzos internacionales, regionales y nacionales por impulsar marcos de político-normativos orientados a la protección jurídica de los Conocimientos Tradicionales toda vez que estos constituyen un elemento vital que merecer ser analizado desde diferentes perspectivas, en este caso la protección jurídica.

Por otra parte, el Derecho sobre la Propiedad Intelectual, estructurado en base a principios bastantes rígidos e inamovibles en el tiempo, se encuentra así experimentando un acelerado proceso de cambio en sus distintas instituciones clásicas en materia de patentes de invención, derechos de autor y de marcas, entre otros elementos de la Propiedad Intelectual como las indicaciones geográficas o denominaciones de origen. Ciertamente, los avances tecnológicos, especialmente en el campo de la tecnología de la información, las telecomunicaciones y la biotecnología, han propiciado una verdadera revolución en el pensamiento, la teoría y la legislación sobre la Propiedad Intelectual.

Sin duda, todo esfuerzo intelectual es merecedor de protección jurídica, siempre que se cumplan con ciertas condiciones y exigencias específicas planteadas por las diferentes disciplinas de la Propiedad Intelectual. Sin embargo, por la manera como fue concebido y estructurado el sistema de Propiedad Intelectual en sus orígenes, los Conocimientos Tradicionales no constituían objetos de protección de tal modo que los juristas y legisladores nunca consideraron su inclusión en el mundo de la Propiedad Intelectual.

Bajo ese contexto, es muy importante diseñar un sistema o sistemas jurídicos de Propiedad Intelectual que reconozcan el valor actual y potencial de los Conocimientos Tradicionales acumulados y depositados en los pueblos indígenas sin que ello desaliente la investigación científica y tecnológica moderna asociada a los recursos naturales, especialmente a la diversidad biológica. El reto es diseñar un sistema de Propiedad Intelectual que respete la diversidad cultural y sus expresiones colectivas, siempre en el marco de una economía global sostenida en su crecimiento por la ampliación de nuevos mercados.

Dr. Jorge Andrés Daza Guzmán
DIRECTOR DE PROPIEDAD INDUSTRIAL
SERVICIO NACIONAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL

INTRODUCCIÓN

Los conocimientos tradicionales están relacionados con la memoria larga y la memoria corta¹, y especialmente con la memoria colectiva que conservan las comunidades campesinas e indígenas de Bolivia, memoria relacionada a lo que ha sido su historia y resistencia, (altiplano, valles, llanos y chaco de Bolivia), usos saberes, costumbres y prácticas transmitidas por indígenas, campesinos y afrobolivianos de generación en generación desde mucho antes del proceso de colonización.

Las tradiciones que perviven, se han ido transmitiendo de generación en generación como forma de conservar esos conocimientos. El término tradicional hace referencia a esos conocimientos que ya son parte de la costumbre, relación, convivencia, producción y reproducción de vida de estas comunidades indígenas y campesinas con el mundo exterior porque estos han formado el ser y esencia de su naturaleza, la cual se va transmitiendo y que no pueden ser desvirtuados, ni tampoco apropiados por una persona o empresas nacionales, transnacionales, por medio del apoderamiento de estos recursos renovables y no renovables, tangibles e intangibles, es decir la naturaleza de la cultura y el conocimiento libre; son parte del saber, conocimiento, y práctica colectiva, además de coexistencia de estos pueblos.

Las normas de propiedad intelectual no consienten la protección a los derechos culturales, y generación de conocimiento de las comunidades indígenas, campesinas y afrobolivianas en Bolivia, lo cual, unido al proceso actual de la Asamblea Constituyente, es una gran oportunidad para que dichos conocimientos denominados tradicionales, sean insertados dentro de la Constitución Política del Estado en Bolivia, fortaleciendo las políticas públicas en estos campos. Protegiendo la producción de conocimiento, acceso a la información

¹Oprimidos pero no vencidos, Silvia Rivera Cusicanqui.

de las comunidades campesinas, indígenas y afrobolivianas; con el fin de evitar que los conocimientos sean insertados en una forma colonizadora de explotación.

Los conocimientos tradicionales en Bolivia son un tema aun no discutido por la misma legislación y menos existe un verdadero conocimiento por parte de las comunidades indígenas y campesinas, es decir los verdaderos poseedores y creadores, de sus potencialidades. Estas no tienen las potestades que se han ido concediendo en torno a los derechos de propiedad intelectual, creaciones de la mente humana en base a sus conocimientos, prácticas usos y costumbres. Estos están en la mira de la lógica neoliberal de libre comercio. Es por eso que muchos de los saberes que estos tienen han sido reutilizados, con el fin mercantil capitalista tergiversando la esencia lógica de las comunidades indígenas y campesinas. Se busca establecer las bases para una protección sui generis en Bolivia, la cual sea establecida desde las mismas comunidades campesinas, indígenas y afroboliviana encontrando en esta forma de protección un respeto a sus usos saberes y costumbres dentro de la Constitución.

CAPÍTULO I

EVALUACIÓN Y DIAGNÓSTICO DEL TEMA

1. MARCO INSTITUCIONAL

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI)

Los orígenes de la OMPI se remontan a 1883, año en que se adoptó el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Intelectual, que creaba una Oficina Internacional encargada de llevar a cabo tareas administrativas. Posteriormente, en 1886, se adoptó el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, que creaba también su respectiva Oficina Internacional. En 1893, esas dos oficinas se unieron para formar lo que se denominarían Oficinas Internacionales Reunidas para la Protección de la Propiedad Intelectual, con sede, primero en Berna y, a partir de 1960, en Ginebra. En 1967, las mencionadas oficinas fueron sustituidas por la Oficina Internacional de la OMPI, mediante la firma en Estocolmo del Convenio constitutivo de la Organización Mundial para la Propiedad Intelectual, que entró en vigor en 1970.

En 1974, la OMPI pasó a ser un organismo especializado de las Naciones Unidas. La sede de la OMPI se encuentra en Ginebra.

MIEMBROS, ESTRUCTURA Y FINANCIACIÓN

Puede ser miembro de la OMPI todo Estado que sea miembro de la Unión de París o de la Unión de Berna. La OMPI cuenta actualmente con 183 Estados miembros. La estructura orgánica de la OMPI es la siguiente:

- Asamblea General: está formada por los Estados miembros de la OMPI que también sean miembros de una de las Uniones y se reúne una vez cada

dos años en sesión ordinaria. Entre sus principales funciones están las de designar al Director General a propuesta del Comité de Coordinación, examinar y aprobar los informes del Director General y los informes y las actividades del Comité de Coordinación, adoptar el presupuesto bienal de los gastos comunes a las Uniones y el reglamento financiero de la Organización.

- Conferencia: está formada por las partes del Convenio y se reúne en sesión ordinaria cada dos años. Entre otras funciones, es el órgano competente para adoptar modificaciones del Convenio y para examinar las cuestiones de interés general en el ámbito de la propiedad intelectual, pudiendo adoptar recomendaciones relativas a esas cuestiones.
- Comité de Coordinación: está formado por miembros elegidos entre los miembros del Comité Ejecutivo de la Unión de París o el Comité Ejecutivo de la Unión de Berna y se reúne en sesión ordinaria una vez al año, siendo su función esencial la de aconsejar a los demás órganos.
- Oficina Internacional: con sede en Ginebra, se encarga de coordinar las reuniones de los Estados miembros, de aplicar sus decisiones, de administrar los sistemas internacionales de registro de la propiedad intelectual, de desarrollar y ejecutar programas y de asistir a los miembros de la organización proporcionándoles acceso a una importante fuente de conocimientos sobre propiedad intelectual. Está dirigida por un Director General elegido por la Asamblea General por un periodo de seis años. Francis Gurry, de nacionalidad australiana, fue nombrado Director General de la OMPI y Secretario General de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV) el 1 de octubre de 2008, en sustitución del sudanés Kamil Idris. El Sr. Gurry es, además, fundador y jefe del Centro de Mediación y Arbitraje de la OMPI.

Por otra parte, diecinueve asambleas y demás órganos de los Estados miembros y de las Uniones administradas por la OMPI se reúnen generalmente en períodos de sesiones ordinarios o extraordinarios a finales de septiembre.

Además, la OMPI con cuatro oficinas además de su sede en Ginebra, sitas en Nueva York, Tokyo, Rio de Janeiro y Singapur.

Los recursos principales del presupuesto ordinario de la OMPI proceden principalmente de las tasas pagadas por los usuarios privados de los servicios de registro internacional y de las contribuciones abonadas por los gobiernos de los Estados miembros. Todos estos ingresos permiten financiar los gastos de funcionamiento de la OMPI que actualmente rige su administración financiera según lo dispuesto en el presupuesto por programas para el bienio 2010-2011 aprobado por los Estados miembros el 1 de octubre de 2009.

FUNCIONES

El objetivo principal de la OMPI es desarrollar un sistema de propiedad intelectual internacional que sea equilibrado y accesible y que recompense la creatividad, estimule la innovación y contribuya al desarrollo económico, salvaguardando a la vez el interés público.

Sus funciones principales consisten en armonizar legislaciones y procedimientos nacionales en materia de propiedad intelectual; prestar servicios de tramitación para solicitudes internacionales de derechos de propiedad industrial; promover el intercambio de información en materia de propiedad intelectual; prestar asistencia técnico-jurídica a los Estados que la soliciten; facilitar la solución de controversias en materia de propiedad intelectual en el sector privado, y fomentar el uso de las tecnologías de la información y de Internet, como instrumentos para el almacenamiento, el acceso y la utilización de valiosa información en el ámbito de la propiedad intelectual.

Las actuaciones de la OMPI se rigen por el Plan Estratégico a Medio Plazo 2010-2015, que recoge las nueve metas estratégicas que ya habían sido aprobadas en su día por los Estados miembros en el marco del presupuesto por programas revisado correspondiente al anterior bienio 2008-09.

También administra actualmente más de veinte tratados (dos de ellos con otras organizaciones internacionales) sobre distintas materias: patentes (PTC); marcas (sistema de Madrid); diseños (sistema de La Haya), dibujos y modelos industriales; denominaciones de origen (sistema de Lisboa); protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión; obras literarias y artísticas; propiedad intelectual; distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite.

SERVICIO NACIONAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL (SENAPI)

En Bolivia, el 16 de septiembre de 1997 se crea el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual en el marco de la Ley 1788, como un órgano desconcentrado, encargado de administrar el régimen de la Propiedad Intelectual en Bolivia.

La Organización y Funciones del Servicio Nacional de Propiedad Intelectual se establecen por mandato del D.S.25159 de 4 de septiembre de 1998 que es reemplazado por el D.S.27938 de 20 de diciembre de 2004 a su vez modificado en parte por el D.S.28152 de 17 de mayo de 2005.

El Servicio Nacional de Propiedad Intelectual es una institución pública desconcentrada, con competencia de alcance nacional, tiene autonomía de gestión administrativa, legal y técnica; con la misión de administrar en forma desconcentrada e integral el régimen de la Propiedad Intelectual en todos sus componentes, mediante una estricta observancia de los regímenes legales de la Propiedad Intelectual, de la vigilancia de su cumplimiento y de una efectiva protección de los derechos de exclusiva referidos a la propiedad industrial, al

derecho de autor y derechos conexos, constituyéndose en la oficina nacional competente respecto de los tratados internacionales y acuerdos regionales suscritos y adheridos por el país, así como de las normas y regímenes comunes que en materia de Propiedad Intelectual se han adoptado en el marco del proceso andino de integración. Las funciones y atribuciones del Servicio Nacional de Propiedad Intelectual se establecen en los Arts. 9 y 10 del D.S.27938 y Art.4 del D.S.28152.²

2. MARCO TEÓRICO

LAS INSTITUCIONES, LOS DERECHOS DE PROPIEDAD Y EL INTERCAMBIO

Diversos sistemas institucionales interactúan en el intercambio de conocimientos vernáculos: las reglas de la comunidad étnica; las legislaciones nacionales y el sistema económico; las prácticas habituales de los laboratorios científicos y las corporaciones transnacionales y las normas o acuerdos internacionales.

Dentro de este panorama institucional, se manifiestan numerosos intereses. Los shamanes desempeñan un papel clave en el sistema de conocimientos de las comunidades tradicionales pero interactúan con la estructura de poder del conjunto del grupo. Las autoridades tradicionales de estos grupos y los miembros de los consejos intervienen en las decisiones relativas a los conocimientos de la comunidad. Los potenciales desertores introducen en escena otros intereses (individuales) que, en ciertas ocasiones, influyen en las negociaciones y crean conflictos. En el plan nacional, los gobiernos, las empresas nacionales, las universidades, los laboratorios de investigación y las asociaciones cívicas tienen sus intereses particulares relacionados con estas transacciones de conocimientos

² <http://www.senapi.gob.bo>

étnicos. Las corporaciones transnacionales, los organismos internacionales oficiales y las ONG's son los principales actores internacionales en este escenario.

Los derechos de propiedad no suelen estar bien definidos antes de estos intercambios. Al final, evolucionan en función de la interacción de los intereses individuales y colectivos. Los acuerdos internacionales relacionados con la gestión de la propiedad intelectual; las legislaciones nacionales que rigen la propiedad intelectual, la protección de la biodiversidad y otros temas pueden influir en el sistema de conocimientos de la comunidad a través de estas transacciones. Estas influencias pueden inducir cambios en la comunidad. La evolución de la vida social en la comunidad dependerá de cómo filtra, asimila o modifica las normativas y los acuerdos, y de cómo los interpretan sus miembros. Esto suele hacerse según los términos de sus propias instituciones. Por consiguiente, las transacciones de conocimientos étnicos son complejas. Comprenden la interacción de las instituciones, las comunidades, los individuos y los recursos, y cómo estos actores sociales e individuales establecen reglas con el fin de gestionar y regir los intercambios y los derechos de propiedad sobre el conocimiento.

LAS INSTITUCIONES ECONÓMICAS DE LAS COMUNIDADES ÉTNICAS

Los mercados nacionales constituyen marcos institucionales que pueden invalidar las prácticas comerciales en torno al intercambio de conocimientos vernáculos. El papel de las instituciones de la comunidad en el ámbito local es crucial en este proceso. Los análisis de caso han demostrado que las comunidades locales muchas veces filtran e ignoran las reglas establecidas por los Estados nacionales. Pueden modificar sus propias reglas, generando instituciones locales -normas en uso- y patrones de actividad que pueden ser muy diferentes de las expectativas de quienes diseñaron las políticas. Parece razonable pensar que el respeto por las instituciones locales puede contribuir a invertir la tendencia al deterioro de los conocimientos vernáculos.

Los sistemas culturales y los acuerdos institucionales internos de los grupos étnicos son muy diversos. No se puede realizar un análisis simultáneamente para todos. Por esta razón, en las próximas páginas abordamos las instituciones económicas indígenas de los grupos étnicos de la Amazonía y América Central.

LOS SISTEMAS ECONÓMICOS DE LA COMUNIDAD

La vida económica en las sociedades indígenas de la región amazónica es el resultado de la interacción entre cultura y mundo natural. En el contexto tradicional de estas comunidades, la vida económica no persigue la acumulación de riquezas, ni tampoco pretende mejorar los niveles de vida de los actores individuales. Además, no es una esfera separada del resto de la vida social. De hecho, es parte de una rutina plenamente conectada al ritual social y a la vida política. En el marco de esta idea, es imposible separar los derechos de propiedad intelectual, cultural y científica puesto que todos pertenecen a una sola entidad, la propiedad comunitaria (Calle 1999).

Las comunidades indígenas no poseen una noción de la propiedad privada individual por encima de los recursos o los conocimientos. La propiedad tiene manifestaciones intangibles y espirituales. La naturaleza constituye un continuum con el yo, con la cultura y los rituales. Esta conversión holística no permite segmentar las partes de modo que el conocimiento se convierta en la propiedad individual de un miembro de la comunidad.

Los procesos de producción están regidos por la necesidad y no por la búsqueda de un excedente que se realizará en el intercambio. Los procesos de intercambio, cuando ocurren, están regidos por motivaciones similares. No pretenden obtener ningún tipo de ventaja, sólo cubrir una necesidad específica.

Sin embargo, es cada vez más difícil para las comunidades indígenas aislarse de la influencia de la economía de mercado que las rodea y que pretende influir en

ellas imponiendo sus valores y principios. Esto es lo que ha sucedido con algunas sociedades indígenas en la región de la Amazonía (Smith y Wray 1995), que han conseguido configurar un sistema económico híbrido donde las prácticas y valores tradicionales coexisten con los mecanismos de mercado. Lo mismo ha sucedido con las comunidades miskito, en Nicaragua, o con los shuar de Melanesia, cuyos chamanes han convertido sus conocimientos en mercancía (Dutfield, 1999).

EL INTERCAMBIO

Las economías indígenas son básicamente economías de reciprocidad. Están regidas por un principio que puede ser interpretado como un intercambio diferido. Algunos observadores lo han interpretado como una economía del don. Todas las sociedades inculcan a sus jóvenes un fuerte sentido de los valores que los obligan a compartir los bienes materiales. Todos los miembros de la sociedad están sujetos a un sólido imperativo moral que los obliga a recibir, aceptando con ello una nueva relación basada en la deuda adquirida. La propia esencia de esta economía -y lo que mantiene el flujo de bienes y servicios entre donantes y receptores- es la obligación de dar algo como muestra de reciprocidad. La acumulación de ganancias y riquezas no ha sido incorporada a estas economías del don (Smith y Wray 1995: 163).

Los intercambios formales adoptan diferentes formas, algunas dentro de un grupo de parentesco y otras entre miembros de diferentes grupos. En términos generales, todos los grupos indígenas de la Amazonía producen bienes materiales similares y tienen acceso a recursos similares. Sin embargo, los alimentos preparados suelen ser el objeto de un intercambio ceremonial, como en el caso de la "chicha" una bebida preparada con la mandioca (Ibid 164).

El acto de intercambio en sí mismo es más importante que los bienes que cambian de manos. Esto se explica por la importancia de la relación social entre el donante y el receptor. En este sistema de libre intercambio, dar y recibir están destinados a asegurar la consolidación de los lazos de solidaridad (Ibid 166).

ELEMENTOS DE CAMBIO HACIA MODELOS HÍBRIDOS

Según un estudio realizado por la organización amazónica COICA, este tipo de intercambio siempre ha estado presente en las sociedades indígenas. La innovación tecnológica y las nuevas ideas han circulado entre sus comunidades, superando obstáculos impuestos por la lengua, la cultura y la política, gracias a la existencia de redes de intercambio (Smith y Wray 1995). El ritmo del cambio, que inicialmente era lento y estaba limitado por los medios rudimentarios de comunicación, ha aumentado espectacularmente en los últimos tiempos, y se realizan enormes esfuerzos para asimilar los cambios de modos que tengan sentido en el plano tradicional. Estos cambios, fundamentalmente provocados por la relación con la economía de mercado, han obligado a los pueblos indígenas a recrear y reorganizar su sociedad, definiendo así las relaciones sociales internas, junto con las relaciones de producción y distribución y, a la larga, han afectado al sistema de valores y creencias. La nueva situación afecta a la manera en que las comunidades y los actores extranjeros negocian acuerdos relacionados con los conocimientos vernáculos.

Una consecuencia del proceso de transición es el deterioro del sistema cultural ideológico que integra los componentes de la vida social y articula un sistema global de vida (Smith y Wray 1995: 177). Una de las pérdidas más importantes es la de sus conocimientos tradicionales. En este aspecto, las escuelas públicas que niegan estos conocimientos promueven su pérdida y arrojan como resultado una población indígena joven menos adaptada a sus economías locales y con pocos recursos explotables en su nueva economía mixta.

En el caso de la nueva economía amazónica, tiene la tendencia a combinar el intercambio recíproco con la acumulación de ganancias, cada vez más frecuentemente, entre quienes pueden hacerlo. El intercambio recíproco de los excedentes productivos y fuerza laboral disponible para los parientes ahora compite con la necesidad de vender el excedente a cambio de dinero (Ibid 181).

LA NUEVA ECONOMÍA INDÍGENA

Los grupos indígenas amazónicos se han movilizad rápidamente para establecer lazos con el mercado, impulsados por sus crecientes "necesidades", como el Bora Ampiyacua llama a sus necesidades de bienes de mercado. La cría de ganado, la producción tradicional de hamacas, los camiones y botes que pertenecen a la comunidad, y las tiendas con productos comerciales, así como la venta de frutas exóticas, son sólo algunas de las estrategias emprendidas en tiempos recientes (Smithy Wray 1995: 224).

En los últimos dos o tres decenios, las organizaciones indígenas han dado lugar en la práctica a un modo colectivo de elaboración y funcionamiento de los proyectos, una orientación aparentemente compatible con la función social de la economía del don. Como consecuencia, muchas de las iniciativas económicas entre los pueblos indígenas son colectivas, lo cual significa que la iniciativa es propiedad de un órgano colectivo, con algunos elementos de una identidad institucional formal, como la comunidad, la cooperativa o la federación. Sin embargo, hay confusión en muchas comunidades actuales con respecto al uso individual de la propiedad colectiva. Esta confusión es sumamente complicada cuando la comunidad o asociación comunitaria se convierte en propietaria de una empresa orientada hacia el mercado. Los miembros de la mayoría de las comunidades no poseen una gran tradición de actividad económica colectiva en ese plano: la insistencia en una actividad de ese tipo, en gran medida por razones ideológicas, ha conducido a un fracaso generalizado de las empresas colectivas.

LAS INSTITUCIONES

Los recursos intelectuales y simbólicos son una forma importante de capital en las comunidades. Comprenden todos los conocimientos sobre los bosques, los suelos, los animales y la manufactura de los instrumentos necesarios para mantener la vida en la comunidad. Entre éstos se encuentran los conocimientos curadores del chamán, el conocimiento especializado de canciones, canciones-oraciones y danzas. También incluyen los conocimientos de las mujeres sobre la crianza de los hijos, la agricultura, formas de arte y relaciones sociales.

Estos recursos son sumamente importantes para que un pueblo indígena pueda mantener su coherencia cultural. Al mismo tiempo, son recursos muy vulnerables, puesto que se transmiten casi exclusivamente a través de formas orales o rituales en las lenguas indígenas. Una de las amenazas que penden sobre estos recursos es la educación pública y la enseñanza religiosa promovida por el Estado, las misiones religiosas o alguna combinación de ambas. Las dos tienen la tendencia a reemplazar los recursos intelectuales y simbólicos indígenas con los de la sociedad dominante, con lo cual empobrecen progresivamente a los primeros. Además, las relaciones asimétricas de poder e información entre las comunidades y los actores extranjeros es en sí mismo otro serio riesgo para la conservación y desarrollo de su sistema de conocimientos.

3. MARCO HISTÓRICO

Desde fines del siglo XX se producen profundos cambios en las regulaciones internacionales de los DPI, marcados por la tendencia a elevar los niveles de protección y la homogeneización de las normas regionales y locales. Son

manifestaciones de la transformación jurídico-institucional que acompaña las políticas neoliberales globales. Tal como señalan algunos intelectuales neoliberales, la economía global requiere marcos regulatorios nacionales e internacionales que garanticen la inviolabilidad de los contratos, faciliten y reduzcan los costos de las transacciones, y resguarden a los inversionistas extranjeros y nacionales de medidas locales expropiatorias directas o indirectas. La economía globalizada requiere de un blindaje de la «seguridad jurídica» de las inversiones transnacionales. Tras ese objetivo de afirmar una certidumbre jurídica global de las inversiones, desde los años ochenta, se ha empujado en múltiples niveles un conjunto de reformas legales e institucionales centradas en la depuración liberal de los regímenes propietarios (toda la gama de derechos reales: sobre recursos naturales, bienes materiales e inmateriales, susceptibles de inversión), regímenes arancelarios, etc. A nivel internacional se han uniformado normas y establecido disciplinas globales y mecanismos de resolución de controversias y sanciones, donde puedan acudir no sólo los estados sino directamente los inversionistas. La formación de la Organización Mundial de Comercio (OMC), los Acuerdos Regionales de Comercio, y los ya más de 2000 Tratados Bilaterales de Inversión, forman parte de este denso proceso de construcción de un nuevo régimen internacional de comercio, con un reduccionista concepto del Rule of Law. Emerge un nuevo régimen internacional de comercio que ha introducido una problemática fragmentación del Derecho Internacional Público. En este contexto, no es sorprendente la transformación del marco regulatorio internacional de los Derechos de Propiedad Intelectual, operada con el impulso de los países del norte y los consorcios farmacéuticos, biotecnológicos y de la industria cultural. Debe considerarse que, en la economía global, el valor y fuerza de las corporaciones se mide cada vez más según el valor de su cartera de patentes y marcas más que por su capacidad productiva. La propiedad industrial pasó a jugar una función de barreras de mercados, y un mecanismo de constitución de monopolios.

Hoy estamos ante un denso marco regulatorio mundial de propiedad intelectual, cuyos cimientos están ya construidos. Un marco regulatorio que ha pasado a ser uno de los pilares del régimen internacional de comercio. Un régimen internacional vinculante para los Estados, por medio de una malla de Tratados multilaterales, regionales y bilaterales, que establecen obligaciones y plazos perentorios para adaptar los ordenamientos jurídicos nacionales.

4. MARCO CONCEPTUAL

- **PUEBLOS INDÍGENAS.-** Son los grupos étnicos descendientes de los pobladores originarios, que conservan culturas propias e instituciones, mitologías, usos, costumbres, tradiciones particulares, formas de gobierno y organización social y política; se identifican como indígenas, aplican sistemas normativos, de control y regulación social propios, y han asumido en mayor o menor medida prácticas culturales y valores contemporáneos.³
- **CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.-** Hace referencia a creaciones artísticas e innovaciones científicas que han sido desarrolladas durante generaciones por parte de comunidades indígenas locales.
- **DERECHO CONSUECUDINARIO.-** También llamado usos y costumbres, es una fuente del Derecho. Son normas jurídicas que se desprenden de hechos que se han producido repetidamente, en el tiempo, en un territorio concreto. Tienen fuerza vinculante y se recurre a él cuando no existe ley (o norma jurídica escrita) aplicable a un hecho. Conceptualmente es un término opuesto al de Derecho escrito.
- **EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES.-** Las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclor son todas las formas tangibles o intangibles en que se expresan, aparecen o se manifiestan los conocimientos y la cultura tradicionales, y comprenden las siguientes

³<http://desplazados.antropologiamedica.com/index>.

formas de expresión o combinaciones de las mismas: las expresiones verbales, tales como los relatos, las gestas épicas, las leyendas, la poesía, los enigmas y otras narraciones; las palabras, los signos, los nombres y los símbolos; las expresiones musicales, tales como las canciones y la música instrumental; las expresiones corporales, tales como las danzas, las representaciones escénicas, las ceremonias, los rituales y otras interpretaciones o ejecuciones, independientemente de que estén o no fijadas en un soporte; las expresiones tangibles, tales como las obras de arte y, en particular, dibujos, pinturas (incluidas las pinturas corporales), tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, forja, joyería, cestería, labores de punto, textiles, cristalería, tapices, indumentaria; artesanía; instrumentos musicales; y obras arquitectónicas;

- **RECURSOS GENÉTICOS.-** En el Artículo 1 de la Decisión 391, la CAN define recurso genético como “todo material de naturaleza biológica que contenga información genética de valor o utilidad real o potencial”.
- **BIODIVERSIDAD.-** Biodiversidad o diversidad biológica es, según el Convenio Internacional sobre la Diversidad Biológica, el término por el que se hace referencia a la amplia variedad de seres vivos sobre la Tierra y los patrones naturales que la conforman, resultado de miles de millones de años de evolución según procesos naturales y también de la influencia creciente de las actividades del ser humano. La biodiversidad comprende igualmente la variedad de ecosistemas y las diferencias genéticas dentro de cada especie que permiten la combinación de múltiples formas de vida, y cuyas mutuas interacciones con el resto del entorno fundamentan el sustento de la vida sobre el planeta.

La Cumbre de la Tierra celebrada por Naciones Unidas en Río de Janeiro en 1992 reconoció la necesidad mundial de conciliar la preservación futura de la biodiversidad con el progreso humano según criterios de sostenibilidad o sustentabilidad promulgados en el Convenio internacional

sobre la Diversidad Biológica que fue aprobado en Nairobi el 22 de mayo de 1992, fecha posteriormente declarada por la Asamblea General de la ONU como Día Internacional de la Biodiversidad. Con esta misma intención, el año 2010 fue declarado Año Internacional de la Diversidad Biológica por la 61ª sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2006, coincidiendo con la fecha del Objetivo Biodiversidad 2010.

5. MARCO JURÍDICO POSITIVO VIGENTE Y APLICABLE

A continuación se menciona la normativa vigente y aplicable en cuanto a propiedad intelectual se refiere y que, capítulos más adelante serán desarrolladas:

NORMAS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

- Décima Clasificación de Niza.
- Novena Clasificación de Niza.
- Decisión de la CAN N° 486 (Régimen Común sobre Propiedad Industrial).
- Convenio de París (Protección de la Propiedad Industrial).
- Decisión de la CAN N° 391 (Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos).
- Convenio Sobre la Diversidad Biológica
- Ley de Privilegios Industriales.

NORMAS DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

- Decisión de la CAN No. 351 (Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos)
- Convención de Berna (Protección de las Obras Literarias y Artísticas).
- Convención de Roma (Protección a Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión). 26/10/1961

NORMAS INTERNAS

- Reglamento de Procedimiento Interno de Propiedad Industrial y Observancia del Servicio Nacional De Propiedad Intelectual -

NORMATIVA REFERENCIAL

- Adhesión de Bolivia al Convenio Internacional sobre la Protección de las Obtenciones Vegetales de la UPOV.
- Ley de Derecho de Autor.
- Ley General sobre Marcas y Registros Industriales y Comerciales.
- Ley N° 2341 – Ley de Procedimiento Administrativo.
- D.S. 29004 -Anuencia previa en un procedimiento de solicitud de patente de producto y/o proceso de invención farmacéutica.
- D.S. 28152 - Realizar modificaciones, adecuaciones y complementaciones al Decreto Supremo N° 27938 de 20 de diciembre de 2004.
- D.S. 27938 Organización y Funcionamiento del Servicio Nacional de Propiedad Intelectual - SENAPI.
- D.S. 23069 -Crea el Consejo Nacional de Semillas.
- D.S.16762 - Depósito Legal Obligatorio de Obras de Producción Nacional.
- D.S. 5918 - Proteger el Acervo Artístico y Cultural de la Nación.
- Reglamento de la Decisión N° 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y Reglamento de Bioseguridad.

CAPÍTULO II

CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

1. CONOCIMIENTOS TRADICIONALES EN BOLIVIA.

Bolivia cuenta con 12 ecoregiones (con varias subecoregiones) y miles de ecosistemas. Algunos de estos ecosistemas son de particular valor e importancia para la conservación por ser centros de diversidad biológica, endemismo y por su condición o grado de amenaza. Entre estos ecosistemas por ejemplo se encuentran los bosques húmedos de la Amazonía y los bosques andinos. De acuerdo a estudios e inventarios aún incompletos, en el país se registraron hasta el momento alrededor de 14.000 especies de plantas nativas con semillas (sin incluir helechos, musgos, algas), pero se estima que se tiene más de 20.000 especies. Además, se conocen más de 1.200 especies de helechos y más de 1.500 especies de hepáticas o musgos.

Dada esta riqueza, en el contexto internacional, Bolivia es considerada un país "megadiverso". Se encuentra entre los diez países con mayor riqueza de especies de vertebrados. Posiblemente ocupa el cuarto lugar mundial entre los países con mayor riqueza de mariposas. Está también entre los diez primeros con mayor diversidad de aves y mamíferos, entre los once con mayor diversidad de peces de agua dulce y entre los trece con mayor riqueza de especies de anfibios y escarabajos tigre.

Por otra parte, se conocen alrededor de 50 especies nativas domesticadas y alrededor de 3.000 especies de plantas medicinales utilizados a nivel local o

regional. La situación de las áreas clave para la conservación de los recursos genéticos in situ, es poco conocida y no considerada en políticas y normas. El instrumento de conservación in situ más importante actualmente, es el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SNAP), cuyo objetivo central es la conservación estratégica de muestras representativas de los componentes de la biodiversidad, tanto en cantidad (superficie) como en calidad (estado de conservación).

Existen docenas de áreas protegidas, parcialmente creadas de manera formal y legal, y parcialmente tienen un estatus incierto, 21 áreas conforman el SNAP. Estas áreas protegidas estatales ocupan un total de más de 175.000 km², equivalente al 17 % de la superficie territorial del país.

Si bien existe un régimen especial de áreas protegidas, actualmente su estructura es débil aún en relación a otros elementos de conservación y manejo de recursos naturales.

Apenas e insuficientemente se han tomado en cuenta factores como el rescate y conservación de conocimientos tradicionales sobre el manejo de recursos naturales, el uso de tecnologías agropecuarias adecuadas y las condiciones de pobreza de las poblaciones locales, que ejercen mayor presión sobre estos recursos, a fin de satisfacer sus necesidades básicas pero que según se ve no se ha identificado mayor avance.

En cuanto a los conocimientos tradicionales relacionados a los recursos genéticos hasta el día de hoy el Gobierno Boliviano no ha diseñado ninguna política consensuada con los actores directos de la misma ya sea para “proteger y/o defender” estos conocimientos, aunque ha demostrado interés en el tema .

“(…) Bolivia declaró que las cuestiones que atañen a los conocimientos tradicionales, los recursos genéticos y el folclore son de máxima importancia para su país, ya que la mayoría de la población pertenece a

pueblos indígenas como el quechua, el guaraní, el mojeño y otros. Dijo que se trata de una exigencia de esta mayoría, junto con la población restante, a la cual representa.... Señaló que ésta es la razón por la que el Comité ha de responder a la necesidad, que no sólo proviene de Bolivia, sino de una gran mayoría de países, de disponer con la mayor prontitud de un instrumento internacional vinculante desde el punto de vista jurídico que proteja los recursos frente a actos de apropiación indebida”.

Por lo que se deduce la disposición del gobierno boliviano por tomar medidas en cuanto a los conocimientos tradicionales, la misma se reafirma con la siguiente declaración:

“Bolivia está atravesando un nuevo proceso que se inició con la llegada a su cargo del Presidente Evo Morales, el primer presidente indígena de Bolivia. La riqueza del folclore y los recursos genéticos se ha mantenido hasta la actualidad en su forma de conocimientos tradicionales ancestrales. Se formularan nuevas políticas que tengan un reconocimiento práctico de la tecnología indígena en la soberanía de los recursos nacionales, es decir, en la recuperación y el mantenimiento del saber, el uso y las costumbres en la gestión de estos recursos naturales, la democratización en el uso de la biodiversidad, la participación soberana en las áreas protegidas, la protección del valor interno y el mantenimiento de las prácticas y conocimientos tradicionales en los derechos colectivos en materia de biodiversidad, democratización efectiva y acceso de los pueblos indígenas y comunidades campesinas a los recursos forestales y a la biodiversidad, con el fortalecimiento de las organizaciones sociales para un uso y transformación sostenible”.

Todo lo anteriormente vertido por representantes del actual gobierno Boliviano sirve como base para que el presente trabajo de investigación pueda definir un

mecanismo para cuidar, proteger y/o defender los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos específicamente.

Las comunidades indígenas, campesinas y afrobolivianas han utilizado los conocimientos tradicionales (CCTT) durante siglos, bajo sus propias leyes, usos, costumbres, prácticas y tradiciones. Los CCTT han sido transmitidos y han ido evolucionando de generación en generación.

Los CCTT son todos los conocimientos que han servido a que su relación con la naturaleza sea armónica, y eficiente en el sentido de que los beneficios que han obtenido estas comunidades indígenas, campesinas, y afrobolivianas, son muy elevados ya que han logrado en muchos casos sobrevivir solamente con dicha correlación, esta se ha regido en pilares que sostienen su vida y su relación material e inmaterial de un respeto, conservación y búsqueda de conocimiento en la biodiversidad. Lo que es “tradicional” acerca del conocimiento tradicional no es solo su antigüedad, la cual también es un factor elemental en la convivencia de las comunidades campesinas e indígenas sino la forma en que es adquirido y usado, la convivencia. En otras palabras, el proceso social de aprendizaje e intercambio de conocimiento, que es único para cada cultura indígena, yace en el corazón de su “tradicionalidad”. Muchos de estos conocimientos son de hecho nuevos debido a que van resolviendo dificultades que el capitalismo en su forma de exterminio y explotación ha asociado en la forma de convivencia de indígenas y campesinos, absorbiéndolos en el consumo y en la alineación. Pero a pesar de esto mantienen un significado cultural y social, mas un carácter legal enteramente distinto al que el conocimiento capitalista quiere de los pueblos y comunidades indígenas. Los CCTT se componen principalmente de conocimientos que han sido desplegados en el pasado, pero que continúan evolucionando, no son estáticos dado que evolucionan y generan nueva información como resultado de las mejoras o adaptaciones a circunstancias cambiantes. De hecho, la mayor parte de los CCTT no son de naturaleza

contemporánea, ya que han sido utilizados por varias generaciones; (no solo en el área rural sino también urbana, esto debido a la migración rural-urbana) en muchos casos ha sido recogida y publicada por antropólogos, historiadores, botánicos u otros investigadores y observadores. Esta ha sido una práctica muy frecuente la cual ha despojado a las mismas comunidades de su sabiduría y conocimiento, ya que dichos investigadores y observadores se han apropiado de lo recolectado.

Básicamente el conocimiento tradicional corresponde a la sabiduría milenaria, y su práctica puede resultar en innovación colectiva o individual, con valor real y potencial derivada de la relación simbólica y asociante de las comunidades campesinas e indígenas con su entorno natural y entre sus miembros, lo cual les ha permitido la disponibilidad sostenible de dichas relaciones con los recursos naturales. Pero también ha significado una forma de crecimiento político y social, (no económico), debido a que la estructura de las mismas organizaciones ha sido conformada en base a las necesidades internas y exigencias externas, es decir, de acuerdo a la inclusión por medio del trabajo y a la sabiduría que han debido mantener para el aprovechamiento de la naturaleza.

La estructura político social, de las instituciones tiene una connotación de deidad ya que se comparaba, por ejemplo al Inca con los dioses, esto se fue heredando al ver la importancia de las autoridades las cuales se fueron entremezclando con las nuevas heredadas de la colonización y la República. Organizaciones originarias que aun existen, con un corte político económico y social por ejemplo los ayllus, capitanías, markas, etnias, etc., en donde la autoridad es un elemento fundamental de la normal interrelación de los mismos componentes de las comunidades o pueblos indígenas y campesinos.

Los conocimientos son valorados, protegidos y transmitidos por medio de los logros legítimos que han tenido en beneficio de las comunidades, lo cual va en contra de los DPI por qué al ser de dominio público ya no es susceptible

deprotección, no siendo esa la lógica de las comunidades campesinas e indígenas.

Conocimiento tradicional incluye al conocimiento indígena, pero no todo conocimiento indígena es conocimiento tradicional. Se ha intentado modificar el nombre de estos conocimientos, como derechos indígenas, derechos culturales indígenas. Conocimiento comunitario, con el fin de darle un enfoque más específico.

La definición que establece la Comunidad Andina de Naciones sobre los conocimientos tradicionales, es la siguiente:

“Los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales son 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 y hacen parte de los derechos fundamentales.”⁴

La Definición de la OMPI sobre los Conocimientos Tradicionales es esta:

“La OMPI usa el término de conocimiento tradicional para referirse a las obras literarias, artísticas o científicas basadas en las tradiciones, las ejecuciones, las invenciones, los descubrimientos científicos, los diseños, las marcas, nombres y símbolos, la información no divulgada y todas otras aquellas innovaciones y creaciones (basadas en la tradición) y que resultan de la actividad intelectual en los campos industrial, científico,

⁴Elementos para la protección sui generis de los Conocimientos tradicionales colectivos e Integrales desde la perspectiva indígena. Documento consensuado por el Grupo de Trabajo de Expertos Indígenas sobre conocimientos Tradicionales de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), 18 de octubre de 2004.

literario y artístico. La base tradicional o el hecho de que estén basados en la tradición se refiere a los sistemas de conocimientos, creaciones, innovaciones y expresiones culturales que generalmente han sido transmitidos de generación en generación, que pertenecen a un pueblo en particular o a un territorio, que han sido desarrolladas generalmente de forma no sistemática y que están evolucionando constantemente en respuesta al entorno cambiante.⁵

Dicha definición no incluye el valor de la producción de conocimiento por parte de las comunidades indígenas, campesinas, haciendo referencia a un “pueblo” sin especificar la procedencia indígena que los pueblos tienen en la producción de saberes, usos, prácticas y costumbres, es decir, los conocimientos tradicionales.

2. IMPORTANCIA DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.

No hay definiciones unívocas sobre lo que son los conocimientos indígenas o conocimientos tradicionales (CT) desde una perspectiva jurídica. El CDB hace referencia a «conocimientos, innovaciones y prácticas de comunidades indígenas y locales», mientras que en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) se usa regularmente el concepto de CT para englobar toda manifestación intelectual de los pueblos indígenas y sus comunidades.

Estas manifestaciones incluyen, entre otros: conocimientos sobre características y usos de plantas medicinales; técnicas y prácticas para curar determinadas enfermedades; técnicas para elaborar y preparar pocimas medicinales; conocimientos sobre cultivos y sus propiedades nutricionales; técnicas para cultivar

⁵Los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual, Cuestiones y opciones acerca de la protección de los conocimientos tradicionales. Carlos M. Correa

y realizar actividades agrícolas; motivos y diseños usados en la actividad artesanal, entre otros.

En los debates que se suscitan en torno a los CT hay una división – artificial dirán algunos – entre lo que son los CT en su relación con la biodiversidad y sus componentes y los conocimientos que podrían llamarse expresiones de folklore, más ligados al arte, la danza, la música, la artesanía, la religión, las costumbres. Sin embargo, si bien existe esta división teórica, es claro que puede resultar complicado precisar los límites y fronteras entre ellos. Hay zonas grises donde el folklore y los CT se confunden y esto podría tener implicancias importantes al momento de definir el régimen legal bajo el cual podría encontrarse cada uno. Como se ha dicho, en este ensayo nos concentraremos en los CT entendidos en su relación directa con el uso de la biodiversidad y sus componentes.

La importancia de los CT ha sido desde hace mucho reconocida en ciertas áreas de las ciencias sociales tales como la Sociología, la Agronomía y la Etnobotánica. A los CT se les atribuye un valor social, cultural, religioso y espiritual para los pueblos indígenas y la diversidad cultural que trasciende las consideraciones estrictamente materiales y económicas. Sin duda, los CT constituyen el soporte vital para el sostenimiento de los pueblos indígenas y las posibilidades de adaptarse a cambios ambientales, ecológicos y sociales. En verdad, los conocimientos y la experiencia acumulada de los pueblos indígenas constituyen probablemente su único patrimonio intangible, particularmente en el contexto de influencias exógenas impuestas por las inevitables presiones de la economía y el libre mercado y del creciente interés por explorar y explotar recursos naturales muchas veces ubicados en tierras indígenas o en áreas muy cercanas a ellas. Una característica fundamental del aprovechamiento de los recursos naturales es que al acceder a ellos también es factible acceder a lo que se denomina el material o componente intangible (los conocimientos) asociados a ellos.

Pero los CT no solamente tienen una importancia inmediata para los pueblos indígenas. Se puede afirmar con certeza que gracias al saber de los pueblos indígenas alrededor del mundo se ha podido encontrar el principal paliativo para la malaria (la quinina y sus derivados), se ha logrado desarrollar la industria del fitomejoramiento (con variedades nativas de maíz, papa, trigo, arroz, entre otros), se han reducido en hasta 25% los costos de los procesos de investigación y desarrollo de fármacos derivados de plantas y la biodiversidad en general (costos que se encuentran entre US \$ 100 – 500 millones), se han desarrollado productos naturales cuyos mercados anuales alcanzan los billones de dólares, entre otros aportes concretos al desarrollo científico y tecnológico y a la economía. Por ello, los custodios del saber indígena deberían recibir por aplicación del principio de equidad una justa compensación cuando sus CT conducen a la obtención de beneficios comerciales. Un dato resulta revelador: el 25% de las drogas modernas prescritas alrededor del mundo, contienen al menos un compuesto derivado directa o indirectamente de plantas, muchas de las cuales han tenido un uso tradicional a nivel de los pueblos indígenas. Si se consideran los cálculos de fines de los años 80, es ya un lugar común afirmar que los mercados anuales globales para fármacos derivados de plantas medicinales eran de US \$10 – 20 billones. En un estudio ampliamente citado, Ten Kate y Laird calculaban que «...los mercados anuales globales de productos derivados de recursos genéticos en estos sectores [fármacos, medicinas botánicas, horticultura, control biológico, biotecnología – en áreas diferentes a la agricultura – cosméticos] son de US \$ 500 – 800 billones». Lo importante para el análisis no es la exactitud de las cifras en sí, sino las magnitudes. Si se considera que los CT pueden haber influido en los procesos iniciales de investigación y desarrollo en al menos un porcentaje de estos sectores, resulta innegable su importancia económica y su potencial contribución a aliviar en algo las graves condiciones de pobreza por la que atraviesan los pueblos indígenas.⁶

⁶ Ten Kate, Kerry, Laird, Sarah. The Commercial Use of Biodiversity .Access to Genetic Resources and Benefit

Si a ello, se agrega el efecto positivo que la protección jurídica de los CT podría tener en el compromiso mundial de conservar la diversidad biológica y promover prácticas agrícolas sostenibles, es evidente que tanto el sistema de propiedad intelectual como cualquier otro mecanismo sui generis de protección tienen en este propósito un reto ineludible que actualmente es materia de análisis, debate y ensayo. Sin embargo, es más bien reciente el interés que muestran el Derecho y la Economía por abordar en profundidad los problemas y desafíos que la protección de los CT representa, especialmente cuando no puede olvidarse que los DPI son un instrumento importante en las políticas de desarrollo de los países, sean éstos desarrollados o en vías de desarrollo.⁷

Las sociedades capitalistas occidentales, no reconocen ningún valor propio a los CT, menos conciben alguna obligación por su uso más bien están acelerando de manera pasiva su pérdida al ser los CT totalmente opuestos a la lógica de dicho sistema explotador, esto mediante la destrucción y explotación del ecosistema, la biodiversidad, y los valores culturales de las comunidades indígenas y campesinas. No se valora el conocimiento generado sino las posibilidades que tienen los Conocimientos Tradicionales y los Recursos genéticos de disminuir los costos económicos investigativos; además de la habilidad con la que han podido apoderarse de dichos recursos y conocimientos; por ejemplo por medio de patentes, como es el caso de la Quinoa, o la chimanina⁸,

Sharing. European Commission. Earthscan Publications, UK, 1999.

⁷ Dos publicaciones recientes que analizan en detalle el tema de los CT desde una perspectiva jurídica y económica son : ICTSD, UNCTAD. Intellectual Property Rights: Implications for Development. Policy Discussion Paper, Geneva, 2003; y el Reporte de la Commission on Intellectual Property Rights (CIPR) Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy; Londres, Septiembre 2002; el texto puede encontrarse en: <http://www.iprcommission.org>.

⁸ Principio activo que usaban los chimanes para tratar la leishmaniasis, se hirvieron análisis de sus propiedades y luego se patentaron como si fuera un descubrimiento.

⁸ Empresas semilleras como la Monsanto con la introducción de su semilla transgénica, en varios países de América del Sur y Centro América buscan evitar que los campesinos usen de forma tradicional sus propias semillas producidas con semilla natural.

o evitando la selección de semillas, la forma de cultivo⁹. Impidiendo luego el acceso a los poseedores y generadores de dichos conocimientos a poder utilizarlos.

La ciencia occidental, se aprovecha de los conocimientos tradicionales, con un fin eminentemente mercantil y comercial de que los CT puedan contribuir en la búsqueda de soluciones prácticas y menos costosas; en el sentido de que nadie reclame la propiedad, ni que ellos gasten dinero, beneficiándose económicamente y poniéndole un precio a la ayuda humanitaria.

A pesar de la gran importancia que tienen los CT, estos no encajan en la lógica de apropiación, es así que siguen siendo considerados dentro de la OMPI y para países como Estados Unidos (EEUU), como conocimientos de dominio público, a los que cualquiera puede acceder libremente para su uso y apropiación. La cuestión del acceso es real ya que los indígenas no buscan una apropiación por medio de un poderío económico con sus CT, pero para los DPI al estar en el dominio público significa que alguien puede apropiarse de él; es así que diversas formas de CT han sido apropiadas por investigadores, grandes cadenas de comunicación y turismo, transnacionales farmacéuticas bajo patentes, derechos de autor, etc. es decir, derechos de propiedad intelectual; eliminando la idea de que estos CT tienen sus creadores, poseedores y que no se puede apropiarse algo que es de la humanidad, que es parte del derecho al conocimiento y a la cultura que tenemos los seres humanos.

Los CT contienen información de diversos tipos los cuales se han venido desarrollando desde tiempos ancestrales. El problema es que dichos conocimientos no han sido documentados o registrados y lo que ahora se quiere por medio del registro incentivado por la OMPI es darles un valor comercial de acuerdo a la lógica capitalista.

Los CT pueden tener valor comercial cuando su aplicación, especialmente la distribución de productos hechos sobre la base de CT puede efectuarse mediante canales comerciales. Si bien algunos de los CT pueden ser utilizados y entendidos fuera de su contexto local, tradicional y comunal, este no es siempre el caso. El conocimiento que no puede ser utilizado más allá de su contexto comunitario, tiene poco o ningún valor comercial, a pesar del valor que puede tener para la vida de la comunidad campesina e indígena.

En el Perú, se ha obtenido el reconocimiento y protección jurídica de estos conocimientos, a través de la dación de la Ley 27811, del 24 de Julio del 2002, Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos. Así en el artículo primero de la mencionada ley se establece que: “El Estado peruano reconoce el derecho y la facultad de los pueblos y comunidades indígenas de decidir sobre sus conocimientos colectivos.”

Asimismo, en el artículo segundo, literal b), se señala que un conocimiento colectivo es un: “Conocimiento acumulado y transgeneracional desarrollado por los pueblos y comunidades indígenas respecto a las propiedades, usos y características de la diversidad biológica. (...)”.

Es importante señalar que en el Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados de Unidos de América, se ha dado la posibilidad de reconocimiento de estos derechos, no ocurriendo lo que se sustentaba en el sentido de que dicho país desconocería todo tipo de protección sui generis a estos conocimientos.

Como sabemos, las comunidades indígenas tienen una serie de conocimientos colectivos ancestrales sobre las propiedades, usos y características de la diversidad biológica, que han sido aprovechados por empresas transnacionales para desarrollar patentes muy exitosas y sin embargo las

comunidades indígenas no han obtenido ningún provecho de esta actividad. Con la protección, principalmente los laboratorios farmacéuticos tendrán que pagar una regalía a las comunidades por el uso de sus conocimientos. En Costa Rica, por ejemplo, el laboratorio Merk Sharp & Dore pagó hace algunos años una cuantiosa suma de dinero a una comunidad indígena por el acceso a sus conocimientos, lo cual evidentemente representaba para ella la solución de muchos de sus problemas. Tal vez lo más importante aquí es que se está incluyendo a una comunidad indígena que normalmente está aislada y empobrecida dentro del circuito económico del mercado, relacionándola con los agentes económicos más característicos y exitosos del sistema como son las empresas transnacionales. Este es otro ejemplo verdaderamente significativo de cómo el derecho con un diseño adecuado y reconociendo el valor creativo, puede generar bienestar y riqueza para nuestros pueblos.

3. CARACTERÍSTICAS DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.

El conocimiento tradicional se destaca por ser:

- **COLECTIVO.-** Porque estos conocimientos son desarrollados de manera colectiva en el seno de los pueblos indígenas. No se pueda identificar al “autor” o “autores” de este tipo de conocimiento. “Son conocimientos que se desarrollan como resultado del estrecho vínculo y contacto que tienen los pueblos indígenas con la naturaleza. Al haber sido desarrollados de manera colectiva, pertenecen a la comunidad o pueblo indígena en su conjunto y no a individuos determinados que forman parte de dicha comunidad o pueblo indígena”.
 - **TRADICIONAL.-** Es un tipo de conocimiento que surge de su transmisión (generalmente oral) transgeneracional.
 - **DINÁMICO.-** Pues se encuentran en constante evolución. Surge como corolario del anterior distintivo. Así el conocimiento tradicional se
-

caracteriza por no ser estático. Las generaciones presentes de los pueblos indígenas, en base a los conocimientos heredados de sus antepasados y a sus propias experiencias, están constantemente innovando dichos conocimientos.

La importancia o el valor del “conocimiento tradicional” reside en el hecho de que a merced de la sabiduría histórica de las Comunidades o Pueblos Indígenas se debe gran parte de los progresos biotecnológicos que han salvado innumerables vidas. Los conocimientos tradicionales desempeñan, un papel fundamental en la vida diaria de la inmensa mayoría de las personas. También son esenciales para la seguridad alimentaria y la salud de millones de personas en el mundo en desarrollo.

4. CONOCIMIENTOS ANCESTRALES

Llamamos “Conocimiento Ancestral” a aquellos conocimientos provenientes de costumbres de antepasados remotos que se pierden en los comienzos de nuestra historia escrita y que, a partir del Renacimiento, se dividen en conocimientos racionales y "supersticiones", perdiendo la cultura un fondo de sabiduría simbólica que ahora comenzamos a recuperar adoptando un lenguaje más acorde con los tiempos que vivimos.

Esta es una definición es más aceptable, debido a que hay muy pocos países que se familiarizan con el término “Ancestral”.

EQUIVALENCIA DE CONOCIMIENTO TRADICIONAL Y CONOCIMIENTO ANCESTRAL

Una de las polémicas que no han podido unificar criterios en la OMPI es que debemos entender como un Conocimiento tradicional o un Conocimiento

Ancestral, si se trata de concepciones diferentes o si deben tratarse como sinónimos.

Como bien es sabido los Conocimientos Tradicionales, son todas aquellas sabidurías ancestrales y conocimientos colectivos que poseen los pueblos indígenas y comunidades locales fundamentadas en la praxis milenaria y su proceso de interacción hombre - naturaleza y transmitidos de generación en generación, habitualmente de manera oral y en su lengua nativa. Los Conocimientos Ancestrales devienen también de conocimientos de antepasados, solo que no evolucionaron y su práctica queda de manera simbólica y supersticiosa.

La OMPI, menciona que “los Conocimientos Tradicionales son los sistemas de conocimiento, creaciones, innovaciones y expresiones culturales que: se han transmitido generalmente de generación en generación; se consideran generalmente que pertenecen a un pueblo en particular o a su territorio y evolucionan constantemente en respuesta a los cambios que se producen en su entorno”.

Entre las categorías de conocimientos tradicionales figuran: los conocimientos agrícolas; científicos; técnicos; ecológicos; medicinales, incluidos las medicinas y los conocimientos conexos; los conocimientos relacionados con la diversidad biológica; las “expresiones de folklore” en forma de música, baile, canción, artesanía, dibujos y modelos, historias y obras de arte; elementos de los idiomas, como los nombres, indicaciones geográficas y símbolos, y bienes culturales muebles.

5. FORMAS DE CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Los CCTT tienen el mismo grado de importancia que los actuales conocimientos científicos generadores de tecnología del sistema capitalista, en

algunos aspectos los conocimientos occidentales están aventajados al de los CCTT, pero también han sido en muchos casos la base de los conocimientos occidentales.

Los CCTT han jugado, y juegan un papel importante en áreas vitales como la seguridad alimentaria, el desarrollo agrícola y los tratamientos medicinales, medicina tradicional, prevención de riesgos, uso de semillas, selección, la cura de enfermedades, ritos, rituales, folclor, artesanías, artes, textiles, variedades vegetales, danzas, etc. incluyen, por ejemplo, información sobre el uso de materiales biológicos y otros que son destinados para los tratamientos médicos y la agricultura, para procesos de producción, diseños, literatura, leyendas, cuentos, música, y otras técnicas. Este conjunto extenso incluye información de carácter funcional y estético, o sea, procesos y productos que pueden ser utilizados en la agricultura o en la industria, así como aspectos intangibles de valor cultural. Los CCTT se asientan en los componentes involucrados (sus generadores), el uso potencial y real, el nivel de codificación, la forma de la práctica individual o colectiva y el status jurídico, el contexto y las formas de expresión que varían dentro de los CCTT.

Algunos CCTT son codificados, o sea, precisados de alguna manera, los diseños textiles, tanto de las chompas, mantas, ponchos, fajas, bolsos, etc., o las potestades que brinda la Medicina tradicional, medicina popular, tribal e indígena, la cual se basa en creencias, normas y prácticas tradicionales acumuladas durante experiencias antiguas de prueba y error, éxitos y fracasos en el ámbito casero y comunal, que han sido transmitidos de generación en generación mediante la tradición oral, por ejemplo el conocimiento de remedios herbales caseros que poseen las mujeres y ancianos. No obstante, los CCTT no están registrados, tal como los casos de las prácticas de uso de semillas, uso de suelos, referidas a la misma agricultura, donde no se tiene registro por ellos mismos de dichas experiencias, ya que esto lo hacen de manera empírica y

mecánica, es decir, en la práctica debido a que así han sido heredadas; otro caso es de los mitos, ritos y rituales. Hacemos referencias a los mitos, ritos y rituales que son diferentes, en cuanto a las regiones, departamentos de Bolivia, como se usan en distintas ocasiones o motivos, los cuales implican una forma de comprensión y relación no solo con la naturaleza. Frecuentemente se presentan componentes espirituales en los CCTT que son característicos de cada comunidad; el ser humano busca una explicación y la encuentra con dicha interrelación, asimismo conociendo más y mejor a la misma biodiversidad, la cual le ayuda a resolver estos cuestionamientos, en signos y símbolos de su convivencia, respeto con la naturaleza. Por ejemplo, prácticas ritos y rituales curativos, no son potestad generalmente de un individuo, es así que es muy difícil creer que ellos mismos hayan hecho un registro de sus saberes individuales, ya que son pocos los que transmiten esa sabiduría y solo a los elegidos; existen algunas prácticas, saberes que no son de dominio de toda la comunidad, esto también con el fin de que se preserve la importancia de dichos saberes. En otro caso la selección de semillas, la tradición oral, cuentos, leyendas, danzas son enseñados por algunos miembros del grupo y están a disposición de todos los miembros del grupo.

Por otro lado existen de alguna forma registros de leyendas, cuentos, danzas que se han ido popularizando e insertando en la vida pública de los países (se practican en el área urbana como rural), siendo estas generalmente una muestra representativa de la creación folklórica de cada país, pero así mismo de la diversidad con la que cuenta.

Lo que se tiene bien claro es que los conocimientos tradicionales están totalmente implicados en lo que es la transmisión de conocimientos por generaciones los cuales se han ido reconfigurando al haber sido heredados generalmente de manera oral, pero también por diseños, por prácticas y enseñanzas. Rescataremos algunas formas de CCTT al ser conocimientos que han sido tergiversados en su uso o fin social, de los cuales algunos son

transformados en una mercancía mas, a otros no se puede sacar un beneficio económico, con el finde limitar dicho acceso, a la humanidad.

5.1. MEDICINA TRADICIONAL

La medicina natural, indígena, tradicional que ha sido utilizada muchas décadas, siglos antes y aun se sigue usando es una herencia sin valor. Esta desde sus inicios ha sido para las comunidades indígenas y campesinas la solución a muchas falencias de los gobiernos por subsanar la asistencia al área rural. Esta medicina se basa en la acumulación de saberes y del conocimiento que se tiene sobre la biodiversidad existente en Bolivia, los procedimientos naturales, procedimientos culturales.

“Las características ecológicas y culturales de los Andes de Bolivia ofrecen variedad de prácticas respecto a la medicina tradicional, cuyos protagonistas son las plantas medicinales. Se conocen alrededor de 3.000 especies de plantas medicinales identificadas y verificadas en los herbarios del país; sin embargo, las investigaciones no han abarcado la totalidad de las etnias, quienes son los que poseen este conocimiento¹⁰.”

Estos CCTT están en la mira de grandes transnacionales farmacéuticas y otras de tipo investigativo con el fin de poder apoderarse de las propiedades benéficas que tenga alguna planta, variedad vegetal, o recurso genético.

¹⁰Resumen. Plantas Medicinales en los Andes de Bolivia, Prem Jai Vidaurre de la Riva, Universidad Mayor de San Andrés, La Paz, 2006.

Incluso ahora la representación de los procedimientos, por ellos propios es muy importante y al mismo tiempo beneficiosa para apoyar la investigación científica en cuanto a un desarrollo científico y tecnológico. Y es que la medicina tradicional no ha sido una medicina con fines comerciales, mercantiles y económicos, es una práctica con fines humanos para difundir sus conocimientos en beneficio de los demás.

Existen muchas prácticas que pueden ser muy provechosas, incluso para crear una red de curanderos, pampajampiris, yatiris, kallawayas (brujos, brujas) como se los denomina, para que participen de la actual estructura de la medicina occidental¹¹, algo que ya se ha hecho en Bolivia¹²; el de reconocer un espacio importante y efectivo que han tenido en muchas acciones contra las enfermedades creando el Instituto de Medicina Tradicional Kallawayas¹³. Es decir que formen parte de acciones efectivas, campañas que se realicen en Bolivia que sean los mismos curanderos, yatiris, kallawayas, con sus propias medicinas, sus tratamientos naturales.

Así los curanderos, yatiris, kallawayas indígenas, han ido evolucionando, escondidos en sus regiones, las cuales son muy conocidas por los campesinos indígenas como zonas donde se dedican a curar con la medicina natural.

“Para reconocer el contexto de la medicina tradicional en los Andes de Bolivia es necesario identificar al valle de Charazani (provincia Bautista Saavedra, departamento LaPaz) como epicentro de la cultura Kallawayas

¹¹No para poner en comparación dicha efectividad sino más bien para compartir esfuerzos, y conocimientos.

¹²Reglamento del Ejercicio de la Práctica de la Medicina Tradicional Boliviana, Resolución ministerial Número 0231, del año 1987.

¹³Ley del Instituto de Medicina Tradicional Kallawayas Número 0928 del año 1987.

que ha contribuido enormemente al conocimiento del uso y manejo de plantas medicinales en la región¹⁴”.

La medicina tradicional utilizada no solo para curar enfermedades sino que engloba prácticas propias, de selección, de las plantas y el porqué de dicha selección, los tiempos, los factores climáticos, los días. En esta selección se encierran varios factores que intervienen en el proceso final por el cual, los curanderos, yatiris, kallawayas, son los que dan el valor efectivo a sus brebajes o a las composiciones que conciben, en base a productos naturales ya acontecimientos de la naturaleza.

No nos podemos olvidar de que muchas de estas personas, se las denominan elegidos, en muchos relatos estas son personas a los cuales les ha llegado el rayo

o tienen una marca de nacimiento lo cual les hace merecedores de un don y sabiduría para sanar o curar, poder que la naturaleza les dio, un poder de la mente y del control del conocimiento sobre la naturaleza y sus efectos que muchas de estas personas tienen, incluso visionariamente, ejemplo en Bolivia muchos de estos curanderos leen la suerte en las hojas de la coca, y derritiendo la plata, entremezclando esta sabiduría, con lo místico de sus saberes.

Para el caso de la medicina tradicional no es beneficioso tener un registro abierto de todos los componentes que utilizan, e insertarlos a un consultorio o clínica, ya que esto significaría facilitar el acceso, apropiación a terceros. Estos componentes deben estar en la naturaleza y a disposición para que el curandero pueda ver incluso su ciclo productivo, conocer la planta, y conocer las cuantiosas propiedades de la naturaleza, ya que engloba muchos sentimientos y prácticas respetuosas con la naturaleza.

¹⁴Plantas Medicinales en los Andes de Bolivia, Prem Jai Vidaurre de la Riva, pag. 2; Universidad Mayor de San Andrés, La Paz, 2006.

La medicina tradicional tiene el don de combinar la interrelación del alma y espíritu del paciente, explicando el por qué también la naturaleza sufre y ha sufrido las acciones del ser humano.

5.2. LAS SEMILLAS, Y SU SELECCIÓN.

La selección que han venido utilizando los campesinos, trabajo asignado generalmente a las mujeres ha tenido resultados muy satisfactorios hasta hace muchos años, esta ha servido para que sus propias siembras crezcan, y produzcan sin la dependencia de agentes químicos; la selección de semillas es otra práctica tradicional que sin ser muy difundida es muy importante para la seguridad alimentaria y producción de alimentos de nuestros países.

Ellos seleccionan de una forma, propia, tomando en cuenta, el clima, la estación en la que se planta, si se llevara a otro piso ecológico, percibiendo las consecuencias, o la posibilidad de jugar con las contingencias de que los productos sean mejores, estas han sido formas en las cuales los campesinos han venido utilizando sus conocimientos para subsanar falencias dentro de su cadena alimenticia. Esto así mismo ha hecho que nuevas especies sean utilizadas por la humanidad como alimento que antes eran consideradas herbajes sin uso, muchos de estos conocimientos han servido para revalorizar los alimentos de los indígenas, y su valor alimenticio, valores ancestrales los cuales a pesar del rechazo disminuido en la visión occidental son ricos en proteínas, carbohidratos, vitaminas, etc. y son sanos para el cuerpo humano otro elemento muy importante por el cual ahora se está dando más valor a ese tipo de beneficios.

El uso de semillas y la reciprocidad en el sentido de que hacen intercambios con semillas de otros pisos ecológicos ha logrado ser también otro factor determinante en la futura siembra y provecho de lo sembrado empíricamente analizan dicha información, volviéndose una práctica general, de mejoramiento

heredado de la selección de semillas, y sus nuevas variedades al poder tener una hibridación de semillas de diferentes regiones, y pisos ecológicos, es decir, mejorarla. Empíricamente se logra mejorar la semilla, que sea fuerte ante los climas, otra ante las plagas pero sin la intervención de una modificación genética como es el caso de los OGM, que al final son un perjuicio para los pequeños campesinos productores. Dichas semillas transgénicas están destruyendo la biodiversidad existente en los países en desarrollo, ya que al llegar como subsidios y no incrementar en principio el costo de producción, hacen que el pequeño productor caiga en la trampa de la dependencia. Esto tiene efectos secundarios pero decisivos en el pequeño productor al no poder volver a sembrar en sus tierras otro tipo de semilla que no sea transgénica, rompiendo la equilibrada armonía que tiene en la producción con la naturaleza

5.3. PREVENCIÓN DE DESASTRES CLIMATOLÓGICOS.

Las variaciones que ha sufrido el clima en la última década ha sido muy notoria para las comunidades andinas que han visto afectadas seriamente su vida en el área rural debido a que su producción agropecuaria ha disminuido por fenómenos naturales, nevadas, sequías, heladas, lluvias constantes, inundaciones, entre otros. Esto ha permitido identificar indicadores que ellos mismos usan para prevenir dichos fenómenos naturales y proteger su producción ante fenómenos climáticos súbitos así como con los de lenta aparición que llegan a ser desastrosos para sus actuales condiciones de vulnerabilidad. Estos criterios de alerta a desastres climatológicos, es una forma de conocimiento tradicional, ancestral que las comunidades y sus pobladores poseen en las zonas andinas han servido para reducir en varios casos el impacto sobre sus medios de vida y recuperarse de sus pérdidas cuando éstas no superan ciertos rangos de magnitud.

Estos fenómenos recurrentes afectan a comunidades enteras en el Altiplano Boliviano, muchos hombres y mujeres en las alturas viven en condiciones

de pobreza y su economía se basa en la comercialización de sus limitados medios de producción y existencia de los cuales viven durante todo el año, esto ha hecho que muchos de ellos continúen la migración hacia áreas urbanas del país, imposibilitando el hecho de que la cultura misma de dichos pueblos y comunidades continúe.

Existen comunidades que han manejado el conocimiento tradicional de ciertos signos en la naturaleza, el clima y los astros para emplearlos como indicadores llegando a darles resultados preventivos satisfactorios. Estos son complementarios a las predicciones climáticas de los servicios nacionales de meteorología pero que en la lógica andina y su cosmovisión de acción-reacción ante eventos naturales súbitos, logran tener un nivel de efectividad dada la deficiencia de la comunicación en tiempo real de las alertas meteorológicas, ambos tipos de avisos climáticos son complementarios en un Sistema de Alerta Temprana, variando los indicadores tradicionales de acuerdo a la altitud sobre el nivel del mar. Entonces el conocimiento tradicional se convierte en este contexto en un mecanismo que permite a las poblaciones altoandinas disponer de avisos climáticos ante cualquier tipo de variación hidrometeorológica, y predecir las características del clima en el ciclo productivo agrícola¹⁵.

Estos indicadores son parte de las estrategias comunales de reducción de riesgos de desastres, basados en el conocimiento pronosticador, en varios casos se ha evidenciado que los hombres y mujeres del campo basan sus cultivos y otras decisiones de producción en los sistemas de conocimiento local, desarrollados durante años de observaciones y experiencias. No todas las comunidades han perdido el conocimiento y los rituales sobre la diversidad en la que subsisten, estos indicadores climáticos pueden ser recopilados,

¹⁵Las investigaciones realizadas en Bolivia y Perú, por la Universidad de Missouri, EE.UU, entre el 2001 y el 2003 demuestran que los indicadores climáticos que utilizaron los campesinos andinos tuvieron un grado de validez.

sistematizados, validados, difundidos y puestos en práctica, recuperarel capital cultural, social y comunal andino para ponerlo a disposición de las poblaciones quechuas y aymaras en Bolivia verificando si son válidos para otros territorios.

5.4. EXPRESIONES CULTURALES Y FOLKLORE

“Las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folklore son todas las formas tangibles o intangibles en que se expresan, aparecen o se manifiestan los conocimientos y la cultura tradicionales...”¹⁶

Bolivia es un país muy diverso en cuanto a pisos ecológicos y a costumbres local se refleja en su propia y variada identidad cultural, esto ha hecho que deba en defensa de sus danzas, bailes, ritos y rituales en el uso de plantas medicinales, la historia oral y escrita, la cerámica, artesanías, etc., buscar una forma de protección a dichas expresiones culturales, las cuales dentro de la UNESCO, han sido declaradas como patrimonio cultural.

Patrimonio cultural intangible de la humanidad, evitando que estos patrimonios sean comercializados o apropiados, esta es otra de las causas del porque se evita a las normas de propiedad intelectual. Insertando la protección en los derechos culturales. La privatización de los sistemas de educación, cultura y el consiguiente debilitamiento de las políticas públicas en estos campos, dificultan el acceso a la información y al conocimiento necesario para la enseñanza en todos sus niveles.

¹⁶1er Encuentro Nacional para la Protección de los Conocimientos Tradicionales, asociados a la biodiversidad, la artesanía, folklore, ritos y rituales en Bolivia.

La UNESCO ha declarado patrimonio a costumbres, lugares, ciudades y a danzas que se realizan en Bolivia, como es el carnaval de Oruro, la danza de la diablada, o a ciudades en las cuales perviven los aspectos coloniales con la actual modernidad de las ciudades, por ejemplo la ciudad de Sucre, capital constitucional de Bolivia.

En muchos casos varias expresiones culturales propias están siendo debatidas de acuerdo a su actual origen debido a que en varios países limítrofes existen costumbres y prácticas similares debido a la cercanía de sus fronteras, esto hace que es muy complicado otorgar, en este sentido propiedad, ya que son las costumbres de las comunidades indígenas y campesinas las que se están debatiendo.

Estos derechos de acceso a las expresiones culturales los tenemos todos los que somos parte de una cultura, acceso a los conocimientos que han y están siendo generados por la humanidad. Si se va a seguir continuando con la exclusividad del conocimiento, limitando el acceso a dichos conocimientos que desarrollan tanto la tecnología como el mismo desarrollo de la humanidad estamos en peligro incluso de que la educación misma de las escuelas y colegios vaya siendo limitada y que los textos que se elaboren sean cada vez más costosos y que se prohíba el acceso a las creaciones de los autores evitando que podamos generar un conocimiento amplio de la humanidad, de la naturaleza y de la sociedad.

6. SISTEMA DE PATENTES Y MATERIA PATENTABLE

6.1. PRODUCTOS

Interpretado al pie de la letra, el artículo 27.1 de ADPIC no permite excluir de la patentabilidad las medicinas en general, ni, cabe sostener, grupos específicos de medicinas. Según esta interpretación, los Estados Miembros de la OMC

no podrían excluir de la patentabilidad ni siquiera los “medicamentos esenciales” enumerados por la Organización Mundial de la Salud (OMS).

El Acuerdo sobre los ADPIC admite dos excepciones en virtud de las cuales no sería imposible excluir los productos farmacéuticos de la patentabilidad, pero ninguna de las dos parece suficiente para justificar esa exclusión, salvo en circunstancias limitadas. La primera es el orden público, una de las razones que el artículo 27.2 del Acuerdo reconoce para excluir de la patentabilidad. Dado que no existe una idea de orden público universalmente aceptada, los Estados Miembros disponen de cierta flexibilidad para definir las situaciones cubiertas, dependiendo de sus particulares valores sociales y culturales. El propio artículo 27.2 indica que el concepto no se circunscribe a las razones de “seguridad”; también se refiere a la protección de “la salud o la vida de las personas o de los animales” o “vegetales”, y se puede aplicar a invenciones que puedan ocasionar “daños graves al medio ambiente”.

El artículo 27.2 indica que la no patentabilidad por razones de orden público es admisible si se previene al mismo tiempo la explotación comercial de la invención.

En otras palabras, quizá no sea posible declarar la no patentabilidad de una invención si al mismo tiempo se permite su distribución o venta. No obstante, la situación podría ser distinta si los países en desarrollo de todo el mundo (o sus organizaciones regionales) decidieran colectivamente prohibir o suspender la patentabilidad de ciertos productos farmacéuticos por motivos de orden público. Una decisión de esa clase podría generar una nueva “práctica estatal” que los grupos especiales de la OMC tendrían que tener en cuenta.

En resumen, excluir de plano la patentabilidad de los productos farmacéuticos (nisiquiera limitada a la categoría de medicamentos esenciales) parece no ser una opción viable con arreglo al vigente Acuerdo sobre los ADPIC. La admisibilidad de excepciones fundadas en razones de orden público dependerá de la interpretación que se haga tanto del artículo 27.2 como de los artículos 7 y 8, pero no parece una base prometedora para excluir la patentabilidad. Las exclusiones orientadas a atender emergencias concretas de la salud pública, sobre todo por un período de tiempo limitado, podrían ser justificables si fueran parte necesaria de una estrategia global para hacer frente a la emergencia.

6.2. SUSTANCIAS EXISTENTES EN LA NATURALEZA

Algunos productos farmacéuticos están basados o consisten en materias biológicas. A esta categoría pertenecen los compuestos extraídos de plantas y algas, así como las proteínas humanas obtenidas por extracción o mediante técnicas de ingeniería genética (por ejemplo: el interferón, la eritropoyetina, la hormona del crecimiento). Las plantas en particular son una fuente importante de medicinas.

El que los materiales biológicos sean patentables depende en buena medida de que califiquen como “invenciones” (y por lo tanto materia patentable) o “descubrimientos” (materia no patentable). Distintas tradiciones del derecho de patentes dan distinto tratamiento a esta cuestión.

Si la filosofía que subyace a la ley de patentes es que una protección amplia puede fomentar la actividad inventiva, las excepciones para la materia biológica pueden parecer innecesarias, e incluso contraproducentes. Además, algunos países en desarrollo pueden temer que excluir la patentabilidad de sustancias existentes en la naturaleza signifique un obstáculo para la inversión en

ciertas actividades locales, entre ellas algunas que podrían llevar a patentar productos derivados del conocimiento tradicional o de conocimientos prácticos propios del lugar. De todos modos, la importancia de un desincentivo de esa clase dependería de la capacidad industrial local y de la existencia de leyes que suministren formas de protección alternativas, incluidas leyes sobre modelos de utilidad o para proteger know-how no secreto.

Los países que cuentan con capacidades escasas de investigación, y aquellos que priorizan la asequibilidad y el acceso a los medicamentos, pueden preferir un enfoque distinto, que trate de buscar limitaciones a la patentabilidad de las sustancias que existen en la naturaleza. Análogamente, los países que consideran que la patentabilidad de tales sustancias atenta contra valores culturales y éticos fundamentales pueden querer restringir la patentabilidad de las materias biológicas.

Las legislaciones nacionales varían considerablemente en cuanto a la clasificación de las materias biológicas como invenciones o descubrimientos. En algunas jurisdicciones (por ejemplo: Estados Unidos), una forma aislada o purificada de un producto natural, incluidos los genes, es patentable.

La materia biológica aislada de su entorno natural o producida por medio de un procedimiento técnico podrá ser objeto de una invención, aun cuando ya exista anteriormente en estado natural (artículo 3.2 ADPIC).

La Directiva, que es esencialmente declaratoria del derecho que hace tiempo rige en Europa, establece que “la materia biológica” y las sustancias aisladas del medio natural (tales como antibióticos nuevos) se considerarán patentables.

Esto deja a los Estados Miembros una considerable libertad para determinar a qué se debe considerar invención, y para excluir de la patentabilidad cualquier sustancia que exista en la naturaleza. En particular, las moléculas del

ADN se pueden considerar elementos de construcción de la naturaleza, que deberían estar disponibles para uso de la comunidad científica y para cualquier aplicación productiva.

Si la legislación nacional pretende no poner restricciones específicas a la patentabilidad de las sustancias que existen en la naturaleza como es el caso actualmente en los Estados Unidos y Europa, no es necesaria ninguna disposición especial al respecto.

Si, por el contrario, un país quiere evitar la concesión de patentes sobre sustancias que se encuentran en la naturaleza, puede ser suficiente una disposición que excluya la patentabilidad de los meros “descubrimientos”. Si se prefiere un enfoque más explícito y restrictivo, la legislación nacional puede establecer una exclusión específica.

6.3. PATENTE DE GENES

En muchas jurisdicciones las patentes de genes han llegado a ser práctica común. Con frecuencia las reivindicaciones incluyen secuencias del ADN natural sin limitación¹⁷. La única condición de esas patentes es que la materia genética se reivindique en forma que no se produzca naturalmente, esto es, como molécula aislada o purificada.

En Canadá, el Tribunal Federal de Apelación (en un caso relativo a una nueva variedad híbrida de soja) rechazó la pretensión de que las plantas híbridas fueran una “manufactura o composición” (y por lo tanto patentables). El tribunal sostuvo que los híbridos, al no ser “producidos a partir de materias primas” ni de “una combinación de dos o más sustancias unidas por medios químicos o

¹⁷ La patente puede referirse al ADN genómico, que es una sustancia natural, o al ADNc, esto es, un ADN copia de ARNm que no existe como tal en estado natural. El Tribunal de Apelaciones del Circuito Federal estadounidense ha afirmado la validez de las reivindicaciones del ADN completo o moléculas del DNA genómico en el campo farmacéutico.

mecánicos”, no eran patentables. A partir de aquella decisión, la Oficina de Patentes canadiense ha negado la concesión de patentes sobre formas de vida superiores, como plantas o animales. Por ejemplo, la patentabilidad del “oncorratón” de la Universidad de Harvard se rechazó en 1995, y esa negativa fue ratificada por un tribunal en 1998 (todavía pendiente de sentencia definitiva).

En cuanto a los Descubrimientos y Sustancias Existentes en la Naturaleza se hacen las siguientes afirmaciones:

- Los descubrimientos no se considerarán invenciones.

Una sustancia que existiera en la naturaleza pero que aún no hubiera sido identificada con sus características y por su utilidad, podría ser patentable, dependiendo de la interpretación que se diera al concepto de “descubrimiento”.

- Una sustancia que exista en la naturaleza, incluido el ADN, aunque haya sido purificada o aislada, no se considerará invención.

La patentabilidad requeriría introducir cambios en la estructura de la materia. En el caso particular de la materia genética, la patentabilidad exigiría modificar su estructura de una manera que generase un producto nuevo e inventivo. Los países deberían ser conscientes de que la elección entre las opciones que aquí se presentan determinará aspectos clave de su política legislativa en el ámbito de la biotecnología.

6.4. SOBRE LOS USOS

Se excluiría la patentabilidad de una invención que consistiera únicamente en el método de uso o en el uso de un producto conocido, aun cuando se tratara del primer uso identificado. Esta solución encierra ventajas e inconvenientes.

Por una parte, esta solución puede ser útil para prevenir la llamada “biopiratería”, esto es, la apropiación de sustancias que se encuentran en la naturaleza y para las cuales se identifica un nuevo uso medicinal (a menudo sobre la base de conocimientos tradicionales disponibles). Conviene señalar, no obstante, que debido a la territorialidad del sistema de patentes y a la independencia de las patentes otorgadas en diferentes países, unprohibición de esa clase no impediría que un tercer país otorgue una patente sobre una sustancia natural, a menos que su propia legislación nacional o un acuerdo internacional lo prohibiese.

6.5. MÉTODOS DE DIAGNÓSTICOS TERAPÉUTICOS Y QUIRÚRGICOS

No se concederán patentes sobre métodos de diagnóstico, terapéuticos o quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales. Sino obstante, las leyes nacionales admitiesen la patentabilidad de tales métodos, habría que evaluar las consecuencias para la provisión de servicios de salud. Las patentes de métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos, aunque se concedan rara vez, pueden afectar negativamente al acceso de los pacientes de ingresos bajos a los tratamientos requeridos, particularmente en áreas nuevas como la terapia genética¹⁸. En cualquier caso, la no patentabilidad de los métodos no afectaría la patentabilidad de los equipos y sustancias necesarios para ponerlos en práctica¹⁹.

6.6. MEDICINA TRADICIONAL

¹⁸ Aunque los métodos de terapia genética quizá no sean patentables en sí (si se prevé la exclusión sugerida), los vectores y constructos que utilicen podrían ser patentables, lo mismo que los pasos del procedimiento ex vivo que no impliquen la administración de las células transformadas al paciente.

¹⁹ En aquellos casos en que la protección de tales equipos y/o sustancias pudiera traducirse en un monopolio de facto sobre el método no patentado, los gobiernos podrían recurrir a licencias obligatorias.

La medicina tradicional y natural conocida internacionalmente como alternativa, energética y naturalista o complementaria, a la medicina actual y que hoy conocemos, forma parte del acervo de la cultura universal, es decir, conceptos y prácticas que se han heredado de generación en generación. Su desarrollo no se ha limitado a la acumulación de Conocimientos Tradicionales derivados de la práctica, sino también al diseño de un cuerpo teórico completo, sobre el arte de curar, integrado a los sistemas de salud modernos; lo que ha determinado que los gobiernos de varios países se responsabilicen con elaborar legislaciones al respecto. Los factores naturales conforman el medio en el cual nace, evoluciona y se desarrolla el hombre, por lo que resultan de vital importancia para las actividades del ser humano; al mismo tiempo que han puesto de manifiesto, mediante investigaciones, su valor en la prevención, curación y rehabilitación de diversas patologías.

Sin embargo, su generalización se ha realizado lentamente; su desarrollo y práctica han producido, en ocasiones, rechazo en numerosos médicos en el ámbito internacional, por causa de insuficiente información al respecto y por la oposición de las grandes industrias farmacéuticas que florecieron y se convirtieron en poderosas empresas con enormes influencias en gobiernos, asociaciones y facultades médicas, luego de las dos guerras mundiales. Basta señalar que en 1987 las ganancias de estos grandes consorcios alcanzaron la cifra de noventa billones de dólares y de estos, más de la mitad, correspondió a doce grandes firmas norteamericanas.

El abuso tecnológico y terapéutico, la expansión incontrolable de gastos en recursos que pueden ser sustituidos por otros menos dañinos, y la iatrogenia provocada por esta desmedida utilización de fármacos, son elementos fehacientes que han suscitado preocupación y alerta en los organismos internacionales de salud, los cuales se han pronunciado al respecto.

La medicina tradicional basada en el uso de productos naturales y en los conocimientos que poseen las comunidades indígenas y locales tiene gran importancia en los sistemas de atención sanitaria de muchos países en desarrollo.

Se ha calculado que en la medicina indígena se utilizan unas 7.500 especies vegetales, muchas de las cuales, como el aïil, tienen múltiples aplicaciones. La posibilidad de proteger mediante patentes la medicina tradicional se tropieza con dos obstáculos principales. Primero, el requisito de novedad generalmente impedirá patentar tales productos. Segundo, decisiones políticas encaminadas a mejorar el acceso a las medicinas incluido un enfoque limitativo de la patentabilidad de los productos naturales y de los usos de productos existentes, así como requisitos de patentabilidad estrictos pueden llevar a la exclusión de la protección para la mayoría de los productos de la medicina tradicional.

Además, la protección de la medicina tradicional mediante patentes nacionales no eliminará el riesgo de “Biopiratería”. Dado que la concesión de patentes depende de cada legislación nacional, la no patentabilidad en un país no significa que el conocimiento tradicional no pueda ser patentado en otro país sin la autorización de las comunidades que desarrollaron o poseían ese conocimiento. En estos casos puede ser necesario reclamar la anulación de la patente indebidamente concedida en el país extranjero²⁰. Se han hecho muchas propuestas para proteger el conocimiento tradicional (incluido el de uso medicinal) mediante un régimen sui generis. Es el caso, de las propuestas de reconocimiento de derechos intelectuales tribales”, “comunales”, “colectivos” o “comunitarios”, y de “derechos sobre recursos tradicionales”, entre otros.

²⁰ Un ejemplo de ello fue la acción iniciada por el gobierno de la India en relación con una patente sobre la cúrcuma concedida en los Estados Unidos, la que finalmente fue revocada.

El establecimiento de un régimen de esa clase no atentaría contra el Acuerdo sobre los ADPIC, toda vez que su efecto no sería restringir el alcance de la protección de la propiedad intelectual sino ampliarlo. Aparte de eso, el establecimiento de un régimen especial quedaría fuera del campo de aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC, el que sólo afecta las categorías de derechos de propiedad intelectual que se especifican en su artículo 2.

Otros enfoques ajenos a la esfera de la propiedad intelectual pueden servir también para promover el uso de los conocimientos tradicionales para el cuidado preventivo y curativo de la salud, o impedir su apropiación no autorizada por investigadores o empresas de países extranjeros.

- La Ley 8423 en 1997 de Filipinas, por ejemplo, persigue “acelerar el desarrollo de la atención sanitaria tradicional y alternativa” mejorando la fabricación, el control de calidad y la comercialización de medicinas tradicionales²¹.
- El Perú aprobó una Ley en julio de 1999 que prohíbe la exportación sin valor añadido de algunas especies botánicas con propiedades curativas conocidas que habían llegado a ser objeto de extracción masiva por parte de laboratorios extranjeros. La ley cubre las dos plantas medicinales más conocidas de la farmacopea indígena del Perú, la uña de gato y la maca, y los legisladores han estudiado ampliar la norma para dar cabida a otros productos (Yacón y Parapara).

No es nuestra intención comentar aquí las diferentes iniciativas que se han planteado para la protección de los conocimientos tradicionales, ni proponer la adopción de ninguna de ellas. Aquí se trata únicamente de indicar la necesidad de considerar esta cuestión a nivel nacional.

²¹Ley 8423 en 1997 de Filipinas. Sección 3.d.

6.7. MÉTODOS DE DIAGNÓSTICOS TERAPÉUTICOS Y QUIRÚRGICOS DE PAÍSES EN DESARROLLO

Los países en desarrollo pueden considerar la exclusión de la patentabilidad de los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales.⁵⁶ La mayoría de los países no conceden patentes sobre tales métodos, debido a razones éticas o a la dificultad de controlar en la práctica su observancia. Además, un método que se aplica al cuerpo humano no es susceptible de aplicación industrial y, por lo tanto, no cumple con uno de los requisitos clave de patentabilidad de la mayoría de las legislaciones sobre patentes. Sin embargo, en los Estados Unidos la práctica en este terreno favorece cada vez más la concesión de patentes sobre métodos terapéuticos si éstos satisfacen la definición de procedimiento y las restantes condiciones de elegibilidad.

Por ejemplo, la patente US 4.188.395 reivindicó "un método que combate las enfermedades circulatorias en animales de sangre caliente necesitados de tal tratamiento en forma oral o parenteral, que comprende administrar a los animales en una cantidad efectiva para combatir enfermedades circulatorias relacionadas con la acción del corazón y la presión sanguínea un compuesto activo conforme a la reivindicación, bien sea solo o mezclado con un diluyente o en forma de medicamento".

Una disposición aprobada en 1996 (modificando la ley de patentes de los Estados Unidos, 35 USC 287.c) determinó, no obstante, que el uso de procedimientos quirúrgicos patentados no puede ser objeto de demandas por infracción²².

²²Grubb, 1999, pág. 220

El artículo 27.3.a del Acuerdo sobre los ADPIC autoriza explícitamente a los Miembros a no conceder patentes sobre los métodos de tratamiento terapéutico, quirúrgico y de diagnóstico incluidos los que se apliquen a animales.

6.8. LA BIOPIRATERÍA

La Biopiratería es la explotación, manipulación, exportación y/o comercialización internacional de recursos biológicos que contrarían las normas de la Convención sobre Diversidad Biológica de 1992.

No es sólo el contrabando de diversas formas de vida de la flora y fauna, sino más bien, la apropiación indebida y monopolización de los conocimientos de las poblaciones tradicionales en lo que se refiere al uso de los recursos genéticos.

La Biopiratería, en si constituye una “Apropiación Indebida”, siendo un delito novedoso que se asocia al “uso de la propiedad intelectual (especialmente las patentes de invención) para invocar derechos sobre productos derivados de estos recursos y de los conocimientos relacionados a los mismos”.

Existen varias definiciones de Biopiratería, entre las cuales tenemos:

- *“Es la obtención ilegal de toda la información que pertenece a las comunidades indígenas y que han sido explotadas por un tercero, mediante la obtención de un derecho de protección, sin que se reconozca a la comunidad víctima del plagio”.*
 - *“Es el proceso mediante el cual los derechos de las culturas indígenas a los recursos genéticos y conocimientos son eliminados y reemplazados en favor de aquellos que han explotado el conocimiento indígena y la biodiversidad.”*
 - *“Concepto de índole político más que jurídico... y alude a situaciones en las cuales se presenta una apropiación directa o indirecta de*
-

recursos biológicos, genéticos o conocimientos tradicionales por parte de terceros”

- *“Cuando el acceso al recurso biológico es obtenido de manera ilegal...” y que “la Biopiratería está dirigida en los siguientes niveles: violación del Consentimiento Fundamentado previo, violación de los acuerdos mutuos”.*

Cabe destacar que de las anteriores definiciones, terceras personas se han ingeniado la objeción lícita de plantas medicinales y hasta semillas de la misma, para posteriormente obtener la molécula que será patentada, ya que no son objeto de patente las plantas, en todas sus especies. Casos como este están siendo observados a diario y no por esta acción estamos en presencia de Biopiratería.

Hay que dejar en claro, que es requisito sine quanon para sancionar este tipo de delito es que la obtención del conocimiento o de la planta medicinal haya sido ilícita directa o indirectamente, sería directa cuando se compra la planta en un vivero y se apropia del proceso de obtención, el conocimiento para obtener la fórmula, y sería indirecta cuando el proceso y la planta son hurtados. Igualmente señalan que la Biopiratería se asocia al “uso de la propiedad intelectual (especialmente las patentes de invención) para invocar derechos sobre productos derivados de estos recursos y de los conocimientos relacionados a los mismos”.

Son numerosos los casos en que Laboratorios de Investigación, estudian los conocimientos de ciertas poblaciones que han aplicado durante generaciones, el empleo de Plantas con cualidades especiales en tratamientos y en la cura de enfermedades, una vez obtenido este estudio se apropian de la planta, sintetiza la molécula responsable de tal cualidad curativa, esta es patentada y explotada por

el Laboratorio, generándole ganancias millonarias y sin que la comunidad afectada reciba ni el más leve merito por ello.

Un caso curioso es el de Chile, alrededor de 700 especies nativas que han sido o están en proceso de ser patentadas en países extranjeros, sin que exista una legislación para regular este fenómeno.

Algunos de los casos, entre otros, en los que presentan presunta Biopiratería son los siguientes:

- **La Murtilla**

Su nombre científico es "UgiMolinae"; su alias, "Murtilla". Auténticamente chilena, buenísima para la salud, revitalizante y alguna vez el fruto preferido de la Reina Victoria de Inglaterra. Tantos méritos generaron interés: ahora los australianos quieren patentarla como "Made in Australia".

En el año 89 un chef australiano, en un viaje de placer en el sur de Chile, luego de probar kuchen, mermeladas y tragos hechos a base de Murtilla, obtuvo sin ningún problema 10 de estas plantas y se las llevó a su país, donde se puso en contacto con una empresa biotecnológica para que se dedicaran a multiplicar y mejorar genéticamente variantes de la Murtilla, lo peor, es que si quisiéramos acceder a esta nueva variedad de la Murtilla, de la cual se fabrican helados y productos cosméticos, tendríamos que pagar elevadas patentes de propiedad intelectual. Murtilla, Boldo, Quillay, Quinoa, son algunos ejemplos de las especies registradas fuera del país.

- **El Rapamune**

Otro caso es el de un hongo, Rapamune, Originario de Isla de Pascua, conocido como “el hongo milagroso”. El Rapamune es un hongo, que se ha transformado en la fuente de la droga RAPAMICINA, la cual ha comprobado ser la mejor droga del planeta para evitar los rechazos de órganos en pacientes trasplantados. Ahora la sustancia, además de exhibir nuevas bondades en el campo cardiovascular, camina hacia su independencia, después que investigaciones determinaran que ya no es necesario utilizarla en combinación con otros elementos, como se hacía hasta hoy. Desde hace cuatro años se utiliza como el inmunosupresor de mayor éxito a nivel mundial. Sin embargo, fue patentado por un laboratorio canadiense por lo que un pascuense no pudo usarlo para su terapia porque no pudo pagarlo.

- **La Brazenia**

Obtenida de la planta “Pentadiplandrabrazeana”. Es 2000 veces más dulce que el azúcar y al contrario de otros edulcorantes no pierde su propiedad con el calor, lo que la hace particularmente valiosa en la industria alimenticia.

A pesar de que se conocían sus propiedades, se otorgaron dos patentes a investigadores de la Universidad de Wisconsin por identificar, aislar y secuenciar el ADN que codifica la proteína. La investigación posterior se ha encaminado a preparar organismos transgénicos para producir brazeina, lo que haría innecesario cultivar la planta. La Universidad de Wisconsin ha negado cualquier tipo de conexión con Gabón - África (lugar de origen), por lo que no existirán compensaciones. (Fuente: RAFI 1997).

- **La Ayahuasca**

La Ayahuasca (*Banisteriopsis Caapi*) es una planta utilizada con numerosos propósitos medicinales y rituales. Ayahuasca es el nombre vernacular entre los pueblos Quechua de la Amazonia, en cuya lengua

Ayahuasca significa “vid de los espíritus”. Es una planta sagrada para muchos pueblos indígenas de la Amazonia.

En 1986, luego de investigar en la Amazonía ecuatoriana, se le concedió unapatente sobre la ayahuasca, a un científico estadounidense (y Presidente de la Corporación Internacional de Plantas Medicinales) (patente de plantas US 5.751).

La Oficina de Patentes y Marcas de los EE.UU. (USPTO) revocó la patente en noviembre de 1999. La USPTO baso su decisión en el hecho de que las publicaciones que describen la Banisteriopsiscaapi eran “conocidas y disponibles” con anterioridad a la solicitud de registro de la patente. La decisión de la USPTO fue la respuesta al pedido de re-evaluación de la patente por parte de la COICA, la Coalición para los Pueblos Amazónicos y su Medioambiente, y el Centro para el Derecho Internacional del Medio Ambiente (CIEL). Empero, en apelación la patente fue re-establecida. (Fuente: Gari, 2000 paginas 8 al 9 y 19).

6.9. BIOPIRATERÍA Y PROPIEDAD INTELECTUAL

Como se señaló anteriormente, en algunos casos, ese uso no autorizado y no compensado es acompañado del patentamiento de invenciones obtenidas o desarrolladas a partir de dicho uso. Puede tratarse de invenciones que han sido simplemente obtenidas del recurso genético o conocimiento tradicional, que no implican un desarrollo ni un aporte real al estado de la técnica. También puede tratarse de invenciones que implican un desarrollo con relación al recurso genético o conocimiento tradicional, que puede ser considerado como un aporte real al estado de la técnica.

APLICACIÓN ESTRICTA DEL DERECHO DE PATENTES

En el primer caso descrito en el párrafo anterior (invenciones obtenidas a partir de un recurso o un conocimiento), no se justifica el otorgamiento de derechos de exclusivaa través del otorgamiento de patentes de invención. En efecto, en la medida en que se trate de una invención simplemente obtenida a partir de un recurso o un conocimiento, ya existente, dicha invención no cumplirá con los clásicos requisitos de patentabilidad(novedad o nivel inventivo) y, por lo tanto, no merecerá una patente de invención. Otorgar una patente a una invención de estas características implicaría una contravención al propio Derecho de patentes.

En el segundo caso (invenciones desarrolladas a partir de un recurso o un conocimiento), sí se justifica el otorgamiento de patentes de invención, si se toma en cuenta únicamente el cumplimiento de los requisitos establecidos en la mayoría de legislaciones vigentes en materia de patentes de invención. En este caso, a diferencia del anterior, sí hay un aporte al estado de la técnica que merecería una patente de invención, en la medida en que cumpla con los requisitos de patentabilidad.

No obstante, más allá del derecho de patentes, se deben tomar en cuenta otras consideraciones. No basta tomar en cuenta las reglas propias del Derecho de patentes para determinar si se debe o no otorgar una patente. Recordemos que el Derecho de patentes no es necesariamente ajeno a otro tipo de consideraciones. Una prueba de ello la encontramos en las llamadas excepciones a la patentabilidad. Estas excepciones recogen consideraciones ajenas al Derecho de patentes que éste ha optado por adoptar, consideraciones tales como el orden público y la moral

LA POSICIÓN DE LOS GRUPOS INDÍGENAS Y LA BIOPIRATERÍA²³

²³ La Rural Advancement Foundation International (RAFI), actualmente el Action Group on Erosion, Technology and Concentration (ETC Group) desde los años 80 ha consolidado el uso de este término en el ámbito internacional y son un referente obligatorio en cuanto a ejemplos de biopiratería, especialmente por parte

Grupos representativos de comunidades indígenas de distintas partes del mundo se han manifestado contundentemente: se debe frenar la biopiratería²⁴. Algunas organizaciones 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. Si bien el concepto de «biopiratería» tiende a utilizarse a veces de manera generalizada, es muy útil para llamar la atención sobre un hecho que se ha acentuado con el desarrollo y la aplicación de esta misma biotecnología²⁵. Como se ha dicho, la materia prima sobre la cual se basa el desarrollo de productos y procedimientos biotecnológicos proviene en gran parte de recursos genéticos de los países megadiversos.

Debe tenerse en cuenta que los recursos genéticos han sido obtenidos hasta la entrada en vigencia del CDB sin que la legislación nacional e internacional regulara la manera de acceder a ellos y las condiciones que deben cumplirse para tal fin²⁶. En el mejor de los casos, los titulares de los nuevos derechos están en capacidad de ofrecer documentos que significan autorizaciones o permisos de colecta para la utilización de estos recursos en el marco de misiones científicas

de las grandes transnacionales farmacéuticas y agro-industriales. Para verificar casos específicos de biopiratería revisar : <http://www.etcgroup.org>

²⁴ Para conocer mayores detalles de la posición de algunos grupos indígenas se sugiere revisar: De la Cruz, Rodrigo. Visión de los pueblos indígenas en el contexto de las decisiones sobre ABS y el artículo 8(j): impacto de las decisiones de la COP / CDB sobre el mandato del IGC de la OMPI. COICA, IUCN, ICTSD. Ginebra, Marzo, 2004.

²⁵ En rigor, la biopiratería – entendida en términos amplios y políticos más que jurídicos - es un fenómeno muy antiguo. Desde el Egipto de los Faraones hasta las etapas de encuentro de Europa y el resto de los continentes y sus culturas (especialmente a partir del Siglo XV), el acceso, transporte, intercambio, la resiembra, y uso de plantas útiles para el ser humano ha sido una constante. Para entender el alcance de algunos de estos procesos se recomienda: Hobbhouse, Henry. 1992. *Seeds of Change. Five Plants that Transformed Mankind*. Papermac. MacMillan Publishers Limited, London.

²⁶ Durante muchos años prevaleció la idea que los recursos genéticos eran patrimonio o herencia común de la humanidad y que, en esencia, debían estar libremente disponibles para quienes (Estados, empresas o personas) quisieran realizar actividades de investigación, desarrollo o explotación comercial e industrial con ellos. El Compromiso Internacional de la FAO sobre Recursos Fitogenéticos de 1983 fue el primer instrumento internacional (no vinculante) que reconoció este principio, aunque posteriormente precisó que este acceso libre no implicaba necesariamente un acceso sin costo (Anexo I, Resolución 4/89, 1989).

conducidas por instituciones extranjeras y dentro de programas de cooperación entre universidades e institutos públicos relacionados con los recursos naturales.

En verdad, estos permisos no estipulan nada sobre la propiedad de los frutos resultantes de su uso y de sus derivados, sobre la eventual distribución de futuros beneficios y tampoco significan un procedimiento previo de transparencia respecto al destino o propósito real de las investigaciones o recolección de muestras de flora y fauna (hoy denominado consentimiento informado previo que otorga el país de origen) y menos aún se consideraba la posibilidad de subsiguientes transferencias del material genético recolectado a terceros. Los titulares de un permiso de colecta de material genético normalmente se obligaban a compartir el resultado de sus investigaciones y a incorporar a científicos e investigadores del país de origen, pero el asunto de la participación en los beneficios económicos derivados de un eventual producto comercial resultante de la investigación estuvo siempre fuera de discusión.

Es así que los permisos para acceder a los recursos genéticos no tenían en cuenta que, respecto de dichos recursos las comunidades indígenas poseían algún tipo de derecho, especialmente por el conocimiento asociado a ellos que muchas veces compartían con los científicos visitantes. Una atmósfera de libre acceso para el desarrollo de la ciencia y la tecnología resultaba finalmente generando inequidades que el Convenio sobre la Diversidad Biológica intenta resolver vinculando la conservación de la diversidad biológica con la necesidad de reducir los niveles de pobreza de sus auténticos guardianes reconociendo el derecho de los pueblos indígenas.

Esto era evidente pues los recursos y los conocimientos indígenas asociados a ellos que los científicos tomaron como insumo luego fueron incorporados de alguna manera al producto industrial desarrollado, esfuerzo intelectual recompensado y protegido por el mantenimiento de la propiedad intelectual especialmente a través de

patentes de invención y derechos de obtentor. A este uso irregular, injusto o abiertamente ilegal de estos recursos y conocimientos indígenas (en los casos en los que hubiera legislación específica aplicable) y su apropiación a través de derechos de propiedad intelectual se le denomina «biopiratería».²⁷

Desde el año 1984 a la fecha, los pueblos indígenas alrededor del mundo han hecho múltiples declaraciones políticas reclamando sobre el uso ilegal de sus recursos y CT. La Declaración de Principios del Consejo Mundial de Pueblos Indígenas (1984), la Declaración Kari Oca y la Carta de la Tierra de los Pueblos Indígenas (1992), la Declaración Mataatua (1993), son solamente algunos de los ejemplos de estas expresiones políticas de los pueblos indígenas. Muy recientemente, en el seno de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas se aprobó por unanimidad el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas el mismo que seguirá siendo debatido entre representantes de los gobiernos y representantes indígenas y ONG de derechos humanos para lograr un consenso. En el citado proyecto se recoge el derecho de los pueblos indígenas a proteger y restituir los bienes intelectuales de que han sido privados así como a que se les reconozca la propiedad, el control y la protección de su patrimonio cultural e intelectual. A diferencia de lo que ocurría hasta hace algunas décadas hoy existe entre los grupos indígenas plena y manifiesta conciencia que sus CT son (en muchos casos) utilizados y aprovechados sin su consentimiento y sin que el beneficiario comparta ningún tipo de beneficio derivados de dicho uso. El pensamiento de los líderes indígenas a este respecto puede sintetizarse en la siguiente declaración de la Unión de Jefes Indios de la British Columbia de Febrero del 2002:

²⁷ Alrededor del mundo se han documentado y analizado innumerables casos de biopiratería especialmente asociada a la aplicación de patentes de invención sobre «productos» que no debieron pasar los exámenes de novedad y altura inventiva. Algunos de los casos emblemáticos incluyen: la concesión de patentes en EEUU sobre el Ayahuasca amazónico; la concesión de patentes de plantas en EEUU sobre algodón nativo o de color del Perú; la concesión de patentes sobre Turmeric (*Curcuma longa*) en los EEUU.

- a) El lenguaje, sistemas de conocimiento y las leyes de los pueblos indígenas son indispensables para su identidad y una condición de su autodeterminación;
- b) Los sistemas de conocimiento de los pueblos indígenas están conectados de manera indisoluble e inalienable con sus antepasados y el territorio de sus antepasados;
- c) La herencia de los pueblos indígenas no es un 'commodity' y tampoco propiedad de un Estado o Nación. La herencia material e intelectual de cada pueblo indígena es un regalo de carácter sagrado y una responsabilidad que debe ser honrada y mantenida por beneficio de las generaciones futuras.

Así, la posición de los representantes de los pueblos indígenas en todo el mundo intenta alertar a la opinión pública y a los gobiernos sobre la necesidad de legislar cuidadosamente sobre los CT, sin apresuramientos, con la activa participación de sus representantes, llamado que normalmente no es tomado en cuenta con la seriedad que debiera a pesar de la existencia de un movimiento ciudadano que apoya este reclamo mientras se discuten opciones jurídicas que se generen para proteger sus DPI, tanto en América Latina como en otros continentes.

CAPÍTULO III

PROPIEDAD INTELECTUAL

1. DEFINICIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL

La propiedad intelectual (P.I.) tiene que ver con las creaciones de la mente: las invenciones, las obras literarias y artísticas, los símbolos, los nombres, las imágenes y los dibujos y modelos utilizados en el comercio.

La propiedad intelectual se divide en dos categorías: la propiedad industrial, que incluye las invenciones, patentes, marcas, dibujos y modelos industriales e indicaciones geográficas de procedencia; y el derecho de autor, que abarca las obras literarias y artísticas, tales como las novelas, los poemas y las obras de teatro, las películas, las obras musicales, las obras de arte, tales como los dibujos, pinturas, fotografías y esculturas, y los diseños arquitectónicos. Los derechos relacionados con el derecho de autor son los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes sobre sus interpretaciones y ejecuciones, los derechos de los

productores de fonogramas sobre sus grabaciones y los derechos de los organismos de radiodifusión sobre sus programas de radio y de televisión.

Las innovaciones y expresiones creativas de las comunidades indígenas y locales también constituyen propiedad intelectual, pero al ser “tradicionales” quedan al margen de la protección que confieren los actuales sistemas de P.I. El acceso a los recursos genéticos, y a la participación equitativa en los beneficios que de ellos se derivan, también plantea problemas al sistema de P.I. En respuesta a esta problemática, la OMPI ha comenzado a ejecutar programas normativos y de fortalecimiento de capacidades con el fin de preparar medidas prácticas y jurídicas que sean equilibradas y adecuadas.²⁸

La expresión “propiedad intelectual” se reserva a los tipos de propiedad que son el resultado de creaciones de la mente humana, del intelecto. Es interesante observar que en el Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual o la “OMPI”, la expresión propiedad intelectual no tiene una definición más formal. Los Estados que elaboraron el Convenio decidieron establecer una lista de los derechos en su relación con:

“Las obras literarias, artísticas y científicas; las interpretaciones de los artistas intérpretes y las ejecuciones de los artistas ejecutantes, los fonogramas y las emisiones de radiodifusión; las invenciones en todos los campos de la actividad humana; los descubrimientos científicos; los dibujos y modelos industriales; las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como los nombres y denominaciones comerciales; la protección contra la competencia desleal; y “todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico”. (Convenio que establece la Organización Mundial de la

²⁸<http://www.wipo.int> (Organización Mundial de Propiedad Intelectual)

Propiedad Intelectual, firmado en Estocolmo, el 14 de julio de 1967; Artículo 2, punto viii)).

Por varias razones administrativas e históricas, la propiedad intelectual se aborda generalmente en el marco de los siguientes títulos principales:

- 1) Las obras literarias, artísticas y científicas, por ejemplo, los libros. La protección de esta propiedad se rige mediante legislación relativa al Derecho de autor.
- 2) Las interpretaciones o ejecuciones, las emisiones de radiodifusión, por ejemplo, los conciertos. La protección de esta propiedad se rige mediante legislación relativa a los Derechos conexos al derecho de autor.
- 3) Las invenciones, por ejemplo, una nueva forma de motor de chorro. La protección de las invenciones se rige mediante legislación relativa a las Patentes.
- 4) Los dibujos y modelos industriales, por ejemplo, la forma de una botella de gaseosa. Los Dibujos industriales pueden estar protegidos por sus propias legislaciones especializadas o por la legislación en materia de propiedad industrial o de derecho de autor.
- 5) Las marcas, las marcas de servicio y los nombres y designaciones comerciales, por ejemplo, los logos o los nombres de un producto que tiene un origen geográfico único como el Champagne. La protección se otorga normalmente mediante varias legislaciones.
- 6) La protección contra la competencia desleal, por ejemplo, reivindicaciones falsas contra un competidor o imitación del producto de un competidor con miras a engañar al cliente.

La razón por la que los Estados promulgan legislación nacional y se adhieren en calidad de signatarios a tratados regionales e internacionales que rigen los derechos de propiedad intelectual son las siguientes:

- para crear incentivos para los esfuerzos creativos de la mente mediante el ofrecimiento de una protección;
- para proporcionar un reconocimiento oficial a esos creadores;
- para crear archivos de información vital;
- para facilitar el crecimiento tanto de la industria o cultura nacionales como del comercio internacional mediante tratados que ofrecen una protección multilateral.

2. PROPIEDAD INDUSTRIAL

La propiedad industrial es un conjunto de derechos que puede poseer una persona física o jurídica sobre una invención (patente, modelo de utilidad, topografía de productos semiconductores, certificados complementarios de protección de medicamentos y productos fitosanitarios), un diseño industrial, un signo distintivo (marca o nombre comercial), etc.

Otorga dos tipos de derechos: en primer lugar el derecho a utilizar la invención, diseño o signo distintivo, y en segundo lugar el derecho a prohibir que un tercero lo haga.

El derecho de prohibir (*iusprohibendi*) es la parte más destacada de la propiedad industrial y permite al titular del derecho el solicitar el pago de una licencia, también llamada regalía o royalty. Posee límites temporales, pues casi todos los derechos de propiedad industrial tienen una duración máxima, y territoriales pues sólo tienen validez en el territorio donde se han concedido (normalmente, pero no exclusivamente, un país)

Otros límites al derecho de prohibir son el agotamiento del derecho, por el cual una vez comercializado con permiso del titular o habiendo cobrado la indemnización no se puede impedir la posterior venta; el uso con fines experimentales y no comerciales, la entrada temporal en el país de un medio de locomoción matriculado en el extranjero, etc.

El Convenio de la Unión de París y el Acuerdo sobre Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio son los dos acuerdos internacionales de mayor peso sobre la propiedad industrial.

2.1. PATENTES DE INVENCION

Una patente es un documento otorgado por una oficina de Gobierno (comúnmente la Oficina de Patentes) después de presentarse una solicitud. Dicho documento describe una invención y crea una situación jurídica mediante la cual la invención sólo puede ser explotada con la autorización del dueño de la patente. En otras palabras, una patente protege una invención y otorga al dueño el derecho exclusivo de usar su invención por un período limitado de tiempo.

Una invención puede ser definida como una solución nueva a un problema técnico.

El objetivo de una patente consiste en brindar protección a los adelantos tecnológicos. La teoría dispone que la protección por patente recompense no sólo a la creación de una invención, sino también el perfeccionamiento de una invención para hacerla tecnológicamente factible y comercializable. Este tipo de incentivo sirve de estímulo a la creatividad adicional y alienta a las empresas a seguir desarrollando la nueva tecnología para hacerla comercializable, útil para el público y deseable para su bienestar.

El sistema de patentes comenzó hace varios siglos. En el siglo XVIII ya existían las patentes. El sistema ha evolucionado con el correr de los años y actualmente disponemos de un sistema muy moderno. Seguimos perfeccionando el sistema internacional para modernizarlo aún más y mantenerlo a la par de los adelantos tecnológicos y la evolución del sistema económico.

MATERIA PATENTABLE

Según acuerdo internacional, las patentes se destinan a cualquiera invención sea de proceso o producto en todos los ámbitos de la tecnología. Un componente químico puede patentarse. Por supuesto, una máquina puede patentarse. Los procesos para perfeccionar o fabricar cosas pueden patentarse. Sin embargo, existen cosas que no pueden patentarse y que quedan excluidas del ámbito de patentabilidad. Por ejemplo, los genes humanos no pueden patentarse. Las cosas que ya existan en la naturaleza, con contadas excepciones, no pueden patentarse. Una máquina de movimiento perpetuo, que va contra las leyes de la naturaleza, no puede patentarse a menos que pueda demostrarse su aplicación industrial, en cuyo caso, se descartan las antiguas normas y se considera que se ha creado algo nuevo. Algunas invenciones pueden ser excluidas del ámbito de patentabilidad por razones de orden público o moral.

Las patentes están previstas para los grandes adelantos de la tecnología, pero se reservan asimismo para pequeñas mejoras tecnológicas. Así, los adelantos patentables que se producen en un ámbito determinado de la tecnología pueden constituir grandes avances, como el invento de la penicilina o pequeñísimas mejoras, como una nueva palanca en una máquina que permita acelerar su funcionamiento. Estas cosas sí pueden patentarse.

Una Oficina de patentes se fijará en varias características para determinar si la invención es patentable o no. Para comenzar, debe haberse presentado una

solicitud de patente. En la mayoría de los casos, un experto técnico examina la solicitud de patente para asegurarse de que cumple los criterios esenciales de patentabilidad.

- El primero de estos criterios exige que la invención sea nueva, es decir, que la invención no debe haber sido inventada, efectuada o utilizada anteriormente.
- El segundo criterio establece que exista un elemento inventivo. En otras palabras, para que se considere patentable una invención, ésta debe representar un avance suficiente en relación con el estado actual de la técnica. También se utiliza el término “no evidente”, es decir que si dicha invención es evidente para una persona con conocimientos medios en el ámbito de la técnica en cuestión, no se cumplen los criterios que conducirán a una protección por patente.
- El tercer criterio estipula que pueda aplicarse industrialmente. La invención debe poder ser utilizada de alguna manera. Este es un criterio muy amplio ya que prácticamente todo puede utilizarse, aunque sólo sea en la etapa de investigación pero, como se ha mencionado, esto no se aplica a la máquina del movimiento perpetuo, ya que no tiene aplicación industrial.

Así pues, a fin de ser patentable, una solicitud para patentar una invención debe demostrar que se encuentra entre los tipos que pueden ser protegibles por una patente, y ser: nueva o novedosa, no obvia, es decir, que debe introducir un elemento inventivo, útil, es decir, susceptible de aplicarse industrialmente.

La solicitud de una patente también debe cumplir con otras formalidades. Comoregla general, una patente debe ser otorgada al primer solicitante. Este sistema se llama “el primero en aplicar”. Por tal motivo, la fecha del registro de la solicitud es muy importante en materia de patentes.

Las Oficinas examinarán asimismo la solicitud para determinar si revela suficientemente la invención, de modo que cualquier persona con conocimientos de la disciplina o ámbito a que se aplica la invención pueda realizar o utilizar la invención. El solicitante de una patente debe, por lo general, proporcionar una descripción escrita adecuada para permitir que cualquier persona pueda realizar la invención, a cambio de los beneficios que confiere una patente.

El Convenio de París para la protección de la propiedad industrial (1883), el cual es el convenio más antiguo administrado por la OMPI en materia de propiedad industrial, ha previsto el principio de la prioridad. Este principio consiste en que la primera solicitud debidamente registrada en uno de los Estados parte, concede el derecho al solicitante, en un periodo de 12 meses, de solicitar protección en cualquier otro Estado parte. Esta solicitud posterior será considerada como si se hubiese registrado en el mismo día de la primera solicitud. En otras palabras, esta solicitud posterior tendrá prioridad frente a otras solicitudes que hayan sido registradas por otras personas y sobre la misma invención, durante el mismo periodo de tiempo.

VENTAJAS DE LA OBTENCIÓN DE UNA PATENTE

Las ventajas de obtener una patente son muy específicas y se traducen técnicamente en el hecho de que el titular de una patente puede impedir a todas las demás personas, en el territorio cubierto por la patente, realizar, utilizar, ofrecer en venta, vender o importar la invención. Esto no da necesariamente al inventor o al titular de la patente el derecho a utilizar la invención si, por ejemplo, dicha utilización es ilegal -como lo ha sido en algunos países la utilización de máquinas tragamonedas- pero el titular de una patente puede impedir a terceros comercializar y sacar provecho de la invención durante un período de varios años. La duración de una patente suele ser de 20 años a partir de la fecha en que se presentó la solicitud, lo que otorga al promotor de la tecnología el derecho a

conservarla para sí mismo durante varios años, a cambio de revelar completamente al público la manera de utilizarla. Cuando los derechos de patente expiran, la tecnología pasa a ser del dominio público y el público puede utilizarla en beneficio propio.

En ciertos casos, de hecho, el uso de una invención patentada puede ser autorizada a una tercera parte, por el Tribunal Competente o la Oficina de Patentes (según la ley nacional), a través de una licencia obligatoria. Tal como lo prevé el Convenio de Paris o el Acuerdo sobre los ADPIC, el régimen de las licencias obligatorias evita los abusos que puedan resultar de la exclusividad de derechos conferida con la patente. Este régimen puede también ser aplicado en caso de no explotación de la invención patentada durante un tiempo establecido (generalmente por cuatro años contados a partir de la fecha de registro de la solicitud o de tres años contados a partir del momento en que se confiere la patente). Tal como se prevé en el Acuerdo sobre los ADPIC (artículo 31) un mínimo de condiciones y circunstancias deben ser respetadas antes de otorgar una licencia obligatoria.

2.2. MARCAS

Las marcas existían ya en la antigüedad. Hace 3.000 años, los artesanos indios solían grabar sus firmas en sus creaciones artísticas antes de enviarlas a Irán. Más adelante, se utilizaron más de 100 marcas distintas de cerámica romana, incluida la marca FORTIS que se hizo tan famosa que fue copiada y falsificada. La utilización de las marcas aumentó con el auge del comercio en la Edad Media.

Actualmente, la utilización de las marcas (para las que con frecuencia se utiliza la abreviatura TM en inglés) se ha vuelto moneda corriente y la mayoría de las personas del planeta pueden distinguir entre las dos marcas de refrescos Pepsi-Cola y Coca-Cola.

La importancia cada vez mayor de las marcas en las actividades comerciales es debida a la creciente competencia entre las compañías que llevan a cabo actividades comerciales en más de un país. Las marcas han sido utilizadas para facilitarle al consumidor la identificación de un bien o servicio, así como para identificar su calidad y precio. Por lo tanto, una marca puede ser considerada como una herramienta de comunicación usada por el productor para atraer consumidores.

Una marca debe presentar básicamente dos características principales: debe ser distintiva y no debe inducir a engaño.

Así pues, se podría dar la siguiente definición formal del término marca:

“Una marca es un signo que individualiza los productos de una empresa determinada y los distingue de los productos de sus competidores”.

Una marca puede ser representada por palabras, dibujos, letras, números o embalajes, slogans, objetos, emblemas, etc. Es necesario anotar que una marca de servicio es similar a una marca de bienes, sólo difieren en que ésta última protege productos o bienes y la primera, servicios. Entérminos generales, la palabra marca envuelve ambas, tanto las marcas de bienes como las de servicios.

Existen marcas compuestas por palabras, letras, cifras, abreviaturas o nombres, por ejemplo apellidos. Baste recordar la famosa marca de automóviles, Ford –así nombrada en honor a Henry Ford, constructor del primer automóvil, o la editorial Espasa Calpe, etc. Numerosos nombres se utilizan como marcas. También pueden encontrarse abreviaturas como IBM, pero las marcas pueden consistir asimismo en emblemas o elementos figurativos, como el logotipo de la compañía petrolera Shell.

Cuando se habla de emblema, se hace referencia a cosas como el logotipo de determinada marca, pero aquí se trata de un emblema en dos dimensiones mientras que las marcas pueden ser también tridimensionales, es decir, compuestas por el embalaje de los productos o por los productos mismos. Por supuesto, pueden protegerse asimismo los colores de las marcas y actualmente asistimos a la llegada al mercado de un nuevo tipo de marca. Se trata de la marca por holograma. Por ejemplo, si observa una tarjeta de crédito, podrá apreciar una pequeña imagen que cambia según la perspectiva desde la que se observa. También existen marcas sonoras: un jingle publicitario puede servir de marca. En algunos países existen incluso marcas olfativas, en cuyo caso una fragancia determinada puede ser protegida como marca. Por consiguiente, existe una gran variedad de signos que pueden ser utilizados como marcas, pero todos deben cumplir siempre las dos condiciones mencionadas: que la marca sea distintiva y no induzca a engaño.

Para ser distintiva, una marca debe ser intrínsecamente capaz de distinguir productos y servicios tal como se ha mencionado. Un buen ejemplo podría ser la palabra inglesa “apple”, que corresponde en español a manzana. Si bien “Apple” es una marca perfectamente distintiva para un ordenador debido a su escasa relación con los ordenadores, no sería una marca distintiva para manzanas. En cambio, un cultivador y vendedor de manzanas no podría registrar la palabra ‘manzana’ como marca y protegerla, debido a que sus competidores deben poder utilizar la palabra para describir sus propios productos. Así pues, en términos generales una marca no es distintiva si es descriptiva, y es descriptiva si describe el carácter o la identidad de los productos o servicios a los cuales se aplica. Ahora bien, una marca puede asimismo inducir a engaño, por ejemplo cuando atribuye a los productos una cualidad que éstos no poseen.

Una marca que pueda inducir a engaño sería una marca que indicase que los productos a los que se aplica poseen ciertas cualidades de las que están

desprovistos. Un ejemplo podría ser la marca “Cuero auténtico” para productos que no estén hechos con cuero genuino. Una de las cuestiones clave planteadas fue que para evaluar el carácter distintivo de un signo atribuido a una marca, debe ser considerado conjuntamente con los bienes o servicios a los que se asocia.

Para que una marca sea conocida y respetada se requiere una inversión considerable y, por lo general, largo tiempo. Por consiguiente, a cualquier persona que desee utilizar una marca le interesa asegurarse de que esté protegida como un elemento valioso de propiedad intelectual.

Obviamente, las empresas invierten muchísimo dinero en establecer sus marcas y para poder impedir a terceros la utilización de sus marcas tienen que basarse en la legislación en materia de marcas, pero el modo más habitual de proteger una marca es registrándola en el Registro de Marcas, requisito que muchos países estipulan para protegerlas. En primer lugar, la marca debe registrarse y, una vez registrada, recibe protección y su titular puede impedir a terceros la utilización de su marca. Ahora bien, el registro no es el único modo de proteger una marca: las marcas no registradas también están protegidas en algunos países pero es una forma de protección menos fiable. Esto se debe a que una marca no registrada no está protegida hasta que no haya adquirido suficiente carácter de distinción y cierta notoriedad en el mercado, lo cual puede ocurrir mucho tiempo después del lanzamiento del producto en el mercado.

Así pues, una marca no registrada que exista desde hace tiempo y que sea conocida por todos, ¿podría en algunos países aspirar a medidas de protección?

Así es. No obstante, si se comercializan productos bajo una nueva marca que nadie conoce, esta marca será muy vulnerable. En este caso, sería posible solicitar la protección que ofrece la legislación en materia de competencia desleal, pero lo más importante es que la marca haya adquirido fama.

Las marcas comúnmente identifican las empresas de manera individual, así como el origen de bienes y servicios comercializados. Algunos países tienen provisiones legislativas para regular el registro de marcas colectivas y certificadas, las cuales se usan para indicar la afiliación o vinculación de las empresas que las usan o para identificar estándares comunes de los productos para los cuales la marca se usa.

Las marcas colectivas comúnmente pertenecen a un grupo o asociación de empresas. Su uso está reservado a los miembros del grupo o asociación. Una marca colectiva distingue los bienes o servicios de los miembros de la asociación de aquellas con bienes o servicios similares. La función de la marca colectiva es informar al público acerca de las características del producto para el cual la marca se usa. Asimismo, la empresa titular de la marca colectiva puede adicionalmente usar su propia marca. Por ejemplo, en una asociación de arquitectos o ingenieros, un miembro puede usar el logo de la asociación así como el logo de la empresa.

Una marca certificada es aquella que indica que los bienes y servicios relacionados en un certificado elaborado por el propietario de la marca son de determinado origen, manufactura, calidad u otra característica. Las marcas certificadas sólo pueden ser usadas de conformidad con estándares definidos. Ejemplo, ISO 9000. La mayor diferencia entre marca colectiva y certificada es que la colectiva sólo puede ser usada por empresas particulares, por ejemplo, los miembros de la asociación, titulares o dueños de la marca; mientras que la marca certificada puede ser usada por todo aquel que cumpla con los estándares definidos.

2.3. DIBUJOS Y MODELOS INDUSTRIALES

Los dibujos o modelos industriales son composiciones de líneas o colores o formas tridimensionales que otorgan una apariencia especial a un producto u obra

de artesanía. Los dibujos o modelos industriales protegen el aspecto ornamental o estético de un objeto útil, que normalmente resulta atractivo para el sentido de la vista o del tacto, y pueden reproducirse en cantidades importantes.

En la mayoría de los países la protección de los dibujos o modelos industriales únicamente puede efectuarse mediante el registro. En varios de estos países, no se efectúan búsquedas y no se realizan exámenes de fondo antes del registro del dibujo o modelo industrial. Varios países prevén la búsqueda y el examen en caso de que la solicitud de dibujo o modelo industrial se haya publicado y un tercero se haya opuesto a su registro, transmitiendo un aviso de oposición. En unos pocos países, también cabe la posibilidad de proteger los dibujos o modelos industriales que no estén registrados.

Por norma general, con el fin de tener derecho a la protección mediante el registro, el dibujo o modelo industrial debe ser "nuevo" u "original". La duración de la protección varía de un país a otro. Mientras que el plazo de protección habitual es de 15 años (un período inicial de 5 años, al que se añade la posibilidad de renovación durante otros períodos de 5 años), varios países únicamente prevén la protección durante 10 años, mientras que otros la amplían incluso hasta los 25. La renovación de la protección está sujeta habitualmente al pago de una tasa de renovación. No obstante, a diferencia de las marcas, una vez concedida la protección de los dibujos o modelos industriales, ésta no está sujeta a cancelación en caso de que no se utilicen efectivamente.

Doctrinariamente, y en muchos casos en la normativa, se tiende a diferenciar entre modelo industrial y dibujo (o diseño) industrial (ZUCCHERINNO, p. 20). Esta distinción es válida si se considera que: el modelo es un objeto espacial tridimensional que ocupa un lugar en el espacio, es decir el producto se manifiesta – incorpora- en una nueva forma geométrica que aumenta su aspecto ornamental o estético; el diseño o dibujo industrial, se ubica en una superficie plana y consiste

en una combinación de colores líneas, que carece de existencia autónoma ya que se trata de una creación inseparable del producto al que se aplica, en ambos casos con fines estéticos para aumentar su valor respecto a otros similares.

No obstante dicha diferenciación, el régimen legal otorga a ambas categorías idéntica protección, fundamentada en el beneficio que con ellos se genera para su comercialización. Es importante recalcar que dicha protección está dirigida al aspecto estético y no a su funcionalidad (rasgos técnicos del artículo al que se aplican).

En igual sentido es lo establecido en el artículo 25, inciso 1) del Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), que señala:

"...Los Miembros podrán establecer que esa protección no se extenderá a los dibujos y modelos dictados esencialmente por consideraciones técnicas o funcionales"

Fundamento de lo anterior es que los productos cumplen el fin para el cual fueron creados, aún y cuando no se les incorpore o aplique una nueva forma o aspecto ornamental, sea un modelo o un dibujo industrial.

2.4. INDICACIONES GEOGRÁFICAS DE PROCEDENCIA

La utilización de indicaciones geográficas es un importante medio para indicar el origen de los bienes y servicios. Uno de los objetivos de su utilización consiste en promover el comercio informando al usuario acerca del origen de los productos. Con frecuencia, esto implica cierta calidad preciada para el usuario. Las indicaciones geográficas pueden utilizarse asimismo para productos industriales y agrícolas. La protección de dichas indicaciones se realiza en el plano nacional

pero existen varios tratados internacionales que ayudan a proteger las indicaciones geográficas en varios países.

Indicaciones geográficas en un sentido amplio de la palabra incluyen las designaciones de procedencia o fuente, apelaciones de origen e indicaciones geográficas (en un sentido estricto). Cabe notar que el Convenio de París no incluye en su terminología la palabra indicaciones geográficas. Por el contrario, utiliza los términos indicaciones de fuente o procedencia y las apelaciones de origen.

Una indicación de fuente o procedencia significa cualquier expresión o signo utilizado para indicar el país, región, o lugar de donde es originario el bien o servicio. Ejemplo: hecho en Japón.

Una apelación de origen significa el nombre geográfico del país, región o lugar específico que sirve para designar que un producto es originado en dicho lugar, indicar las cualidades o características del producto o bien debido esencial o exclusivamente al medio ambiente, incluyendo también factores humanos o naturales, o ambos. Ejemplo: Champaña

Básicamente, una indicación geográfica es una indicación de que un producto determinado proviene de una zona geográfica concreta. Los ejemplos de indicaciones geográficas más conocidos son los que se utilizan para los vinos y licores. Por ejemplo, la indicación geográfica Champagne se utiliza para indicar que un tipo especial de vino espumoso procede de la región de Francia llamada Champagne. Del mismo modo, Jerez se utiliza para el vino fino producido en la región española que circunda a Jerez de la Frontera. No obstante, las indicaciones geográficas se utilizan asimismo para otros productos distintos de los vinos y los licores, como el tabaco de Cuba, o para quesos como el de Roquefort.

Pueden utilizarse asimismo para productos industriales, como en el caso del acero de Sheffield.

DIFERENCIA ENTRE INDICACIÓN GEOGRÁFICA Y MARCA

Una marca es un símbolo que utiliza un comerciante o una empresa para distinguir a sus propios productos y servicios de los de sus competidores. Una indicación geográfica se utiliza para indicar el origen regional de ciertos productos, y todos los productores de dicha región deben poder utilizarla. Por ejemplo, las indicaciones geográficas Bordeaux y Champagne pueden ser utilizadas por todos los viticultores de las regiones de Burdeos y de Champagne, pero únicamente la empresa Moët et Chandon puede llamar a su champán “Moët et Chandon®” Champagne.

A diferencia de las marcas y las patentes, existe una amplia variedad de tipos de protección disponibles para las indicaciones geográficas. Pueden protegerse por leyes o decretos específicos, la denominada protección “sui generis”; éste es el método empleado en Francia y Portugal, por ejemplo. Otra posibilidad consiste en llevar un registro de indicaciones geográficas. Existe también la posibilidad de acogerse a la legislación en materia de competencia desleal o contra el perjuicio de la “sustitución”, que estipula básicamente que no deben utilizarse prácticas de comercio desleal. Un buen ejemplo de una práctica de comercio desleal consiste en utilizar una indicación geográfica para un producto que no provenga de la región en cuestión. Si se desea protección en virtud de la legislación en materia de responsabilidad civil, no deben observarse formalidades como el registro o el secreto; la parte que se considere agraviada acudirá a los tribunales para defender su caso.

Las indicaciones geográficas pueden protegerse también mediante el registro de marcas colectivas o marcas de certificación. A diferencia de las marcas

individuales, las marcas colectivas pertenecen a un grupo de comerciantes o productores. Por otra parte, una marca de certificación no pertenece a nadie: está registrada en el entendimiento de que podrá ser utilizada por toda persona que cumpla las condiciones especificadas. Por ejemplo, la utilización de una marca de certificación para el queso Stilton se limita a ciertos agricultores que cumplan las normas que deben observarse para que se autorice su utilización.

3. DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

Como todos los campos de la propiedad intelectual, el derecho de autor guarda relación con la protección de las obras del intelecto humano. El derecho de autor pertenece al campo de la protección de las obras literarias y artísticas. Entre ellas figuran las obras escritas, musicales, artísticas, como pinturas y esculturas, y las obras que utilizan la tecnología, como los programas de ordenador y las bases de datos electrónicas.

Cabe observar que el derecho de autor protege las obras, es decir, la expresión de conceptos, y no las ideas. Por citar un ejemplo, un simple argumento que relata la historia de dos jóvenes enamorados, que se aman a pesar de obstáculos familiares o de la diferencia de clases sociales, no será objeto de protección. Sin embargo, cuando ese argumento se expresa por medio de una sinopsis, un relato breve o una pieza de teatro, la expresión del argumento en dicho relato o en dicha pieza de teatro o sinopsis estará protegida.

El Convenio de Berna (1886), el Convenio Internacional más antiguo que rige el derecho de autor, establece lo siguiente en el artículo 2:

“Los términos “obras literarias y artísticas” comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma

naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias. [...] Estarán protegidas como obras originales, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra original, las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de una obra literaria o artística. [...] Las colecciones de obras literarias o artísticas tales como las enciclopedias y antologías que, por la selección o disposición de las materias, constituyan creaciones intelectuales estarán protegidas como tales, sin perjuicio de los derechos de los autores sobre cada una de las obras que forman parte de estas colecciones.”

No es necesario que la obra literaria o artística considerada sea de calidad o contenga méritos artísticos. Sin embargo, deberá ser original.

El significado exacto de este criterio varía de un país a otro y a menudo está determinado por la jurisprudencia correspondiente. De manera muy general, cabe afirmar que en los países pertenecientes a la tradición del derecho consuetudinario esta exigencia es muy limitada, y consiste simplemente en que la obra no sea copia de otra obra. Una obra será considerada como original en la medida en que durante su realización el autor haya puesto de manifiesto un criterio mínimo de habilidad, de criterio o de trabajo

Los derechos conexos son derechos que, en ciertos aspectos, se parecen al derecho de autor. Su finalidad es proteger los intereses jurídicos de ciertas personas y de ciertas entidades jurídicas que contribuyen a poner las obras a disposición del público. Un ejemplo muy claro es el cantante o el músico que interpreta o ejecuta la obra de un compositor ante el público. El objeto general de los derechos conexos es proteger a las personas u organizaciones que aportan creatividad, técnica y organización al proceso de poner una obra a disposición del público.

En los países pertenecientes a la tradición del derecho civil, los requisitos sona menudo, más estrictos, y es necesario, por ejemplo, que la obra lleve el sello de la personalidad del autor, así como el sello de su esfuerzo creativo, lo cual exigiría más que su simple habilidad, criterio o trabajo.

DERECHOS PROTEGIDOS POR EL DERECHO DE AUTOR

El derecho de autor es una rama de la propiedad intelectual. El titular del derecho de autor sobre una obra protegida puede utilizar la obra como desee, y puede prohibir a otros utilizar esa obra sin su autorización. Por tanto, los derechos otorgados por las legislaciones nacionales al titular del derecho de autor sobre una obra protegida son generalmente “derechos exclusivos”: el titular tiene derecho a usar o autorizar a otra persona a hacer uso de la obra, a reserva de los derechos e intereses reconocidos a terceros.

Hay dos tipos de derechos amparados por el derecho de autor: los derechos patrimoniales, que permiten al titular de los derechos obtener una remuneración derivada del uso de sus obras por otros, y los derechos morales, que permiten al autor tomar ciertas medidas para conservar el lazo personal existente entre autor y obra.

DERECHOS CONEXOS

Los derechos conexos no son derecho de autor, pero están estrechamente relacionados con él, puesto que dimanar de una obra protegida por derecho de autor. Así pues, los derechos conexos y el derecho de autor están relacionados de alguna forma. Los derechos conexos ofrecen el mismo tipo de exclusividad que el derecho de autor, pero no abarcan las obras propiamente dichas, sino que abarcan cosas que entrañan un trabajo, generalmente, en el sentido de puesta a disposición del público. Tomemos el ejemplo de una canción protegida por derecho de autor, y recorramos las diferentes etapas. La canción original, evidentemente, está protegida para el compositor y para el escritor de la letra en tanto que titulares originales del derecho de autor. Éstos, luego, podrán ofrecerla a un cantante para que la interprete, lo cual también precisará cierto tipo de protección. Si la canción se ha de grabar, o si el cantante espera que sea radiodifundida, ambos actos necesitarán los servicios de otra compañía, que deseará estar protegida antes de llegar a un acuerdo.

Así pues, los primeros de estos derechos conexos son los derechos de las personas que interpretan o ejecutan las obras, es decir, los artistas intérpretes o ejecutantes, cantantes, actores, bailarines, músicos, etc.

Hay un segundo grupo, los productores de fonogramas, o más exactamente los productores de grabaciones de sonidos, dado que el material de grabación ha pasado de los registros fonográficos de vinilo al reino de los discos compactos y de la grabación digital. En cierto modo, su protección es una protección de tipo más comercial, dado que hacer grabaciones de sonidos de calidad tiene más que ver con la protección de una inversión que con las preocupaciones artísticas que entraña la realización, la composición o la interpretación de una canción. Sin embargo, incluso en este caso, en el proceso de selección del apoyo instrumental, el repertorio, los arreglos musicales, etc., se introducen algunos elementos creativos adicionales al elemento económico obvio e importante. No hay que olvidar que esos productores forman parte del grupo de las primeras víctimas de la

piratería, ya que no reciben el dinero que va a parar a los productores pirata; luego, evidentemente, la pérdida financiera de los productores legítimos se transformará en pérdida para los artistas los productores de grabaciones de sonidos se les ha concedido ciertos derechos específicos.

El tercer grupo que se beneficia de la protección de sus derechos conexos son los organismos de radiodifusión. Sus derechos dimanar de su aporte creativo, en particular la realización de emisiones, no el contenido de la emisión, no la película, por ejemplo, sino el acto de emitirla. El hecho mismo de que sean capaces de emitir las señales que constituyen la emisión les da cierto tipo de derechos de protección de esas señales. Una vez más, se trata de los esfuerzos que despliegan para reunir y radiodifundir los distintos programas, intérpretes o ejecutantes y los autores. Este es el motivo por el que también a Algunas veces los derechos conexos están asociados con obras que no están protegidas por derecho de autor. Tal es el caso de aquellos que están en el dominio público. Consideremos, por ejemplo, un concierto para piano de Beethoven, pudo haber sido interpretado en un concierto o grabado en un CD. Como Beethoven murió en 1827, todas sus obras son de dominio público y por lo tanto no se benefician de la protección de derechos de autor. Así, cualquiera persona es libre de interpretar sus composiciones, digamos los conciertos para piano, o de grabarlas en un CD sin obtener autorización.

Sin embargo, en el mismo ejemplo, el ejecutor o intérprete de un concierto (pianista y orquesta), así como el productor del CD que contiene un concierto grabado puede disfrutar de derechos conexos, En lo que hace a, respectivamente, su interpretación y su grabación. Por lo tanto, en el ejemplo en consideración, nadie estaría autorizado a grabar dicho concierto en vivo sin el permiso de los intérpretes. Asimismo, nadie podría hacer copias de las grabaciones de sonidos que contengan dicho concierto de piano sin el consentimiento de sus productores.

Resulta también interesante observar que los productores de grabaciones de sonidos también pueden gozar de la protección por derechos conexos, aún si lo que ha sido grabado no es en sí mismo la obra. Una grabación puede contener sonidos naturales como son los cantos de los pájaros, los sonidos de las olas, etc. Estos sonidos no son obras. Sin embargo, la compañía que ha hecho los arreglos para la producción del CD que contiene dichos sonidos puede ser protegida contra actos de piratería.

DERECHOS DE QUE GOZAN LOS BENEFICIARIOS DE DERECHOS CONEXOS

Los derechos de que gozan los tres beneficiarios de derechos conexos en virtud de legislaciones nacionales son los siguientes, aunque es posible que no todos los derechos dimanen de la misma ley.

- Los artistas intérpretes o ejecutantes gozan del derecho a impedir la fijación (grabación), la radiodifusión y la transmisión al público de sus interpretaciones o ejecuciones en directo sin su consentimiento, así como el derecho a impedir la reproducción de fijaciones de sus interpretaciones o ejecuciones. Los derechos relativos a la radiodifusión y a la transmisión al público de fijaciones en fonogramas comerciales pueden revestir la forma de una remuneración equitativa en vez de un derecho a impedir algo. Esto se llevaría a cabo mediante una licencia no voluntaria mencionada en el módulo sobre derecho de autor. Dado el carácter personal de sus creaciones, algunas legislaciones nacionales también conceden a los artistas intérpretes o ejecutantes derechos morales, que se pueden ejercer para impedir una omisión no justificada de su nombre, o modificaciones hechas a sus interpretaciones o ejecuciones, que las desmerezcan.

- A los productores de fonogramas se les concede el derecho de autorizar o prohibir la reproducción, directa e indirecta, la importación y distribución de sus fonogramas y de copias de los mismos, así como el derecho a una remuneración equitativa en concepto de radiodifusión y transmisión al público de sus fonogramas.
- A los organismos de radiodifusión se les otorga el derecho de autorizar o prohibir la reemisión, la fijación y la reproducción de sus emisiones de radiodifusión. Algunas legislaciones otorgan derechos adicionales, por ejemplo, en los países de la Unión Europea, los productores de fonogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes gozan del derecho de alquiler por lo que a los fonogramas se refiere (y, con respecto a los artistas intérpretes o ejecutantes, obras audiovisuales), y algunos países conceden derechos específicos relativos a las transmisiones por cable. Asimismo, en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC, los productores de fonogramas (así como cualquier otro titular de derechos sobre fonogramas en el marco de una legislación nacional) gozan del derecho de alquiler.

Al igual que sucede con el derecho de autor, la Convención de Roma y las legislaciones nacionales incluyen ciertas limitaciones a los derechos que permiten, por ejemplo, la utilización para uso privado, la utilización de breves segmentos con motivo de informaciones sobre sucesos de actualidad, y la utilización con fines docentes o de investigación científica, de interpretaciones o ejecuciones, fonogramas y emisiones protegidos. En muchos países se contemplan prácticamente el mismo tipo de limitaciones a los derechos conexos que los que prevén sus leyes en relación con la protección del derecho de autor.

La duración de la protección de los derechos conexos, en virtud de la Convención de Roma, es de veinte años contados a partir del final del año en el que:

- se haya realizado la actuación, en lo que se refiere a las interpretaciones o ejecuciones que no estén grabadas en un fonograma;
- se haya realizado la fijación (grabación), cuando se trate de fonogramas e interpretaciones o ejecuciones grabadas en ellos;
- se haya realizado la emisión.

Cabe recordar que muchas legislaciones nacionales, que protegen los derechos conexos, conceden un plazo más largo que la duración mínima prevista en la Convención de Roma.

En el Acuerdo sobre los ADPIC, los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas se protegerán durante 50 años contados a partir de la fecha en que se haya realizado la fijación o que haya tenido lugar la actuación, y los derechos de los organismos de radiodifusión durante 20 años contados a partir de la fecha en que se haya realizado la emisión. Esto significa que los países que se adhieran al Acuerdo sobre los ADPIC tendrán que prever o modificar sus legislaciones para que estas concedan una protección más larga que la prevista en la Convención de Roma.

Por lo que a la observancia de los derechos se refiere, los recursos por infracción o violación de los derechos conexos son, en general, parecidos a los que existen para los titulares de derecho de autor. Son medidas cautelares o provisionales; recursos civiles; sanciones penales; medidas en frontera; y medidas, recursos y sanciones contra los abusos cometidos en relación con dispositivos técnicos.

4. CRÍTICA A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Autores como Stephan Kinsella, Julio Cole, Alfredo Bullard o Enrique Pasquel sostienen que los derechos de propiedad intelectual no son necesarios para promover la creatividad y el avance científico e imponen costos muy altos para la sociedad.

Por ejemplo, incentivan costosísimos litigios judiciales, desincentivan la creación de mayor conocimiento una vez que el creador tiene el monopolio del derecho de propiedad intelectual, Recientemente, el especialista en propiedad intelectual peruano Gustavo Rodríguez García ha contestado las críticas esgrimidas contra la propiedad intelectual en tanto que, según sostiene, las disposiciones legales establecen limitaciones destinadas a balancear la exclusividad de los derechos con el libre acceso.

CAPÍTULO IV

RELACIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS Y PRÁCTICAS TRADICIONALES CON LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

1. ANTECEDENTES POLÍTICOS Y JURÍDICOS EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL.

En la década de los años 60 se empezó a discutir a nivel de la UNESCO cómo proteger las expresiones de folklore, íntimamente ligadas a manifestaciones culturales de las comunidades indígenas y locales y, ciertamente, resultado de importantes esfuerzos intelectuales en el campo del arte (diseños, pintura, canto, música, baile), el diseño de motivos tradicionales, los textiles y la artesanía, entre otros. Posteriormente, hacia finales de los 70 algunos analistas políticos ya habían empezado a destacar las asimetrías y desequilibrios existentes entre países del Norte industrializados, pobres en biodiversidad y diversidad cultural pero

tecnológicamente avanzados y los países de Sur subdesarrollados, con una gran riqueza biológica y cultural regularmente proveedores de materiales biológicos (y sus CT asociados) hacia el Norte. Con el desarrollo tecnológico de los países y las empresas multinacionales, los flujos de material biológico y del saber indígena asociado a ellos no compensados y hasta ilegales en muchos casos se hicieron más relevantes y urgentes para alimentar las industrias agrícolas, farmacéuticas, biotecnológicas y de bioremediación.²⁹

En el año 1983, cuando se adoptó el Compromiso Internacional de Recursos Fitogenéticos de la FAO – instrumento jurídico no vinculante - se acordó reconocer que los recursos fitogenéticos (en su estado natural) constituían una «herencia común de la humanidad» cuyos intercambios no debieran restringirse innecesariamente. Sin embargo, el Compromiso reconocía derechos de propiedad intelectual, específicamente derechos de obtentor en beneficio de fitomejoradores (generalmente del Norte) que realizaban modificaciones y mejoraban estos recursos.³⁰

Cuando se empezó a negociar el CDB a finales de los años 80 – originalmente un tratado «verde» de corte netamente conservacionista³¹ se retomaron muchos de los debates legales relativos al status jurídico de los recursos genéticos, incluyendo micro-organismos hasta animales y plantas. En este caso, las

²⁹ Para conocer detalles de la historia del movimiento político y legal relacionado con los recursos genéticos se recomienda revisar: Pistorious, Robert. *Scientists, Plants and Politics. The History of the Plant Genetic Resources Movement*. IPGRI, Rome, 1997.

³⁰ El Compromiso Internacional de la FAO evolucionó en el tiempo. La Resolución FAO 4/89 (Anexo I) reconoció que los derechos de obtentor no son incompatibles con el Compromiso; también reconoció que el acceso libre no implica acceso sin costo; la Resolución FAO 5/89 reconoció los Derechos del Agricultor (derivados de la contribución de los pequeños agricultores a la conservación y mantenimiento de los recursos fitogenéticos); finalmente, la Resolución FAO 3/91 reconoció los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos fitogenéticos. Todo esto expresaba el fuerte rechazo que los países menos desarrollados manifestaron en distintos foros internacionales a un concepto («patrimonio común de la humanidad») que parecía legitimar el acceso ilegal a los recursos fitogenéticos.

³¹ Glowka, Lyle, Burhene Guilmin, Françoise, Syngé, Hugh. *Guía del Convenio sobre la Diversidad Biológica*. Centro de Derecho Ambiental de la UICN. Programa de Biodiversidad de la UICN. Serie de Política y Derecho Ambiental No. 30. Gland, Suiza, Cambridge, Reino Unido, 1993.

discusiones se intensificaron pues paralelamente a las negociaciones que concluyeron con la adopción del CDB, en el ámbito del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y de su Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) se empezaban a tratar cuestiones referidas a la biotecnología y patentabilidad de materia viva, incluidos los recursos biológicos y genéticos, con el propósito de ampliar el ámbito de la materia patentable y de elevar los niveles de protección.

En el caso del ADPIC, el artículo 27.3.b ha sido objeto de intenso debate en tanto establece que se podrán excluir de patentabilidad: « ... b) las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo, los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz sui generis o mediante una combinación de aquéllas y éste.»

Parte de estos debates se han centrado en la posibilidad que este sistema sui generis pudiera referirse a un mecanismo legal que, por ejemplo, incluyera la protección de los conocimientos tradicionales (en lo relacionado con el mantenimiento y desarrollo de cultivos). En la actualidad y especialmente los países industrializados, sostienen que este sistema eficaz, solamente puede referirse a un sistema compatible con el Convenio Internacional de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV)³²

³² El Convenio UPOV (en sus versiones de 1961, 1978, 1991) tiene por finalidad la protección legal de nuevas variedades vegetales que cumplen con ser: nuevas, estables, homogéneas y distinguibles. Esta protección faculta al titular del certificado de obtentor impedir la realización de una serie de actos comerciales y el uso en general de la variedad protegida. Por lo general, este sistema se asocia a la investigación moderna y aunque no exclusivamente a la aplicación de la biotecnología al mejoramiento de plantas. A nivel andino, en 1993 se aprobó la Decisión 345 sobre un Régimen Común de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales que es en esencia un mecanismo « tipo UPOV » para la protección de variedades vegetales. Ver : UPOV. Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales. Información General. Ginebra, 1993.

Como parte de este debate y estos desarrollos, los países del Sur consideraron que, si por un lado se pretende patentar formas de vida, de otro lado los países poseedores de la materia prima biológica se reservaban el derecho de regular la manera cómo se accedea estos materiales, incluyendo la exigencia que se compartan de manera equitativa los beneficios derivados de su utilización. Es en este contexto que el CDB incorpora reglas de acceso a los recursos genéticos y a la distribución justa y equitativa de beneficios a la vez que reconoce que los DPI pueden tener impactos en la aplicación e implementación de este Convenio. Si bien estos impactos pueden ser de distinta naturaleza, uno de los aspectos centrales tiene que ver con lo que se considera o no materia patentable.

Asimismo, reconoce la importancia y el valor de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas asociados a la biodiversidad y su aporte a su conservación, mantenimiento y desarrollo.

El artículo 1 del CDB establece como uno de sus tres objetivos el que se compartan y distribuyan de manera justa y equitativa los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos. Por su parte, el artículo 15 establece que en « ... reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales, la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos incumbe a los gobiernos nacionales ... ». Es decir, los Estados pueden y deben regular el acceso y uso de sus recursos genéticos y verificar que se compartan equitativamente los beneficios de su utilización.

Plenamente concientes que estos recursos podrían ser materia de protección mediante propiedad intelectual y que ésta podría tener efectos sobre el CDB y sus objetivos, el artículo 16 precisa que las Partes Contratantes « ... reconociendo que las patentes y otros derechos de propiedad intelectual pueden influir en la aplicación del presente Convenio, cooperarán a este respecto de conformidad con la legislación nacional y el derecho internacional para velar por que esos derechos

apoyen y no se opongan a los objetivos del presente Convenio» . El CDB es bastante explícito al señalar que sí pueden generarse impactos negativos por efecto de las patentes de invención y otras formas de propiedad intelectual sobre la diversidad biológica y que los países y Partes Contratantes deberían adoptar medidas para asegurar que estos instrumentos y los derechos que confieren apoyen y no sean contrarios a los objetivos centrales del mismo: conservar la diversidad biológica, usar sosteniblemente sus componentes y procurar que se compartan de manera justa y equitativa los beneficios derivados de su utilización. Es decir, deben buscarse fórmulas creativas y novedosas que permitan relacionar entre sí los fines y objetivos del CDB con los fines y objetivos de la legislación internacional y nacional sobre propiedad intelectual.

Y en la medida que los conocimientos, innovaciones y prácticas indígenas también se encuentran íntimamente relacionados con los recursos genéticos y podrían también verse afectados por derechos otorgados sobre invenciones que directamente o indirectamente los incorporen, el CDB establece en su artículo 8(j) que, de conformidad con su legislación nacional, cada Parte Contratante «...respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente» . El artículo 8 (j) ha propiciado un movimiento político internacional orientado a promover la protección jurídica del esfuerzo intelectual de los grupos indígenas en sus diferentes manifestaciones.

En los últimos años, el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicional y Folklore de la Organización

Mundialde Propiedad Intelectual (OMPI), constituido en el año 2000, se ha convertido en el espacio internacional más importante para el análisis y el eventual tratamiento de los conocimientos tradicionales. Desde su formación a la fecha, se han generado considerables aportes al debate y, se ha llegado al punto de reconocer que en un futuro, es probable que sea necesario iniciar un proceso de negociación de un régimen internacional sobre protección de los conocimientos tradicionales. Aunque el mandato del Comité recibido de la última Asamblea General de la OMPI (julio de 2003) no es del todo claro en este sentido, muchas delegaciones consideran que es hacia una negociación a donde se dirigen los próximos debates. Ciertamente, hay posiciones divergentes entre los países y algunos de ellos como los EEUU de Norteamérica, Australia y Japón, se resisten a creer que sea necesario elaborar un nuevo y especial régimen legal para los conocimientos tradicionales.³³

Para confirmar la importancia del tema de los recursos genéticos y de los CT (en el contexto del CDB y la propiedad intelectual), el párrafo 19 de la Declaración Ministerial de Doha de noviembre de 2001 encarga «... al Consejo de los ADPIC que, al llevar adelante su programa de trabajo, incluso en el marco del examen previsto en el párrafo 3 b) del artículo 27, del examen de la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC previsto en el párrafo 1 del artículo 71 y de la labor prevista en cumplimiento del párrafo 12 de la presente Declaración, examine, entre otras cosas, la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore, y otros nuevos acontecimientos pertinentes señalados por los Miembros de conformidad con el párrafo 1 del artículo 71. Al realizar esta labor, el Consejo de los ADPIC se regirá por los objetivos y principios enunciados en los artículos 7 y 8

³³ Vivas-Eugui, David; Espinosa, Maria Fernanda; Winkler, Sebastián. Las negociaciones internacionales sobre biodiversidad, recursos genéticos y propiedad intelectual : implicaciones del nuevo mandato del Comité Intergubernamental de la OMPI. Nota Informal. Policy and Global Change Series. Trade and Biodiversity. ICTSD, IUCN. Geneva, March, 2004.

del Acuerdo sobre los ADPIC y tendrá plenamente en cuenta la dimensión de desarrollo». Es entonces evidente que los CT se encuentran ya plenamente establecidos no solamente como parte de la agenda internacional ambiental y de propiedad intelectual, sino en las propias políticas de desarrollo que buscan integrar la conservación de la diversidad biológica y de la diversidad cultural a las estrategias nacionales en el marco de una visión de futuro inspirada por la necesidad de alcanzar la sostenibilidad y viabilidad del desarrollo socioeconómico.

Finalmente, la conformación del Grupo de Países Megadiversos Afines³⁴ ha significado un impulso adicional a los esfuerzos internacionales y nacionales por desarrollar mecanismos de protección de los CT. En sucesivas declaraciones Cancún (2002), Cuzco (2002), Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible de Johannesburgo (2003), Kuala Lumpur (2003), el Grupo ha reiterado, entre otros puntos, la necesidad de impulsar en diferentes foros la idea de desarrollar un régimen internacional vinculante para protegerlos CT de los pueblos indígenas.

En síntesis, ante el proceso político arrollador que nos conduce al establecimiento de un régimen internacional de PI común, la protección de los CT aparece como un desafío a la ética, a la política y al derecho. Este desafío adquiere mayor urgencia frente a la estrategia de países como los Estados Unidos de Norteamérica (EEUU) de negociar y suscribir Tratados de Libre Comercio (TLC) bilaterales con naciones menos desarrolladas, donde normalmente las normas de PI pactadas significan mayores ventajas jurídicas para la industria y las tecnologías de los países desarrollados, las mismas que van más allá de lo que la comunidad internacional ha consensuado en los ADPIC. Es importante notar aquí cómo varios sectores económicos de los países desarrollados, con excepción del sector

³⁴ El Grupo de Países Megadiversos Afines constituye un bloque político de países ricos en diversidad biológica (y cultural) que, en su conjunto, poseen más del 75% de toda la diversidad biológica del planeta. Conforman este Grupo : Brasil, Bolivia, China, Costa Rica, Colombia, Ecuador, Filipinas, India, Indonesia, Malasia, México, Madagascar, Kenya, Perú, Venezuela (ver Declaración de Cancún, México, febrero de 2002 en: <http://www.megadiverse.org>).

farmacéutico y el relacionado con el patrimonio cultural y natural, no advierten que los DPI han perdido su condición original de instrumento para el impulso científico, tecnológico e industrial de un país como siempre lo ha sido y hasta hace poco en los países desarrollados donde las exclusiones o limitaciones a la patentabilidad recién se han levantado, siendo España un buen ejemplo, nación que recién en 1992 permitió el patentamiento de productos farmacéuticos.

2. ANÁLISIS DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.

Existe actualmente una estrechez sobre la diversidad cultural al ser sometida a la creación a los criterios de rentabilidad y la estandarización de gustos que impone el mercado desregulado, esto ha hecho que se vea un evidente desprecio a todo lo que implique valores diferentes a los del mercado y al poder del dinero, es por eso que existe un desconocimiento y rechazo de las fuentes anónimas y colectivas de la creación, debido a que dicho desprecio y negación impide el desarrollo de las sociedades y culturas no occidentales.

La apología al individualismo, a la privatización de saberes, a la apropiación y mercantilización de todo conocimiento, información, cultura, impide la promoción de la Solidaridad, entre hermanos y es lo que se quiere imponer con los mismos DPI, evitando que se difunda la posibilidad de un conocimiento libre, y la defensa del dominio público sobre sus prácticas, usos, innovaciones en los conocimientos tradicionales, los cuales han sido heredados, y resguardan la diversidad cultural, existente en Bolivia.

Estos conocimientos han hecho evidente la imposibilidad de tratar a la cultura como una mercancía más, la cual está siendo estudiada como una oportunidad de fortalecer a grandes empresas y organizaciones; pero en sí al capitalismo que busca en estas prácticas otro mecanismo de colonización. Los conocimientos tradicionales buscan la defensa de los derechos de acceso al

conocimiento libre y al uso libre. Esto sin que existan restricciones a la posibilidad de un desarrollo en base a una colectividad dispuesta a conocer, e informar sin impedimentos, mas que el beneficio de la humanidad.

Es así que en el sistema capitalista los conocimientos tradicionales y sus prácticas, usos están siendo vistos como un valor de cambio y valor de uso, esto tiene que ver con la lógica del capital razón por la cual quieren que se llegue a insertar dentro de la legislación de la propiedad intelectual a los conocimientos tradicionales, para poder comercializarlo, a pesar de no ser tangible este ahora resulta que puede ser intercambiado, como cualquier mercancía, es decir, en la forma de derecho de autor, patente, denominación de origen, etc. Los conocimientos tradicionales de los indígenas y campesinos son usos, prácticas que no pueden ser comercializados, estos los generan más bien con la idea de beneficiarse y beneficiar a la humanidad, dentro de su lógica no existía la posibilidad de un beneficio económico individualista, la misma sociedad occidental dice el capital; ha hecho que ellos utilicen estos conocimientos para poder obtener dinero tergiversando la lógica de ayuda, reciprocidad, y la posibilidad de seguir generando conocimiento.

Al analizar la existencia de las clases sociales podemos afirmar que el conocimiento está discriminado para algunas clases como ser las oligarquías, la burguesía las cuales se han apropiado tanto de los medios de producción, instrumentos, como de la misma fuerza de trabajo, manejando el aparato productivo, pero a la vez los instrumentos de generación de conocimiento, los cuales están a su disposición para construir un conocimiento afín a sus intereses, alejados de la misma naturaleza, y sus beneficios, sino de una modificación de dicha naturaleza a un grado superior al cual podemos acceder todos. Así como la destrucción de conocimientos que el mismo sistema ha impuesto, lo conquista y apropia, al conquistar culturas las utiliza y lo que va en contra de sus intereses lo destruye y desaparece de la memoria de los seres humanos.

3. DERECHO CONSUECUDINARIO.

Se debe tomar en cuenta también la importancia del derecho consuetudinario, en tanto y en cuanto como un sistema milenario de protección per se y evitar su codificación, porque ello conduciría a su extinción convirtiéndolo en derecho positivo. El hecho de que no sean codificados le da flexibilidad, asegurando su continuidad y legitimidad en su forma de entender su convivencia la cual ha regido entre ellos durante muchos siglos en armonía con su entorno natural, y la misma comunidad indígena campesina, amoldándose a las necesidades coyunturales delo vivido.

El derecho indígena existente ya en su convivencia ha demostrado en muchos casos ser más eficiente que el mismo derecho positivo, en cuanto a la forma de resolver conflictos internos de las comunidades campesinas e indígenas, en Bolivia, la denominada Justicia Comunitaria tema aun no resuelto dentro de la

CPE. Esta es una justicia efectivizada por las mismas autoridades campesinas e indígenas con un fuerte rasgo interno de aceptación, siendo respetadas y aceptadas, en cuanto a la relatividad existente de sus decisiones, sin que las leyes nacionales, se desconozcan por las leyes comunales.

Vemos en este derecho consuetudinario el derecho ancestral de las comunidades campesinas e indígenas ya que estas perviven con la espiritualidad de sus orígenes, los cuales no pueden entrar al mercado como mercancía ya que esto va en contra de sus costumbres y convivencia establecida.

El principio de la reciprocidad ha sido uno de los ejes fundamentales de la vida en las comunidades indígenas y campesinas de Bolivia fortaleciendo los lazos heredados a las generaciones venideras, ya que por medio de esta reciprocidad se ha mantenido la convivencia armónica de dichas

culturas andinas, especialmente quechuas y aymaras en Bolivia, dentro de lo que significa su existencia como culturas originarias.

En los conocimientos tradicionales, no existe un único poseedor y creador de los CCTT, ya que estas practicas van ligadas a diferentes actores de un mismo grupo social, existirían muchas personas las cuales detentan el poder de decidir quien es el que faculta o quien es el que decida como se debe hacer, pero esto debemos verlo no como algo individual sino como algo colectivo ya que serán todos los que se beneficien, y no solo uno.

En la Asamblea Constituyente, se esta debatiendo en base a lo que son sus derechos ya establecidos por la misma ley en el artículo 171³⁵, el cual es la base del mismo derecho consuetudinario en Bolivia, al reconocer las particularidades de su propia forma de administrar sus “...sistemas jurídicos reconocidos, aceptados y respetados por una colectividad y que integran el pluralismo legal de los países con población indígena”.

Ampliando más sus derechos los cuales ya estaban establecidos en el referido articulo, el único en la CPE que toca el tema de los derechos indígenas a decidir sobre la creación y protección de sus conocimientos, practicas usos y costumbres.

- Esta protección ligada a su derecho consuetudinario haría ver de una forma mas clara que al haber actuado o determinado ciertas acciones como grupo,

³⁵ 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 y especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando los usos y aprovechamiento sostenible de sus recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones.

II. El estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos.

III. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos siempre que no sean contrarios a esta constitución y las leyes. La ley compatibilizara estas funciones con las atribuciones de los poderes del estado.

protector, o difusor de sus propios conocimientos estos se han ido reproduciendo sin objeciones.

- Esta protección puede ir ligada a recuperar sus conocimientos ancestrales de acuerdo a la política de la justicia comunitaria y sus autoridades con sus respectivos castigos, no siendo un retroceso sino más bien un avance en cuanto a legislaciones permitiendo que dentro de sus prácticas ancestrales se pueda encontrar un tipo de protección y luego poder mantenerlas entrelazándolas con la justicia occidental

- La forma de protección sui generis sumida al derecho consuetudinario garantiza la participación directa de las comunidades indígenas y campesinas a través de sus organizaciones representativas y de expertos indígenas, en las negociaciones del Sistema sui generis para la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales. Reconociendo a las comunidades indígenas y campesinas como autoridades competentes para conceder licencias, sobre el acceso al folclore, artes y otras formas de propiedad cultural e intelectual.

4. LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES COMPARTIDOS EXISTENTES EN EL DOMINIO PÚBLICO.

Muchos conocimientos tradicionales se encuentran difundidos y diseminados de tal modo que pretender un control efectivo de su uso no autorizado resulta poco probable y difícilmente posible. En muchas ocasiones, estos conocimientos son parte de publicaciones etnobotánicas donde se detallan quién los posee, para qué son útiles, a qué tipo de plantas o recursos se refieren, entre otros. El reto aquí es el determinar la existencia de nuevos elementos del denominado componente intangible asociado a los recursos genéticos. En efecto, los ecosistemas representativos de la flora y fauna tal y como se presenta actualmente en la

realidad, experimentan un proceso evolutivo constante alternado la diversidad biológica. Ello, junto al hallazgo de nuevas variedades vegetales y animales, la identificación de nuevos usos y aplicaciones, el conocimiento realmente profundo de las poblaciones no contactadas respecto a los recursos biológicos que les sirven de sustento y de su entorno y el carácter dinámico de los procesos naturales, nos señalan que los CT están en permanente desarrollo por lo que no puede hablarse de la existencia de un stock estático y sin vida. Por esta misma razón, las instituciones científicas y tecnológicas reconocen el valor estratégico de lo que se denomina conservación in situ, es decir, el mantenimiento en sus propios ecosistemas de los elementos de la diversidad biológica en plena interacción natural, pues es evidente que el patrimonio biológico del planeta se renueva y evoluciona generando nuevas relaciones, nuevas formas de vida y nuevos conocimientos. En consecuencia, cualquier sistema de protección debe integrar ambas dimensiones cuando se trata de reconocer el valor estratégico de los CT: la dimensión de lo ya identificado que está en el dominio público y el de la exploración científica de nuevas oportunidades tal como se presentan hoy mismo en los países ricos en diversidad biológica y diversidad cultural.

5. LA PROTECCIÓN POSITIVA DE LOS CONOCIMIENTOS INDÍGENAS.

La protección de los CT es, sin duda, un desafío para el Derecho. Por varias razones. Una primera tiene que ver con cuestiones políticas y es que los EEUU, Japón y con menor intensidad la Unión Europea, se oponen sistemáticamente a desarrollar un régimen internacional de protección de los CT. No se trata de una oposición a la protección per se, pero consideran que con los instrumentos e instituciones legales existentes – contratos, patentes, derechos de autor – es posible proteger las diferentes expresiones y manifestaciones de los CT. Los países megadiversos y los pueblos y comunidades indígenas alrededor del mundo unánimemente manifiestan que estos instrumentos e instituciones no son suficientes para cautelar sus intereses.

Otro bloque de países, incluyendo el Grupo de Países Megadiversos Afines, propugna que la propiedad intelectual clásica es muy limitada en lo que puede contribuir a la protección de los CT. En diversos foros incluyendo el CDB, la OMPI y la propia OMC el Grupo ha planteado la necesidad que se desarrollen mecanismos internacionales que contribuyan a esta finalidad.

Sin embargo, no debemos dejar de lado la existencia de otras razones de índole conceptual que imponen retos y desafíos que deben ser superados. Estos incluyen:

Por lo general, los CT se encuentran extendidos entre las propias comunidades e incluso entre comunidades de diferentes regiones y países. Las comunidades comparten conocimientos sobre usos y características de la biodiversidad que las rodea. En ese sentido, ¿quién puede legítimamente y fundamentadamente consentir y decidir sobre su uso? Este es el primer problema a enfrentar que resulta del carácter colectivo e intangible de los CT y de la aplicación práctica del derecho a decidir que les otorga la Ley 27811 a través del denominado conocimiento informado previo (CIP). En el caso del Perú, se ha optado en la legislación por concederle a las organizaciones representativas de los pueblos y comunidades indígenas esta facultad. Sin embargo, es muy probable o casi seguro, que no todas las comunidades a las que estas organizaciones representan estén necesariamente de acuerdo con las decisiones que eventualmente adopten sus representantes. Más aún, esto se agrava con comunidades que comparten exactamente los mismos conocimientos pero que no son parte de estas organizaciones. En el otro extremo, parecería excesivo concederle la facultad de consentir exclusivamente a comunidades individuales o grupos menores no necesariamente organizados. Ciertamente no hay respuestas satisfactorias a esta pregunta y, lo más preocupante es la posibilidad que empiecen a presentarse tensiones y fricciones entre comunidades o pueblos justamente por las decisiones adoptadas sin siquiera haberse puesto en valor los CT objeto de protección.

Agregar valor a los CT supone un esmerado trabajo de identificación, caracterización, registro y, en suma, sistematización de una inmensa gama de conocimientos prácticos, usos, aplicaciones y señalamiento del origen de los mismos que habrá de convocar a una multiplicidad de actores, siendo la universidad y los centros de investigación los llamados a liderar esta empresa. De allí que poco o nada beneficiaría a los propios pueblos indígenas si su energía y trabajo se concentra en la solución de conflictos internos y entre grupos o comunidades.

Muchos conocimientos tradicionales se encuentran difundidos y diseminados de tal modo que pretender un control efectivo de su uso no autorizado resulta probablemente difícilmente posible. En muchas ocasiones, estos conocimientos son parte de publicaciones etnobotánicas donde se detallan quién los posee, para qué son útiles, a qué tipo de plantas o recursos se refieren, entre otros. El reto aquí es el determinar la existencia de nuevos elementos del denominado componente intangible asociado a los recursos genéticos. En efecto, los ecosistemas representativos de la flora y fauna tal y como se presenta actualmente en la realidad, experimentan un proceso evolutivo constante alternado con la diversidad biológica. Ello, junto al hallazgo de nuevas variedades vegetales y animales, la identificación de nuevos usos y aplicaciones, el conocimiento realmente profundo de las poblaciones no contactadas respecto a los recursos biológicos que les sirven de sustento y de su entorno y el carácter dinámico de los procesos naturales, nos señalan que los CT están en permanente desarrollo por lo que no puede hablarse de la existencia de un stock estático y sin vida. Por esta misma razón, las instituciones científicas y tecnológicas reconocen el valor estratégico de lo que se denomina conservación in situ, es decir, el mantenimiento en sus propios ecosistemas de los elementos de la diversidad biológica en plena interacción natural, pues es evidente que el patrimonio biológico del planeta se renueva y evoluciona generando nuevas relaciones, nuevas formas de vida y

nuevos conocimientos. En consecuencia, cualquier sistema de protección debe integrar ambas dimensiones cuando se trata de reconocer el valor estratégico de los CT: la dimensión delo ya identificado que está en el dominio público y el de la exploración científica de nuevas oportunidades tal como se presentan hoy mismo en los países ricos en diversidad biológica y diversidad cultural.

Un aspecto fundamental – que a veces se pasa por alto en los procesos normativos– es determinar claramente el objetivo que se persigue con el régimen de protección. Dependiendo de este objetivo, será posible diseñar el mecanismo o aplicar el instrumento adecuado que responda al mismo. Si se trata de compensar a las comunidades por sus aportes intelectuales, los contratos de licencia y las alianzas estratégicas con los centros de investigación - incluyendo los fondos fiduciarios indígenas creados con los recursos provenientes del acceso legal a los CT- podrían cumplir con esta finalidad. Si se pretende mantener los conocimientos en el tiempo, los registros o las bases de datos pueden también cumplir un papel importante. Si la idea es conceder algún tipo de derecho de exclusiva (similar al que opera en instrumentos clásicos de la propiedad intelectual) se tendrá que concebir y diseñar un instrumento ad hoc para estos propósitos. En la práctica, la labor de los profesionales de la economía, la biología y el derecho es poner a prueba y en funcionamiento el régimen de protección diseñado por las normas vigentes sabiendo que el reconocimiento de los CT aparece como una justa y racional reacción ante numerosos casos de biopiratería en una sociedad del conocimiento que no se detiene en su afán de copar espacios y mercados y que viene afectando la propia supervivencia de los pueblos indígenas. Se trata así de un proceso de aprendizaje donde se reconocen nuevos derechos y se crean nuevas obligaciones en beneficio de la humanidad y de su desarrollo sostenible y duradero.

Ciertamente, la propiedad intelectual no pretende ni puede responder adecuadamente a esta pregunta. Sin embargo, se trata de una preocupación válida

que va más allá de un análisis jurídico y que requiere atención urgente. El proceso de globalización y de expansión del mercado a nivel internacional, regional, nacional y local tiene consecuencias positivas y también negativas. Estas últimas tienen que ver con la pérdida de tradiciones, lenguas, prácticas, tecnologías, conocimientos y culturas en general. El desarrollo de mecanismos para la protección de los CT puede contribuir a establecer relaciones de mayor equilibrio y equidad con fuerzas exógenas muy poderosas. De allí que los conceptos de diversidad biológica y diversidad cultural como dos rasgos distintivos y esenciales de la Naturaleza (incluido en ella el ser humano) aparezcan cada día con más fuerza en la agenda del derecho internacional y de las tareas que la humanidad habrá de asumir si pretende garantizar la viabilidad de las futuras generaciones. El contrapunto entre globalización económica y globalización de los derechos sociales esenciales, incluyendo el derecho ambiental y el derecho de los pueblos indígenas es evidente y, lo es más, cuando se trata de poner límites al derecho de propiedad privada y de reconocer la existencia de una categoría diferente de derechos de propiedad: los derechos de propiedad colectivos.

Pese a estas vallas, es necesario reconocer que el sistema internacional de PI ha evolucionado a lo largo de muchos años (siglos en algunos casos) y que en sus inicios, enfrentó también considerables desafíos que fueron superados con creatividad y persistencia por sus propulsores. El Derecho logró crear instituciones, derechos, reglas y mecanismos que garantizaron los intereses intelectuales de artistas, autores, inventores y más recientemente mejoradores, entre otros. Se trata ahora de continuar este proceso pero con un enorme esfuerzo de humildad y de justicia pues una sociedad bien informada decidida a defender el derecho de propiedad como pilar de la iniciativa económica debe asimismo proveer los mecanismos para el respeto y la efectiva protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, especialmente por su carácter colectivo.

6. MARCO JURÍDICO APLICABLE

6.1. DECISIÓN 391, DEL ACUERDO DE CARTAGENA DE LA CAN

En la Decisión 391, Título 4, Capítulo 2, establece parámetros por medio de los cuales cada Estado parte puede reconocer los derechos de las comunidades indígenas, afro americanas y locales, dentro de las legislaciones nacionales esto con el fin de decidir sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados, y que elabore una propuesta de régimen especial o una norma de armonización que este orientado a fortalecer la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas, afro americanas y locales.

En el artículo 7 específicamente se reconocen las prácticas de las comunidades indígenas y campesinas en el caso de Bolivia y además el poder de decisión que tienen sobre sus conocimientos, en este artículo no se enfoca algún tipo de posibilidad de comercializar dichos conocimientos.

Artículo 7: Los países miembros, de conformidad con esta Decisión y su legislación nacional complementaria, reconocen y valoran los derechos y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados

6.2. CONVENIO 169, DE LA ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO OIT

La OIT se creó en 1919 en el contexto de la post-guerra, es decir, después de la Primera Guerra Mundial. El papel de la OIT sería promover la justicia social, el derecho a la libre sindicación, el derecho a la negociación colectiva. Está muy ligada a la creación de una serie de normas reguladoras del trabajo. La OIT es un organismo tripartito porque está formado por los Estados Miembros y por

delegaciones de patrones y de trabajadores³⁶. Desde los años 20 fue surgiendo en esta Organización la preocupación por el mundo rural³⁷. Esto permitió que se fuera evidenciando que había fenómenos sociales en el campo muy parecidos a los campesinos, pero que no eran iguales. Por eso, en 1957, se aprobó un convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, conocido como el Convenio 107. Este convenio fue muy importante en aquél momento porque era la primera vez que un organismo internacional planteaba lineamientos respecto a los indígenas.

Una de las más importantes funciones de la OIT es la adopción de convenciones y recomendaciones que establecen normas internacionales. De los Convenios se dimanan obligaciones, para los Estados miembros que los ratifican, de poner en vigor sus disposiciones. Mientras que las recomendaciones son fuente de orientación para la política, la legislación y las prácticas nacionales.

Todo convenio debe aplicarse a partir de que su vigencia se inicia, siempre y cuando no se elabore y apruebe un nuevo convenio que lo revise y sustituya. Por ejemplo, el Convenio 107 es de 1957, fue revisado en 1989 y fue sustituido por el Convenio 169 que entra en vigor a partir de septiembre de 1991. Según las normas de la OIT, existe el procedimiento de DENUNCIA diez años después de ratificado un convenio. En este caso, denunciar un convenio significa romper el compromiso de aceptar su vigencia. Cuando esto sucede, el Estado Miembro debe comunicarlo, mediante un acta, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo para su registro legal. De no ser así, el Estado miembro queda obligado por otro período de diez años, de manera automática. Es decir, no se necesita hacer ningún trámite. Simplemente, al no denunciar, se da por aceptada la

³⁶La Conferencia Internacional del Trabajo es la máxima autoridad de la OIT, está compuesta de delegados de cada país miembro: dos del Estado Miembro, uno en representación de los trabajadores y otro en representación de los empleadores.

³⁷ Actualmente una serie de convenios de la OIT se refieren a los trabajadores del campo. Por ejemplo, el Convenio sobre Plantaciones, 1958 (Num. 110), el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) 1958. (Num. III), el Convenio sobre política del empleo 1964, (Num. 122) y el Convenio sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975 (Num. 141).

vigencia por otra década. Así, cada diez años, se tiene esa posibilidad de denuncia. Un efecto inmediato de la ratificación, por ejemplo del 169, es que los Estados Miembros se comprometen a adecuar la legislación nacional y a desarrollar las acciones pertinentes, de acuerdo a las disposiciones contenidas en el Convenio. Esto es una base para que la OIT solicite anualmente información a los Estados Miembros. En la primera memoria después de la ratificación se pide que se diga ARTICULO POR ARTICULO del Convenio ¿que se ha hecho? ¿Que resultados se obtuvieron? En las Memorias de los años siguientes simplemente se agregará qué nuevas medidas se han tomado.

Se deberán presentar documentos o estadísticas que acrediten o respalden la información. También el Estado Miembro deberá entregar copia de la memoria a los representantes de patronos (empleadores) y de trabajadores en el país. En caso de recibir observaciones, las hará llegar a la OIT.

La OIT cuenta en su estructura con Órganos de Control como son la Comisión de Expertos y la Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Conferencia. La Comisión de Expertos se integra por veinte personas reconocidas en el ámbito internacional. Por ejemplo, juristas, jueces de corte. Ellos analizan, año con año, las Memorias enviadas por los Estados Miembros

Si un Estado Miembro no cumple un convenio, la OIT cuenta con ciertos mecanismos de presión diplomática indirecta. El hecho de informar en la Reunión Anual, o de incluir en la Memoria Global de la OIT, la lista de Estados Miembros que no han cumplido ya constituye una sanción. Sin embargo, puede suceder que un Estado Miembro cumpla ante la OIT enviando informes meramente administrativos. Es decir, que no reflejen la realidad. Por otra parte; este tipo de Convenios contiene normas muy generales, de las llamadas programáticas. Por ello se debe buscar que el Estado cumpla con su obligación de modificar la

legislación nacional, para incluir medidas que obliguen a realizar acciones concretas. Es decir, normas de las llamadas autoejecutorias.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado mediante Ley de la Republica No. 1257 el 11 de julio de 1991, determina en su artículo 2 que los gobiernos deberán asumir la responsabilidad equitativa con las comunidades indígenas y campesinas de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, garantizando el respeto por su identidad social y cultural, así como por sus costumbres, tradiciones e instituciones.

Artículo 2.

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

a. que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

b. Que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socio-económicas.

c. Que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

6.3. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA. UNESCO - CONVENCIÓN PARA LA SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO CULTURAL E INMATERIAL

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO en la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural e Inmaterial en sus artículos 13 y 15 establece un reconocimiento y apoyo a las creaciones culturales inmateriales, estableciendo parámetros por los cuales los estados parte pueden instituir disposiciones que ayudan por medio de la inserción en sus legislaciones proteger las creaciones culturales, desarrollo de los pueblos indígenas.

Artículo 13: Otras medidas de salvaguardia.- Para asegurar la salvaguardia, el desarrollo y la valorización del patrimonio cultural inmaterial presente en su territorio, cada Estado Parte hará todo lo posible por:

- a) adoptar una política general encaminada a realzar la función del patrimonio cultural inmaterial en la sociedad y a integrar su salvaguardia en programas de planificación;
- b) designar o crear uno o varios organismos competentes para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial presente en su territorio;
- c) fomentar estudios científicos, técnicos y artísticos, así como metodologías de investigación, para la salvaguardia eficaz del

patrimonio cultural inmaterial, y en particular del patrimonio cultural inmaterial que se encuentre en peligro;

d) adoptar las medidas de orden jurídico, técnico, administrativo y financiero adecuadas para:

i) favorecer la creación o el fortalecimiento de instituciones de formación en gestión del patrimonio cultural inmaterial, así como la transmisión de este patrimonio en los foros y espacios destinados a su manifestación y expresión;

ii) garantizar el acceso al patrimonio cultural inmaterial, respetando al mismo tiempo los usos consuetudinarios por los que se rige el acceso a determinados aspectos de dicho patrimonio;

iii) crear instituciones de documentación sobre el patrimonio cultural inmaterial y facilitar el acceso a ellas.

Artículo 15: Participación de las comunidades, grupos e individuos En el marco de sus actividades de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, cada Estado Parte tratará de lograr una participación lo más amplia posible de las comunidades, los grupos y, si procede, los individuos que crean, mantienen y transmiten ese patrimonio y de asociarlos activamente a la gestión del mismo.

6.4. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

La Constitución Política del Estado Boliviano de Abril del 2004 dispone en el artículo primero, la naturaleza multiétnica y pluricultural de Estado boliviano, reconoce la existencia de varias culturas y cosmovisiones. La Constitución en este artículo declara la naturaleza intrínseca del Estado Boliviano,

porque describe los pivotes fundamentales en lo que se constituye el Estado Nacional. Este artículo tiene implicaciones normativas importantes, es decir, la elaboración y ejecución de políticas destinadas a la concreción de una sociedad multiétnica y pluricultural.

El artículo primero constitucional obliga a que se tome en cuenta al momento de dictar políticas o leyes considerar la naturaleza multiétnica del país. No se puede legislar al margen de esta previsión constitucional, sino en armonía con ella.

EL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y ORIGINARIOS

Como parte de las reformas constitucionales se incorporó derechos específicos a favor de los pueblos indígenas y originarios, el reconocimiento de su personalidad jurídica, en principio se anticipó a la reforma constitucional la Ley 1551 de Participación Popular que estableció el procedimiento del registro de la personalidad jurídica. Este reconocimiento permite que los pueblos indígenas y originarios sean verdaderos sujetos titulares de derechos y obligaciones, ya no como el conjunto de individuos con características similares, sino una verdadera entidad social, que ahora tiene además existencia jurídica plena, distinta y diferente de los miembros que la integran.

Esta norma señala como titular de derechos y obligaciones, a la comunidad o pueblo indígena, y lo fundamental es titular de los derechos colectivos, por lo que el problema de quien es titular del conocimiento estaría resuelto.

En Bolivia, por tanto, se ha avanzado sustancialmente en superar la visión liberal del individuo como el único titular de los derechos y deberes, la visión individualista ha sido definitivamente dejada de lado, al reconocer la personalidad jurídica de la comunidad y pueblo indígena.

RECONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y ORIGINARIOS

El Artículo 171 numeral 1) de la Constitución Política del Estado reconoce la identidad, valores, costumbres e instituciones de los pueblos indígenas y originarios, ello quiere decir y se puede interpretar en sentido de que está dando reconocimiento al patrimonio tangible e intangible del que es titular el pueblo, y de cuya existencia depende y hace a su identidad. Por lo que se afirma que el patrimonio cultural, tangible e intangible de los pueblos indígenas y originarios está consagrado y protegido por la Constitución Política del Estado.

6.5. CONVENIO DE PARIS

En el pensamiento jurídico occidental, la propiedad intelectual es un tipo especial de propiedad que expresa la capacidad de dominio sobre ciertos bienes de carácter creativo tales como invenciones, obras literarias y artísticas, símbolos, nombres, imágenes, dibujos y modelos utilizados en el comercio.

La «propiedad intelectual» confiere a su titular derecho de exclusividad para proteger sus activos inmateriales frente a todos. Desde este punto de vista, la «propiedad intelectual» comparte muchas de las características de la propiedad material y personal. Por ejemplo, es un activo y como tal, se puede comprar, vender, ceder bajo licencia, intercambiar o entregar gratuitamente, como cualquier otra forma de propiedad; y el titular de la propiedad intelectual tiene derecho de impedir la venta o el uso no autorizado de la misma. La protección y regulación de los Derechos de Propiedad Intelectual es materia de legislación nacional, sin embargo, desde fines del siglo XIX los países han negociado acuerdos internacionales vinculantes que abordan varios tipos de propiedad, dando forma a un régimen internacional de DPI.

A lo largo del siglo XX los convenios más importantes fueron el *Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial* (1883) y el *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias o Artísticas* (1886). Pese a su antigüedad, hacia 1960 sólo seis países de América Latina se habían adherido al Convenio de París, y sólo uno al de Berna. Tales convenios, con sucesivas enmiendas, son administrados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), organismo especializado de Naciones Unidas, cuyo mandato es fomentar la protección de la propiedad intelectual en el mundo. Por otro lado, en 1961 un conjunto de países suscribieron el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, que crea a la Unión Internacional para la Protección de Variedades Vegetales (UPOV).

6.6. DECISIÓN 486 SOBRE EL RÉGIMEN COMÚN SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL.

La Decisión 486 tiene por objeto establecer un régimen común de la propiedad industrial para los países miembros de la CAN. En ese sentido, la norma comunitaria contiene previsiones sobre las patentes de invención, los modelos de utilidad, los esquemas de trazados de circuitos integrados, los diseños industriales, marcas, lemas comerciales, marcas colectivas y de certificación e indicaciones geográficas, así como algunas normas sobre la competencia desleal vinculada a la propiedad industrial.

Específicamente en cuanto a los CT, el artículo 3º de la Decisión 486 de 2000 establece que los países miembros de la Comunidad Andina “asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales”.

Como en la práctica la mayoría de los casos de explotación irregular de los recursos genéticos y CT asociados se ha producido en virtud de patentes, la Decisión 486 prevé que la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de los CT estará supeditada a que esos conocimientos hayan sido adquiridos de conformidad con el ordenamiento internacional, comunitario y nacional (artículo 2) y que las solicitudes de patentes que contengan o hayan sido desarrolladas a partir de CT originarios en uno de los países miembros, deben incluir copia del documento que autoriza su uso, de conformidad con lo establecido en la Decisión 391 (artículo 26 i).

6.7. CONVENCIÓN PARA LA SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO CULTURAL E INMATERIAL

La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial fue aprobada por la UNESCO en 2003. Esta Convención es el complemento de la Convención para la Protección del Patrimonio Cultural y Natural del Mundo aprobado por la misma institución en 1972, con el objetivo de promover la identificación, protección y preservación del patrimonio cultural y natural de todo el mundo.

Esta Convención se basa en instrumentos internacionales anteriores existentes en materia de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), así como la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural (2001).

El documento subraya la importancia de distinguir entre el patrimonio inmaterial y el patrimonio material y natural, entendiendo por el “patrimonio cultural inmaterial”:

“ (...) los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y, en algunos casos, los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural.

Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana.”

Los temas centrales de la Convención son la salvaguardia, el respeto y la sensibilización hacia el patrimonio inmaterial. Entre los ámbitos donde se manifiesta este patrimonio son tradiciones y expresiones orales, artes de espectáculo, usos rituales y festivos, usos relacionados con la naturaleza y el universo y técnicas artesanales tradicionales.

Para proteger y promover el patrimonio cultural inmaterial se establece órganos internacionales, como el Comité Intergubernamental para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, así como la Declaración establece y determina las funciones de Estados Partes a nivel nacional.

6.8. CONVENIO SOBRE DIVERSIDAD BIOLÓGICA.

El Convenio sobre Diversidad Biológica, ratificado mediante Ley de la República No. 1580 de 25 de julio de 1994, a través del artículo 8 inciso (j), estipula que las Partes Contratantes con arreglo a su legislación nacional, respetarán, preservarán y mantendrán los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y utilización de la diversidad biológica, en procura de que los beneficios derivados de la

utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente con quienes los posean.

Artículo 8. Conservación in situ

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

6.9. ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO (ADPIC).

Los ADPIC, Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, adoptados en la ronda de Uruguay en abril de 1994, establecen límites a la materia patentable en el sentido de que todo podría ser mercancía y susceptibles de ser patentable menos “...las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos”.

Artículo 27.- Materia patentable

3. Los Miembros podrán excluir asimismo de la patentabilidad:

b) las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o

animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo, los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz sui generis o mediante una combinación de aquéllas y éste. Las disposiciones del presente apartado serán objeto de examen cuatro años después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.

Un momento clave de este nuevo sistema global de propiedad intelectual, y que marca un parteaguas en la historia comercial contemporánea, es el Acuerdo suscrito el 1994 ADPIC, uno de los tres pilares del régimen mundial de comercio expresado en la Organización Mundial de Comercio (OMC). En donde quedaron consagrados un conjunto de normas, que establecen elevados estándares de protección de los DPI, obligatorios para los países partes de la OMC. La suscripción del Tratado ADPIC representó un triunfo de las corporaciones a que se refiere Edmund Pratt en la cita de epígrafe. A través de los ADPIC lograron el objetivo de imponer mundialmente los estándares de patentamiento de los países desarrollados a todos los estados, cubriendo la mayoría de las disciplinas de la propiedad intelectual. Al mismo tiempo el acuerdo ADPIC colocó el tema de la propiedad intelectual bajo la dirección de la OMC. Hoy son obligatorias las patentes sobre productos farmacéuticos y organismos vivos y quedaron substantivamente restringidas las facultades nacionales de regulación en materia de DPI.

El Acuerdo ADPIC es vinculante para los Estados partes y subordina a las legislaciones locales, las que deben ser adaptadas para guardar concordancia con las nuevas normas; también impone medidas coercitivas, inclusive posibles sanciones comerciales contra los países que no cumplan con esas normas. En América Latina, más del 50 % de las leyes y reglamentos sobre DPI han sido promulgados después del 1 de enero de 2005, cuando entraron en vigencia los

ADPIC³⁸. En el proceso de negociación de los ADPIC, durante la ronda de Uruguay, la posición mayoritaria de los países del sur fue que este acuerdo versara exclusivamente sobre materias de incidencia directa en el comercio internacional, tales como las marcas y copyrights. Sin embargo, en las negociaciones primaron las posiciones de los países del norte, sede de las corporaciones directamente interesadas y los ADPIC finalmente incluyeron prácticamente todos los asuntos que son objeto de derechos de propiedad intelectual, tales como patentes, marcas comerciales, secretos comerciales, derechos de autor, derechos conexos, copyrights, los que quedaron sujetos a mecanismos de solución de controversias que permiten la imposición de medidas coactivas para la aplicación de los DPI. Tal acuerdo ADPIC, ya impuso a los estados miembros de la OMC obligaciones y plazos para que adecuen sus legislaciones locales según los estándares y normas mínimas. No obstante la elevación de los estándares de protección de los DPI que imponen los ADPIC, el Acuerdo dejó algunos márgenes de flexibilidad para dar una protección a materias relacionadas a DPI no incluidas en sus disposiciones.

6.10. DECLARACIÓN INTERAMERICANA PRELIMINAR SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

Los pueblos indígenas y la unidad de desarrollo de comunidad han sido establecidos conforme a esta declaración y actualmente bosquejan una estrategia sobre pueblos indígenas.

El sistema de derechos humanos interamericano dispone de mecanismos para tratar estos problemas verdaderamente reales. El sistema establece obligaciones compulsivas para que todos los estados americanos cumplan con las normas de

³⁸ ROFFE P., «América Latina y la nueva arquitectura internacional de la propiedad intelectual: de los ADPIC-TRIPS a los nuevos tratados de libre comercio», en Diálogo Regional sobre Propiedad Intelectual, Innovación y Desarrollo Sostenible, Costa Rica, 10-12 Mayo 2006, UNCTAD/ICTSD

derechos humanos. Estos derechos incluyen, entre otros, los derechos de los pueblos indígenas:

- a tierras, territorios y recursos usados y ocupados tradicionalmente, a un medio ambiente saludable y a no verse sometidos a la reubicación forzosa;
- a la integridad cultural y física;
- a una participación significativa en las decisiones que los afecten;
- a preservar y utilizar sus propias instituciones culturales, sociales y políticas;
- a ser libres de la discriminación y gozar de la misma protección legislativa.

En los organismos interamericanos encargados de supervisar y proteger los derechos humanos existen procedimientos para presentar quejas sobre la violación de estos derechos. Las decisiones de la Corte Interamericana de derechos humanos, uno de estos organismos, son obligatorias para los estados.

7. LEGISLACIÓN COMPARADA

En el derecho comparado relativo a los pueblos indígenas y a las minorías, existen mecanismos que han adoptado formas diversas, incluyendo sistemas de «cuotas étnicas» o escaños reservados, órganos consultivos indígenas, circunscripciones electorales especiales, regiones autónomas, o mecanismos de reconocimiento de las formas indígenas de elección de representantes.

Aunque no desarrollada hasta sus últimas consecuencias, la jurisprudencia de la Corte en el caso *Awas Tingni* tiene importantes implicaciones que van más allá del derecho a la participación política electoral, implicaciones que atañen de forma general al derecho a la autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas. El fallo de la Corte que se refiere precisamente a uno de los derechos clásicos del ideario liberal reconoce abiertamente la existencia de las instituciones y formas de

organización indígenas, «cuya legitimidad ha sido reconocida e incluso se halla sujeta a la protección explícita del Estado»¹⁵⁰. El fallo de la Corte toma en consideración las implicaciones directamente políticas de estas instituciones y formas de organización, que relaciona a un derecho general a la «toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades», de las que la participación electoral y la integración en los órganos electivos de representación política son sólo una parte. Con esta jurisprudencia, la Corte continúa elaborando una interpretación de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana que, profundizando en la brecha abierta en el caso *Awas Tingni*, apuesta por un modelo multicultural de sociedad donde el reconocimiento de los derechos indígenas termina por cuestionar las estructuras básicas del Estado.

EL DERECHO INDÍGENA EN BOLIVIA COMO BASE PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

La reforma constitucional llevada a cabo el año 1994, ha hecho que se reconozca en el país la diversidad existente dentro del estado nación que es Bolivia, esto ha permitido que se incluya en la constitución política de Bolivia, los conceptos de multiétnica y pluricultural.

ARTICULO 1.- Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la unidad y la solidaridad de todos los bolivianos.

En este artículo se da un reconocimiento a las culturas existentes dentro de nuestro país, que en total engloban un número aproximado de 36 etnias, incluyendo a las más grandes y conocidas como son, quechuas, aymaras, guaraníes, que durante 169 años han sido excluidos de la vida política de

nuestro país, con esta reforma se ha logrado que se incluya a sus organizaciones, autoridades dentro de la vida política de Bolivia; ahora estos pueden ejercer su autoridad y ser reconocidos por el mismo estado Boliviano caso que años antes no se podía. Existía un desconocimiento, y una exclusión en la posibilidad de que estas autoridades originarias sean capaces de ejercer funciones políticas y que representen a sus comunidades, sindicatos, asociaciones pero aun más importante que sean ellos quienes decidan su propio futuro.

Es recién a finales del siglo pasado, que los países andinos comienzan a reconocer constitucionalmente que sus Estados están conformados por una diversidad de culturas y que ante una situación conflictiva que se les venía, buscaron garantizar la pluralidad cultural y el derecho a la identidad cultural, reconociendo a los diversos pueblos indígenas, sus derechos, prácticas, saberes, protegiendo sus costumbres, oficializando sus idiomas, y promoviendo su propia cultura. Así se comienza a reconocer también el derecho al propio derecho indígena o consuetudinario y la jurisdicción especial.

ARTICULO 171.

I. 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 y especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando los usos y aprovechamiento sostenible de sus recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones.

II. El estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos.

III. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer función de administración y aplicación de normas propias

como solución alternativa de los conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos siempre que no sean contrarios a esta constitución y las leyes. La ley compatibilizara estas funciones con las atribuciones de los poderes del estado.

Al establecer este reconocimiento lo que se les reconoce es una normatividad, los cambios que se han dado son fundamentalmente en base a inclusión, reconocimiento de los pueblos indígenas, comunidades campesinas, etnias, afrodescendientes:

- 1) el reconocimiento del carácter pluricultural (multiétnico en Bolivia) de la Nación y el Estado.
- 2) el reconocimiento e inclusión de los pueblos indígenas y la ampliación de sus derechos y facultades políticas (como oficialización de idiomas indígenas, educación bilingüe, protección de medio ambiente, participación política).
- 3) el reconocimiento y el debate sobre el derecho indígena o consuetudinario y la relación que tiene con el derecho estatal.

La cuestión del problema indígena, conlleva un rasgo fuertemente paternalista, el de las pobres minorías, en la cual existe una tensión latente entre el reconocimiento de más amplios derechos culturales y, a su vez, la reducción de derechos económico-sociales, lo que puede dejar sin sustento o base material a los derechos culturales. Esto marca nuevos retos político-económicos a las democracias que buscan construir modelos pluriculturales en contextos de inserción neo-liberal.

El verbo que utilizan todas las Constituciones es “reconocer” en la medida que el texto constitucional no está “creando” la jurisdicción indígena sino que está asumiendo oficialmente su pre-existencia, abriendo las posibilidades de

suarticulación y coordinación democrática con el sistema judicial nacional y los poderes del Estado, pero los textos constitucionales son claros al mencionar que no están creando sino reconociendo algo que ya existe en la realidad social, y que aun cuesta unificar en el sentido de que no solo sea un reconocimiento y listo, sino que además se logren normas en conjunto.

La Constitución reconoce funciones jurisdiccionales o de justicia a las autoridades de las comunidades indígenas y/o campesinas de acuerdo a su derecho consuetudinario, así la constitución Boliviana es mas clara en esto al indicar que el reconocimiento es a las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas, es decir, sus propias normas y procedimientos, reconociendo los órganos de resolución de conflictos indígenas, dentro del ámbito territorial de los pueblos o comunidades indígenas o campesinas. Así mismo se les reconoce:

- a) Una Normatividad: normas y procedimientos, usos, saberes, costumbres del derecho consuetudinario, y no sólo a las normas vigentes sino también a la posibilidad de nuevas normativas; crearlas, modificarlas a fin de regular su vida comunal.
- b) Institucionalidad: reconocimiento a las diferentes autoridades indígenas y sus organizaciones en procesos de constitución o designación de autoridades.
- c) Jurisdicción: al aceptar sus funciones jurisdiccionales, de justicia o de administración y aplicación de normas propias, esto si no interfiere con los derechos humanos, y la misma Constitución. Se reconoce a las autoridades indígenas, pero las cuales debían aplicar el derecho estatal, o viceversa, se establecía que autoridades estatales aplicasen normas del derecho indígena, tratando de cooptar el derecho indígena.

La Constitución en Bolivia otorga a las autoridades indígenas función de administración y aplicación de normas propias en conformidad a sus costumbres y procedimientos, por lo que tienen competencia para intervenir en todos los casos de indígenas, dentro de su territorio. Inclusive, si el derecho o costumbre lo señala, pueden intervenir aún fuera de su territorio y aún en casos de no indígenas. Estas tendrían competencia, eventualmente, para resolver casos fuera de su territorio o incluso de personas no indígenas, si dentro de su derecho consuetudinario consideran que las materias en discusión son de su competencia. La definición de qué es un asunto interno no es un atributo de la ley estatal sino del derecho indígena.

Los Conocimientos Tradicionales han sido incluidos en la Agenda Andina 2006 – 2010 de la CAN con la finalidad de elaborar el régimen andino sobre los conocimientos y prácticas tradicionales, promover una plataforma de diálogo andina sobre conocimientos y prácticas tradicionales y fortalecer la iniciativa andina contra la biopiratería.

LEY DE PERÚ NÚMERO 27811. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS VINCULADOS A LOS RECURSOS BIOLÓGICOS

TÍTULO I

Del Reconocimiento de Derechos de los Pueblos Indígenas sobre sus Conocimientos Colectivos

Artículo 1°.- Reconocimiento de derechos

El Estado Peruano reconoce el derecho y la facultad de los pueblos y comunidades indígenas de decidir sobre sus conocimientos colectivos.

TÍTULO II

De las Definiciones

Artículo 2°.- Definiciones

Para los efectos del presente dispositivo se entenderá por:

a) Pueblos indígenas. Son 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. En éstos se incluye a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, así como a las comunidades campesinas y nativas. La denominación "indígenas" comprende y puede emplearse como sinónimo de "originarios", "tradicionales", "étnicos", "ancestrales", "nativos" u otros vocablos.

b) Conocimiento Colectivo: Conocimiento acumulado y transgeneracional desarrollado por los pueblos y comunidades indígenas respecto a las propiedades, usos y características de la diversidad biológica.

El componente intangible contemplado en la Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena incluye este tipo de conocimiento colectivo.

c) Consentimiento informado previo: Autorización otorgada, dentro del marco del presente régimen de protección, por la organización representativa de los pueblos indígenas poseedoras de un conocimiento colectivo, de conformidad con las normas por ellos reconocidas, para la realización de determinada actividad que implique acceder y utilizar dicho conocimiento colectivo, previo suministro de suficiente información relativa a los propósitos, riesgos o implicancias de dicha actividad, incluyendo los eventuales usos del conocimiento y, de ser el caso, el valor del mismo.

d) Contrato de licencia de uso de conocimientos colectivos: Acuerdo expreso celebrado entre la organización representativa de los pueblos indígenas poseedores de un conocimiento colectivo y un tercero que incorpora términos y condiciones sobre el uso de dicho conocimiento colectivo.

Estos contratos pueden constituir un anexo al contrato mencionado en el artículo 34° de la Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que establece un Régimen Común sobre acceso a los recursos genéticos.

e) Recursos biológicos: Recursos genéticos, organismos o partes de ellos, poblaciones, o cualquier otro tipo del componente biótico de los ecosistemas de valor o utilidad real o potencial para la humanidad.

TÍTULO III

Del Ámbito de Protección

Artículo 3°.- Ámbito de protección de la norma

El presente dispositivo establece un régimen especial de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos.

Artículo 4°.- Excepciones al régimen

El presente régimen no afectará el intercambio tradicional entre pueblos indígenas de los conocimientos colectivos protegidos bajo este régimen.

TÍTULO IV

De los Objetivos

Artículo 5°.- Objetivos del régimen

Son objetivos del presente Régimen:

a) Promover el respeto, la protección, la preservación, la aplicación más amplia y el desarrollo de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas.

b) Promover la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de estos conocimientos colectivos.

c) Promover el uso de estos conocimientos en beneficio de los pueblos indígenas y de la humanidad.

d) Garantizar que el uso de los conocimientos colectivos se realice con el consentimiento informado previo de los pueblos indígenas.

e) Promover el fortalecimiento y el desarrollo de las capacidades de los pueblos indígenas y de los mecanismos tradicionalmente empleados por ellos para compartir y distribuir beneficios generados colectivamente, en el marco del presente régimen.

f) Evitar que se concedan patentes a invenciones obtenidas o desarrolladas a partir de conocimientos colectivos de los pueblos indígenas del Perú, sin que se tomen en cuenta estos conocimientos como antecedentes en el examen de novedad y nivel inventivo de dichas invenciones.

La Ley peruana es muy específica en cuanto a la protección de los saberes de los pueblos y comunidades indígenas, este país, ha logrado introducir dentro de su legislación pero al mismo tiempo se ha encargado de difundir masivamente a los diferentes sectores de la sociedad, insertando la idea de la importancia de la protección de dichos usos, saberes y costumbres de sus indígenas. Esta parte

final de la Ley en cuanto al régimen de protección vemos que es la más avanzada en el sentido de que este tipo de legislación incluye a los pueblos indígenas en la conservación y la participación promoviendo el respeto, el uso, garantizando la protección, preservación, distribución justa y equitativa de los beneficios, evitando la concesión de patentes que se podrían conceder a partir de los conocimientos indígenas que obtendrán en la aplicación, uso para el desarrollo de los conocimientos colectivos que generen los pueblos indígenas en el Perú.

LEY DE VENEZUELA. SOBRE DIVERSIDAD BIOLÓGICA

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 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 biotecnológica en sus territorios, sin haber obtenido previamente la información suficiente sobre el uso y los beneficios de todo ello. Podrán

igualmente exigir la eliminación de cualquier actividad, si se demuestra que ésta afecta su patrimonio cultural o 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.

TÍTULO VII

Del acceso a los recursos genéticos, las patentes y de la distribución de los beneficios generados.

Capítulo III

De la protección y reconocimiento de los conocimientos tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas y 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 86.- 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.

Artículo 87.- La Oficina Nacional de la 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 tres (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 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 y locales.

Artículo 91.- El Estado apoyará financieramente y técnicamente proyectos de desarrollo alternativo en los pueblos y comunidades 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 naturales y demás áreas bajo régimen de administración especial.

Vistos los principales artículos de La Ley venezolana se puede apreciar que esta Ley no incluye a los pueblos indígenas como parte fundamental en el desarrollo de los conocimientos, colectivos de dichos pueblos lo que hace más bien es proteger sus conocimientos dentro de una Oficina Nacional de diversidad

biológica la cual se encarga de velar por la protección de dichos conocimientos, y como se ve los conocimientos tradicionales no están siendo protegidos por medio de los DPI, esto es una ventaja en el sentido de que así se puede proteger de otra forma *su generis* dichos conocimientos sin que se tenga que incluirlos en los parámetros de los DPI.

LEY DE COSTA RICA, SOBRE BIODIVERSIDAD

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 generis

El Estado reconoce y protege expresamente, bajo el nombre común de derechos intelectuales comunitarios sui generis, 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 84.- Determinación y registro de los derechos intelectuales comunitarios sui géneris

Mediante el procedimiento indicado en el artículo anterior, se procederá a inventariar los derechos intelectuales comunitarios sui géneris específicos que las comunidades solicitan proteger, y se mantendrá abierta la posibilidad de que, en el futuro, se inscriban o reconozcan otros que reúnan las mismas características. El reconocimiento de esos derechos en el Registro de la Oficina Técnica de la Comisión, es voluntario y gratuito; deberá hacerse oficiosamente o a solicitud de los interesados, sin sujeción a formalidad alguna.

La existencia de tal reconocimiento en el Registro obligará a la Oficina Técnica a contestar negativamente cualquier consulta relativa a reconocer derechos intelectuales o industriales sobre el mismo elemento o conocimiento. Tal denegación, siempre que sea debidamente fundada, podrá hacerse por el mismo motivo aun cuando el derecho sui géneris no esté inscrito oficialmente.

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.

Esta Legislación es la que más se adapta a una forma de protección sui generis para las creaciones intelectuales que se generan en las comunidades indígenas y campesinas; la que puede tenerse en consideración para regular estos derechos en Bolivia.

CAPÍTULO V

MECANISMOS Y POSIBLES FORMAS DE PROTECCIÓN

1. JUSTIFICACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.

Desde la década de los años 80, pero con mucho más intensidad desde los años 90, el derecho relacionado con la protección de la propiedad intelectual (PI) se ha convertido en una de las disciplinas jurídicas de mayor desarrollo a nivel del derecho internacional y de sus expresiones en los sistemas jurídicos nacionales, no sólo por su estrecha conexión con los procesos de desarrollo científico y tecnológico sino especialmente por considerarse un instrumento fundamental del avance económico de las grandes potencias industriales y de las empresas multinacionales. El objetivo en materia de comercio de bienes y servicios, hoy que la palabra 'globalización' es de uso común, es muy específico: se trata de garantizar la conquista de nuevos mercados mediante el establecimiento legal de monopolios en el proceso económico que busca liberalizar el comercio hacia la eventual creación de un gran mercado global. El Derecho sobre la Propiedad Intelectual (DPI) estructurado en base a principios bastantes rígidos e inamovibles en el tiempo, se encuentra así experimentando un acelerado proceso de cambio en sus distintas instituciones clásicas en materia de patentes de invención, derechos de autor y de marcas, entre otros elementos de la PI como las indicaciones geográficas o denominaciones de origen. Ciertamente, los avances tecnológicos de las últimas dos décadas, especialmente en el campo de la tecnología de la información (TI), las telecomunicaciones y la biotecnología, han propiciado una verdadera revolución en el pensamiento, la teoría y la legislación sobre la PI. Como resultado de un proceso muy interesante de

interacción de la PI con nuevas disciplinas jurídicas como el Derecho Ambiental y el Derecho de los Pueblos Indígenas, los DPI se encuentran ante el dilema de buscar alguna fórmula jurídica que permita incorporar a las legislaciones nacionales y al Derecho Internacional instrumentos que permitan la protección de los conocimientos tradicionales (CT) de los pueblos indígenas u originarios así como las expresiones del folclore. En efecto, la puesta en valor de estos CT se ha acrecentado, especialmente por el hecho de que las nuevas invenciones biotecnológicas se apoyan de manera significativa en ellos, lo que hasta hace muy poco pasaba casi desapercibido. De otro lado, el valor económico vinculado a las expresiones culturales como, por ejemplo, los diseños del arte tradicional expresados fundamentalmente en las distintas formas de la artesanía ha puesto el tema en debate pues la globalización de los mercados puede significar, como ya está sucediendo, una afectación real de las economías locales y tradicionales, especialmente en los países que mantienen poblaciones indígenas, por efecto de la apropiación ilícita de diseños, colores y otras formas tradicionales aportadas por el arte de los pueblos indígenas.

Se trata entonces de diseñar un sistema de PI que reconozca el valor actual y potencial de los CT acumulados y depositados en los pueblos indígenas sin que ello desaliente la investigación científica y tecnológica moderna asociada a los recursos naturales, especialmente a la diversidad biológica. El reto es diseñar un sistema de PI que respete la diversidad cultural y sus expresiones colectivas, siempre en el marco de una economía global sostenida en su crecimiento por la ampliación de nuevos mercados. Sin duda, todo esfuerzo intelectual es merecedor de protección jurídica, siempre que se cumplan con ciertas condiciones y exigencias específicas planteadas por las diferentes disciplinas de la PI. Sin embargo, por la manera como fue concebido y estructurado el sistema de PI en sus orígenes, los CT no constituían objetos de protección de tal modo que los juristas y legisladores nunca consideraron su inclusión en el mundo de la PI. Es

por ello quedurante décadas (realmente siglos), los CT pasaron desapercibidos y desprotegidos, a pesarde que su mantenimiento y desarrollo supone la existencia de una gran actividad creadorae inventiva transmitida de generación a generación en constante re-creación.

El proceso de globalización, la intensificación en el uso de los recursos naturales yla interacción más directa con grupos indígenas, la biotecnología, la organización delmovimiento indígena y, especialmente, el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB– 1992) cambiaron esta situación. Cada uno de estos factores, en diferentes planos y a sumanera, ha influido en el creciente interés político, jurídico y económico por desarrollary propiciar la búsqueda de fórmulas que permitan la protección jurídica de los CT.

2. PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.

La protección legal de los CT se plantea en la actualidad en términos de proteccióndefensiva y protección positiva. La protección defensiva o indirecta, ha llevado a lospaíses que utilizan recursos genéticos o CT a adoptar medidas legislativas que pretenden verificar la procedencia legal de éstos. Se trata de normas de procedimiento incluidas en los sistemas de propiedad intelectual para exigir a la persona que solicita el reconocimiento de derechos sobre invenciones o productos que se deriven de ellos, quedemuestre haber accedido legalmente a los recursos genéticos o biológicos eventualmente utilizados. El caso más cercano es el de la Decisión 486 que establece el régimenandino de propiedad industrial (y que se explica en el apartado 5.1.) cuyas normas sobrepatentes exigen que los solicitantes demuestren – cuando tramitan una solicitud depatente relacionada con invenciones biotecnológicas – que los materiales o CT quepudieran ser parte de la invención a protegerse fueron obtenidos legalmente del país deorigen. La idea central es que los sistemas de propiedad intelectual nacionales incorporen mecanismos que aseguren la aplicación de las normas sobre acceso legal y

consentimiento informado previo, en los casos relacionados con la diversidad biológica y el ambiente. Para ello, en las deliberaciones que se producen en el seno de la OMPI entorno al Tratado Substantivo de Patentes será necesario un consenso que obligue a cada Parte Contratante incorporar mecanismos destinados a controlar el origen legal de los recursos y de los CT asociados a ellos.

La protección positiva se refiere a la creación de regímenes jurídicos sui generis que establecen derechos específicos para garantizar los intereses de las comunidades indígenas respecto de sus CT independientemente de los intereses del país de origen. Estos regímenes establecen dispositivos para compensar a las comunidades indígenas, garantizarles cierto control sobre el acceso a (y el uso de) sus conocimientos por terceros, permitirles su ulterior disposición, entre otras facultades. La Ley 27811 del Perú del 2002 (que se explica en el apartado 5.2.), la Ley 20 (2000) de Panamá sobre un Régimen Especial de Propiedad Intelectual para Proteger los Derechos de Los Pueblos Indígenas y la Ley Modelo de la Organización de Unidad Africana para la Protección de los Derechos de los Pequeños Agricultores y Mejoradores y Regulación de Acceso a la Diversidad Biológica (2000) ofrecen algunos de los pocos ejemplos de protección positiva de los CT.

Aunque hasta la fecha no existen ejemplos exitosos de leyes plenamente implementadas en materia de protección de los CT, sí abundan las aproximaciones teóricas, las propuestas normativas, las guías metodológicas y los debates sobre cómo lograr que el derecho desarrolle un sistema sui generis de protección jurídica que permita incorporar al derecho de la propiedad intelectual los CT en el marco de los objetivos ampliamente consensuados establecidos en el Artículo 1 del CDB³⁹.

³⁹ El Artículo 1 del Convenio sobre la Diversidad Biológica señala que sus objetivos son: a) la conservación de la diversidad biológica; b) la utilización sostenible de sus componentes y; c) la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de recursos genéticos, mediante, entre otros, un acceso

Es evidente que ambas aproximaciones resultan importantes para generar las condiciones que permitan la reducción y eventual eliminación de la biopiratería. En efecto, si el derecho internacional de patentes no incluye normas específicas destinadas a lograr la certificación del origen legal de los recursos genéticos y de sus conocimientos asociados (la información incorporada al material genético) específicamente en el momento de tramitarse las nuevas invenciones que buscan el amparo de una patente, la eficacia de las normas nacionales se vería seriamente mermada. Y eso tiene una explicación muy simple: si a nivel de la OMPI y de la OMC se busca estandarizar los requisitos y condiciones de patentabilidad tomando como modelos las legislaciones de patentes de los EEUU y de Europa, es evidente que la exigencia de certificados de origen será percibida como una limitación y como una amenaza al «normal» desarrollo de las investigaciones biotecnológicas. El asunto es muy significativo pues en los TLC bilaterales que viene promoviendo y suscribiendo los EEUU de Norteamérica con varios países ricos en biodiversidad y CT como es el caso de los países centroamericanos y del Perú, Ecuador y Colombia las normas sobre patentes podrían ser asimiladas a las existentes en los EEUU, desconociéndose las deliberaciones y avances que en la OMPI y la OMC vienen presentándose con participación de toda la comunidad internacional. La situación es tan particular que ha comenzado a señalarse la necesidad de que la propiedad intelectual siga considerándose como un instrumento de desarrollo y no como un arma de penetración económica en detrimento de las economías más pobres. En efecto, en el Informe de la Comisión de Propiedad Intelectual del 2002, designada por el Gobierno de Gran Bretaña, se subraya la necesidad de mantener la función esencial y la naturaleza misma del derecho de la propiedad intelectual, es decir, «como un instrumento de política pública que confiere privilegios económicos a individuos e instituciones solamente con el propósito de contribuir a un interés más

adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y esas tecnologías, así como mediante una financiación adecuada.

alto que es el bienestar público. En consecuencia, este privilegio es un medio y no un fin en sí mismo». El cambio de dirección de los DPI se hace evidente al aprobarse en el seno de la OMC el Acuerdo denominado ADPIC donde se aprueba un estándar mínimo de protección de la propiedad intelectual. Cualquier instrumento posterior que fuera negociado por los países que son parte de la OMC puede solamente establecer estándares más altos de protección: a estos acuerdos se les conoce como los TRIPs plus, muchos de los cuales forman parte de los tratados de libre comercio bilaterales. Al mismo tiempo varias organizaciones y países consideran que resulta necesario reforzar y revitalizar los objetivos y funciones de la OMPI permitiendo una mayor participación de los países en desarrollo e, incluso, de las organizaciones de la sociedad civil. La idea es que la OMPI vuelva a constituirse en el foro donde se discutan las materias relacionadas con la PI lo que en la práctica exigiría una revisión de su propio estatuto y mandato.

3. PROTECCIÓN POSITIVA

PROTECCIÓN POSITIVA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.

En la legislación de la CAN no existe norma que regule de manera integral la protección de los CT. En realidad, si bien en el plano internacional se ha avanzado en la identificación de posibles elementos jurídicos de un régimen de protección legal de los conocimientos tradicionales, solamente Panamá y Perú cuentan con legislación específica en la materia. En el caso de Panamá, la Ley 20 (2000) estableció el Régimen Especial de Propiedad Intelectual para Proteger los Derechos de Los Pueblos Indígenas, que opera fundamentalmente como un registro de marca o diseño que protege (en Panamá) la «mola» (una modalidad de tejido) del Pueblo Kuna.

En el Perú, luego de varios años de trabajo liderado por el INDECOPI con una importante participación de instituciones públicas y privadas así como de expertos del país y del extranjero, en el año 2002 se aprobó la Ley 27811 que establece un Régimen Especial de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Asociados a la Diversidad Biológica. Esta ley constituye un régimen de protección positiva, donde se conjugan y articulan una serie de instrumentos y mecanismos para garantizar la protección legal de los CT.

La Ley 27811 reconoce el derecho y la facultad de los pueblos y comunidades indígenas de decidir sobre sus conocimientos colectivos (Artículo 1). Tiene por objetivo central proteger legalmente estos conocimientos (que en adelante referiremos también como conocimientos tradicionales o CT) en beneficio de los pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se reconocen como tales, incluyendo los pueblos en aislamiento (Artículo 2). Para ello, incorpora disposiciones sobre el respeto y la preservación de los CT, su desarrollo y aplicación más amplia; promueve una distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización; pretende dar garantías para que su uso se realice con el consentimiento informado previo (CIP) de los pueblos indígenas; propicia el desarrollo de las capacidades de los pueblos y de los mecanismos tradicionalmente empleados por ellos para compartir y distribuir beneficios generados colectivamente y para «evitar que se concedan patentes a invenciones obtenidas o desarrolladas a partir de conocimientos colectivos..., sin que se tomen en cuenta estos conocimientos como antecedentes en el examen de novedad y nivel inventivo de dicha invenciones» (Artículo 5, f) entre otras disposiciones. La norma es muy clara, pero obviamente requiere de un conjunto de instrumentos y mecanismos para su aplicación efectiva además de voluntad política y recursos financieros, como se verá más adelante.

La Ley 27811 se aplica a los conocimientos de los pueblos indígenas y solamente a aquellos que son detentados de forma colectiva, es decir, que pertenezcan a un pueblo o comunidad indígena en su conjunto - y no a individuos - y que, finalmente, se encuentren referidos a las propiedades, usos y características de la biodiversidad (Artículo 10). No se pretende afectar el uso e intercambio que comunidades indígenas realizan sino únicamente los usos que realizan terceros, ajenos a las mismas (Artículo 4). En la medida que se reconoce que buena parte de los CT se encuentran compartidos entre comunidades, los beneficios resultantes de dicho uso serán distribuidos entre todas las comunidades indígenas por el hecho de serlo (a través de un Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas que será administrado por ellas mismas). Son las organizaciones representativas de los pueblos indígenas (asociaciones, federaciones, confederaciones) las que tienen la representación de los mismos (Artículo 6). La norma intenta así consolidar y reforzar el papel de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas y concederles una función preponderante en el proceso de consulta y decisión entre sus comunidades miembros.

La Ley 27811 reconoce a los CT como parte del patrimonio cultural indígena y califica de inalienables e imprescriptibles los derechos que los pueblos indígenas tienen sobre ellos (Artículos 11 y 12). En este sentido, se entiende que los CT son el resultado de un proceso social de aprendizaje y desarrollo legado por las generaciones pasadas a las presentes y en el que éstas se constituirían en custodios pero no en propietarios, de ahí que se admita la posibilidad de ceder su uso y no así su propiedad, que deberá ser salvaguardada para las futuras generaciones. Las comunidades y generaciones presentes deben administrar y gestionar el eventual uso de sus conocimientos tradicionales tomando en cuenta el legado cultural dejado por sus antepasados.

El régimen previsto en la Ley concede a los pueblos indígenas el derecho de impedir el uso de sus conocimientos sin su autorización o CIP previo. Los pueblos indígenas están así protegidos contra la utilización, aprovechamiento y divulgación ilegal y desleal de sus CT. Esto responde a un principio básico de respeto a la voluntad de las comunidades sobre si sus conocimientos pueden (y deben) o no ser aprovechados. Se trata del «derecho a decidir» reconocido por la doctrina y el derecho internacional sobre la materia⁴⁰.

En el caso de CT que se encuentre en el dominio público – fuera del ámbito de los pueblos indígenas y plenamente difundidos- se destinará un porcentaje de los beneficios económicos derivados de su aprovechamiento al Fondo antes mencionado (Artículo 42 y siguientes). En efecto, se reconoce que muchos conocimientos tradicionales se encuentran ampliamente diseminados y por lo mismo son de dominio público. Artículos, libros, bases de datos, tradiciones, usos extendidos, entre otros, han contribuido a la diseminación de estos conocimientos. Esta situación significa que las posibilidades de control respecto de ellos sea, en la práctica, muy difícil. Sin embargo, se deja sentado el principio que es necesario, incluso en estos casos, propiciar una distribución justa y equitativa de beneficios.

Mediante contratos de licencia de uso de conocimientos será posible autorizar las condiciones de utilización de los CT. Las licencias serán registradas ante el INDECOPI (Artículo 25 y siguientes). Se trata en verdad de licencias clásicas de «knowhow» mediante las cuales se transfieren conocimientos y tecnologías desde la comunidad hacia terceros.

⁴⁰ El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa 26253 y vigente desde el 2 de Febrero de 1995, contiene las normas de principio que reconocen el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados y a participar en las decisiones relacionadas con sus tierras y los recursos naturales existentes en ellas respecto a los cuales, como es el caso de la diversidad biológica, pudieran existir CT asociados. Para mayores detalles puede consultarse: Flavia Noejovich, Brendan Tobin y Carlos Yañez, Petroleras, Estado y Pueblos Indígenas: el juego de las expectativas; Defensoría del Pueblo, Lima, Perú 1998.

La Ley también ha incorporado tres clases de registros (registro público, confidencial y local) como herramientas que permitirán el mantenimiento de los CT en el tiempo. Estos registros podrían asimismo, servir de apoyo a las autoridades nacionales competentes (en este caso el INDECOPI) en sus esfuerzos por evitar que se concedan DPI sobreinvenciones o productos que se encuentran claramente en el estado de la técnica (Artículo 15 y siguientes). Los registros públicos le permitirán al INDECOPI recopilar y compilar información para, llegado el caso, atacar tanto a nivel nacional como internacional, los requisitos de novedad y altura inventiva que pudieran ser invocados. El registro confidencial, espera mantener aquellos conocimientos que, por una razón u otra, las comunidades consideran que no pueden ser consultados por terceros. Finalmente, el registro local servirá fundamentalmente para documentar y mantener conocimientos tradicionales en el tiempo. Serán las mismas comunidades las que decidirán la manera y forma en la cual operarán estos registros⁴¹.

La Ley peruana también desarrolla el procedimiento a seguirse ante el INDECOPI en casos de infracción e incumplimiento de sus disposiciones (Artículo 47 y siguientes). Paralelo se deberá recurrir a las normas de acciones por infracción previstas en el reglamento de organización y funciones del INDECOPI.

Recientemente, el 1 de mayo de 2004, se publicó la Ley 28216 de Protección al Acceso a la Diversidad Biológica Peruana y los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas que creó formalmente una comisión nacional multisectorial -

⁴¹ Existen múltiples experiencias alrededor del mundo con el uso de registros de conocimientos tradicionales y biodiversidad en general administrados y gestionados por comunidades indígenas y locales. Se recomienda revisar: United Nations University – Institute for Advanced Studies. *The Role of Registers and Databases in the Protection of Traditional Knowledge. A Comparative Analysis*. Tokyo, 2003. En este informe se han incluido estudios de caso con registros de conocimientos tradicionales de India, Panamá, Canadá, Venezuela entre otros. En el caso del Perú, una experiencia interesante se viene realizando en la zona de Pisac, en el Cuzco. Seis comunidades de la zona han decidido documentar en medios audio visuales (video) sus conocimientos, prácticas e innovaciones. Bajo la dirección de la Asociación Quechua Aymara Andes se ha capacitado a mujeres jóvenes de las comunidades para que asuman la responsabilidad de estos registros. Se espera así contribuir al mantenimiento de ciertas costumbres y prácticas que por el paso del tiempo y presiones externas, pudieran perderse.

con representantes del sector privado y de las organizaciones indígenas- para la prevención de labiopiratería. Esta comisión sigue los esfuerzos desplegados por una comisión ad hoc establecida y liderada por el INDECOPI desde la aprobación de la Ley 27811 para enfrentar casos de biopiratería asociados al *Lepidium meyeri* (maca)⁴²

Resulta interesante revisar las funciones de la comisión multisectorial pues allí se describen las acciones destinadas a «identificar y efectuar el seguimiento de las solicitudes de patentes de invención concedidas en el extranjero, relacionadas con los recursos biológicos o conocimientos colectivos de los pueblos indígenas...» para evaluarlas técnicamente, emitir informes y recomendaciones «para la interposición de acciones de oposición o acciones de nulidad contra las solicitudes de patentes de invención o contrapatentes concedidas en el extranjero» (Artículo 4). En síntesis, la Ley 28216 complementa el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas establecido por la Ley 27811, dotando de una organización administrativa al Estado peruano para enfrentar los casos de biopiratería⁴³.

Es evidente que el Perú cuenta ya con un sistema de protección positiva de los CT. Se requiere de mucha investigación, de inversiones destinadas a identificar y registrar los CT, de labores de capacitación a las organizaciones indígenas y funcionarios públicos en la materia, especialmente en el conocimiento del derecho de la propiedad intelectual y específicamente del derecho de patentes. Igualmente

⁴² El informe de esta comisión fue presentado durante la Quinta Reunión del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicional y Folklore de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual a mediados de 2003. Para acceder al documento: <http://www.wipo.int/globalissues>

⁴³ La Ley 28215 se encuentra en: <http://www.indecopi.gob.pe> y contiene, además, una definición de biopiratería: «Se entiende por biopiratería 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 los mismos» (Tercera Disposición Final).

es necesario contar con mecanismos ágiles que permitan no solamente proteger los CT sino potenciarlos, estableciendo puentes con los centros de investigación establecidos en el país y con los del extranjero para generar vínculos de cooperación, mutua confianza y una clara visión de las oportunidades futuras mediante el establecimiento de alianzas estratégicas que garanticen el mutuo respeto de los derechos de los participantes y el uso sostenible de los recursos económicos provenientes de la diversidad biológica.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y EL DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Hoy existe una preocupación mundial de los pueblos indígenas por las consecuencias del nuevo régimen de Derechos de Propiedad Intelectual (DPI) sobre los derechos colectivos sobre sus Conocimientos Tradicionales, supatrimonio cultural, sus recursos y territorios. Las organizaciones de los pueblos indígenas de distintos países, han apuntado sus críticas transversales tanto desde el Derecho Internacional Ambiental como de los DDHH. Sus planteamientos los han expresado en los órganos de Naciones Unidas (CDH, OMPI, UNESCO, Conferencias mundiales) como en los espacios de la Convención de Biodiversidad (COP y Grupos de trabajo interseccional). Asimismo, existe una amplia preocupación de diversos organismos internacionales y no gubernamentales por la situación de los derechos indígenas, los Conocimientos Tradicionales y los recursos genéticos en los nuevos marcos de DPI. Por ejemplo en la Resolución 2001/21 de la Subcomisión de Derechos Humanos, se señala «...la necesidad de proteger suficientemente los conocimientos tradicionales y los valores culturales de los pueblos indígenas y, en particular, protegerlos suficientemente contra la «biopiratería» y la reducción del control de las comunidades indígenas sobre sus propios recursos genéticos y naturales y valores culturales».

Sin embargo, pese al creciente interés y preocupación que suscita el tema, no existen claros consensos entre las organizaciones indígenas, ONG's y organismos internacionales, que permitan incidir de modo eficaz y oportuno en los procesos de negociación multilateral, regional y nacional donde se abordan directa o indirectamente temas de DPI, Conocimiento Tradicional y patrimonio cultural.

En esta discrepancia de estrategias y posiciones inciden múltiples factores. En primer lugar, es necesario tener presente la diversidad de situaciones y status coloniales en los cuales se encuentran los pueblos indígenas, los diversos grados de vulnerabilidad y presión sobre sus territorios, etc. Ciertamente, los espacios y derechos ganados, y poder de negociación de los Maorien Nueva Zelanda o los Cree en Canadá son distintos a los que tienen los mapuches en Chile, o los huaorani en Ecuador; a su vez la presión sobre los territorios y recursos indígenas es de distinto tipo y grado según la riqueza de su biodiversidad y el grado de soberanía y control sobre sus territorios. Y en segundo lugar, cabe indicar el papel de los diversos discursos ambientalistas, sea en sus corrientes conservacionistas, de «capitalismo verde», o de ecología social. Gran parte de la literatura disponible sobre derechos indígenas y Conocimientos Tradicionales, en rigor responde a las agendas y marcos interpretativos medioambientalistas, y escasean las reflexiones desde los derechos y soberanía territorial indígena.

En tercer lugar, cabe mencionar la misma fragmentación de regímenes internacionales y sus circuitos de negociación, como factor que hace más compleja la elaboración de estrategias y el logro de desempeños eficaces en una agenda internacional, abigarrada, veloz y multiescalar. Frente a los nuevos desafíos para los derechos y territorios de los pueblos indígenas no existe una única respuesta. Es posible constatar, a lo largo del mundo, una amplia variedad de propuestas, posiciones y experiencias respecto a los mecanismos jurídicos e institucionales para realizar tal programa de derechos. Sin embargo, la piedra de toque para evaluar la pertinencia de esos mecanismos debiera ser cuánto

garantizan la soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos, conocimientos y territorios, entendiendo que es eso lo que está en juego y no la «propiedad intelectual», sino las bases de su libredeterminación. Las diferencias de propuestas las resume el Informe de Yozo Yokoda y Consejo Sami al Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de ONU:

«Varios representantes indígenas consideran que el régimen de derechos de propiedad intelectual no es un sistema adecuado para la protección de su patrimonio cultural, mientras que otros reconocen que a veces los mecanismos relativos a esos derechos pueden proteger por lo menos determinados elementos del patrimonio cultural de los pueblos indígenas. Los que no están plenamente de acuerdo con la creación de un régimen internacional de derechos de propiedad intelectual para la protección del patrimonio cultural de los pueblos indígenas piden que se establezcan en su lugar sistemas sui generis»⁴⁴.

Hoy en día el tema de los Conocimientos Tradicionales y el acceso a los recursos genéticos está instalado en la agenda de diversos organismos internacionales (OMPI, OMC, UNCTAD, CDB, FAO, Foro Permanente sobre Asuntos Indígenas), y en cada caso se plantea la necesidad de protección del patrimonio cultural e intelectual indígena. Se discute ahora cuál es el mejor modelo de protección, cuáles los conceptos y mecanismos, y qué foro global es el más apropiado para hacerse cargo de su administración. No obstante esa amplia distribución del tema entre las agencias, en la práctica, es en el seno de la OMPI y del CDB en donde se configuran los asuntos claves. En el caso del CDB, a través del «Grupo de Trabajo Especial de Composición Abierta entre períodos de sesiones sobre el artículo 8j) y disposiciones conexas» y del «Grupo de Trabajo Especial de

⁴⁴Yozo Yokota al 22 período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de ONU. «Orientación para el examen del proyecto de principios y directrices sobre el patrimonio de los pueblos indígenas» E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/5, Julio 2004.

Composición Abierta sobre Acceso y Participación en los Beneficios». En el caso de la OMPI, a través de los trabajos y acuerdos del «Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos».

4. PROTECCIÓN PREVENTIVA

PROTECCIÓN DEFENSIVA EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD ANDINA⁴⁵

La región andina, por su importante concentración de diversidad biológica y de pueblos indígenas en constante interacción con su entorno natural que mantienen vivas sus prácticas y conocimientos tradicionales, es una de las zonas donde mayor desarrollo han tenido las políticas y la legislación vinculadas a la protección de los CT. Los debates se iniciaron realmente en el año 1993 a propósito de los debates relacionados con los borradores de la actual Decisión 345 sobre un Régimen Común de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales. En dicha norma de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) se incluyó una disposición que limitaba la protección a los obtentores de nuevas variedades vegetales a los resultados del mejoramiento científico de plantas (que alcanzara los requisitos de novedad, estabilidad, distinguibilidad y homogeneidad). Se zanjaba así un problema de dos caras: el que puede derivarse cuando el obtentor «descubre» una variedad vegetal que, en verdad, es parte del patrimonio cultural de las poblaciones andinas a partir de sus constantes esfuerzos de mejoramiento fitogenético, basado en que para el derecho occidental el CT es normalmente considerado como no científico a pesar del valor agregado incorporado en las variedades vegetales; y el vinculado a la necesidad de registrar y otorgar reconocimiento legal a los propios CT en una futura eventual norma especial (y que hoy está representada por la Decisión 391 de la CAN). La

⁴⁵ Para un análisis detallado de la idea de «protección defensiva» se sugiere revisar: United Nations University – Institute of Advanced Studies. User Measures. Options for Developing Measures in User Countries to Implement the Access and Benefit Sharing Provisions of the Convention on Biological Diversity. UNU / IAS Report, 2nd. Edition, Tokyo, Japan, 2003.

propuesta levantó una enorme controversia en ese momento pues la Comunidad Andina se convirtió en uno de los primeros foros legislativos donde se intentaba crear un sistema sui generis de protección de los CT. Hoy nadie discute la relevancia e importancia de las actividades de conservación, mantenimiento y mejoramiento realizada a lo largo de siglos por estas comunidades, aunque la aplicación y efectividad del citado sistema sui generis sigue siendo objeto de evaluación y debate.

Cuando en 1996 se aprobó la Decisión 391 sobre un Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos, se incluyeron referencias específicas al derecho que tienen las comunidades indígenas, afroamericanas y locales sobre el componente intangible asociado a los recursos genéticos⁴⁶. Específicamente se estableció la exigencia que su utilización debe contar con la autorización previa de las comunidades respectivas (Artículo 7). Asimismo, se determinó que los Países Miembros no reconocerían derechos (incluidos los de propiedad intelectual) sobre recursos genéticos o CT que se hubieran obtenido o desarrollado a partir de actividades que no cumplieran con la legislación de acceso y de protección de los CT, si así fuera el caso (Disposición Complementaria Segunda). Ciertamente, este tipo de medidas tiene limitaciones jurisdiccionales en tanto solamente son aplicables en el territorio de los países de la CAN.

Por otro lado, la Decisión 391 también determina que las oficinas nacionales competentes en materia de PI deberán exigir al solicitante de un DPI copia del contrato de acceso (a los recursos genéticos o sus derivados) correspondiente, como requisito previo a su concesión – principalmente en el caso de patentes y Certificados de Obtentor - cuando existan indicios razonables que estos recursos se hubieran obtenido sin cumplir con sus disposiciones (Disposición Complementaria Tercera). Para facilitar la labor de la autoridad competente, esta

⁴⁶ El concepto de «componente intangible» se refiere, en la legislación de la Comunidad Andina, al conocimiento tradicional que utilizamos en este ensayo.

misma norma dispone la creación de sistemas de intercambio de información sobre los contratos de acceso autorizados y los derechos de propiedad intelectual concedidos. El cruce de información y mantenimiento de un banco de datos permitiría a las autoridades llevar a cabo los exámenes de las solicitudes presentadas y, eventualmente, evaluar la novedad y la altura inventiva, de manera comprensiva y con todos los elementos de juicio necesarios para la concesión debida del derecho de propiedad intelectual y título correspondiente.

Posteriormente, ya en el año 2002 la Decisión 486 de la CAN sobre un Régimen Común de Propiedad Industrial consolida la posición innovadora del derecho andino al ser la primera norma sobre PI que incorpora de manera expresa las exigencias planteadas en términos de principios en la Decisión 391. Para empezar, la norma establece como principio básico que los países de la CAN deben asegurar que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se conceda salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los CT de sus pueblos indígenas (Artículo 3).

Esto responde a una política subregional que reconoce y afirma la importancia estratégica de los recursos genéticos y los CT para los países miembros de la CAN y la necesidad de cumplir con mandatos imperativos y de orden público derivados del CDB y normas nacionales conexas.

Asimismo, la Decisión 486 dispone que uno de los requisitos formales que deben cumplirse al momento de presentar una solicitud de patente es que se proporcione documentación que acredite el origen legal de los recursos genéticos y de los CT que pudieran ser parte de la invención que pretende protegerse (Artículo 26 (h) (i))⁴⁷.

⁴⁷ El texto del Artículo 26 de la Decisión 486 establece: «La solicitud para obtener una patente de invención se presentará ante la oficina nacional competente y deberá contener lo siguiente:

Si se concediera el derecho y, posteriormente, a pedido de parte u oficio, se descubre que estos requerimientos no han sido cumplidos, la patente será anulada (Artículo 75 (g) (h))⁴⁸. Aunque resulta discutible que como sanción al incumplimiento de un requisito formal se propugne la nulidad del título concedido, el principio propuesto es plenamente válido. Es decir, no debe concederse o disfrutarse de un derecho cuyo origen resulta ilegítimo o ilegal por derivar de recursos o conocimientos que no han sido obtenidos en la forma prevista en la legislación pertinente. Del análisis de los casos emblemáticos de biopiratería, es frecuente comprobar patentes mal concedidas, donde los exámenes de novedad y altura inventiva fueron limitados y no tuvieron en cuenta toda la información existente (disponible) relativa a la invención. Ello ha dado lugar a patentes muy cuestionables sobre componentes de la biodiversidad andino / amazónica (maca, quinua, sangre de grado, yacón, ayahuasca, entre otras) a la cual están asociados de manera directa e indirecta CT de las comunidades indígenas. En estos casos, se ha llamado la atención sobre las operaciones del proceso de análisis de solicitudes de patentes.

La legislación andina cuenta así con normas consideradas dentro del campo de la protección defensiva, es decir, que utiliza las propias reglas del DPI para defender los intereses patrimoniales de la Nación y de sus nacionales en materia

h) de ser el caso, la copia del contrato de acceso, cuando los productos o procedimientos cuya patente se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o de sus productos derivados de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen;

i) de ser el caso, la copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales de los Países Miembros, cuando los productos o procedimientos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen, de acuerdo a lo establecido en la Decisión 391 y sus modificaciones y reglamentaciones vigentes;

j) de ser el caso, el certificado de depósito del material biológico; ...

⁴⁸ Algunos autores han propuesto el desarrollo de «certificados de origen» (de recursos genéticos y conocimientos tradicionales) que sean exigibles por las autoridades de patentes al momento de tramitarse las solicitudes correspondientes. Ver: Tobin, Brendan. *Alternative Mechanisms for Protection of Indigenous Rights. Paper presented at Symposium of Indigenous Peoples of Latin America : Indigenous Peoples, Biodiversity and Intellectual Property. Santa Cruz, Bolivia, 1994.*

de recursos genéticos y CT. Ciertamente, esta aproximación no está exenta de críticas en la medida que algunos analistas sostienen que vulnera las reglas del ADPIC y lo excede largamente. No obstante, consideramos que su existencia expresa una posición de política legislativa importante que permite abrir espacios de negociación y debate en un contexto signado por percepciones e intereses contrarios que varían según el país y la región correspondiente. No hay duda que el círculo de la protección jurídica de los CT debe cerrarse en el ámbito del Derecho Internacional pues se corre el riesgo que las negociaciones conducentes a la suscripción de tratados de libre comercio bilaterales que, como se ha dicho, representan una suerte de salida de escape de las deliberaciones que se siguen desarrollando en la OMC y la OMC, conlleven pactos contrarios al reconocimiento de lo que podríamos llamar perfectamente la propiedad intelectual indígena.

5. COMPATIBILIDADES

5.1. CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

En 1990, la Coalición Global para la Biodiversidad Cultural creó un grupo de trabajo sobre la propiedad intelectual de modo que las comunidades indígenas, las organizaciones científicas y los grupos ecologistas propusieran conjuntamente una estrategia para utilizar los conocimientos vernáculos que implicaban a comunidades locales en iniciativas de conservación y desarrollo (Posey y Dutfield 1996).

La coalición señalaba la dificultad que representaba la diversidad de términos legales, científicos y políticos difíciles de traducir a los grupos étnicos y a las comunidades locales. Acuñó el término "derechos sobre los recursos tradicionales" donde lo tradicional es una referencia a las prácticas, creencias, costumbres y herencia cultural de los grupos indígenas y locales que viven en

estrecho contacto con la tierra. El término recurso se utiliza en un sentido amplio, y comprende los conocimientos y latecnología, las cualidades espirituales y estéticas y las fuentes tangibles e intangibles necesarias para asegurar plenamente el estilo de vida de la generación presente y de las futuras.

El término "derechos" se refiere a las garantías inalienables de la existencia humana y de las entidades colectivas necesarias para mantener su propia dignidad, y la de sus predecesores y descendientes. Este término (o, aún mejor, este proceso) encaja bien entre los acuerdos internacionales como base para un sistema de protección sui generis, dado el tipo de conocimientos con que contribuyen las comunidades indígenas.

5.2. CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y PATENTES

De manera genérica, se tiene una respuesta a la relación entre conocimientos tradicionales y patentes en cuanto a los mismos estudios que se han hecho sobre el costo/tiempo que se invierte por parte de la industria de la bioprospección, pues se ha dicho que si un científico acude a la ayuda del conocimiento tradicional, éste puede ahorrar hasta en un 400% en tiempo y en dinero para identificar un componente activo de una planta potencialmente útil para un fin de terminado.

De igual manera, según estudios en la materia y siendo muy conservadores, se estima que a nivel global el valor de los conocimientos tradicionales podría llegar a un 10% del valor anual del mercado global de productos derivados de recursos genéticos y biológicos, calculado en unos USD. 800 billones, y que ese 10% al que se le puede atribuir la intervención del conocimiento ancestral, podría llegar a unos USD. 500 millones, cifra por lo demás muy significativa, especialmente en el contexto de la situación social y económica de los pueblos indígenas.

Por lo visto, se puede afirmar que hay un gran interés por los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos, en donde el régimen de patentes tiene una lógica de intervención, porque está ligado al comercio, ya que la protección de una invención o creación es absolutamente determinante para establecer un control monopólico sobre un invento que le confieren un derecho exclusivo de explotarlo, previo al cumplimiento de unas solemnidades. En esta dinámica, con el progreso de la industria biotecnológica en la actualidad podemos ver también que a través de la manipulación genética de seres vivos, sean de animales y plantas, se obtienen derivados o una nueva forma de vida, que para proteger las inversiones realizadas en la investigación son necesarios protegerlo mediante la propiedad intelectual, siendo el más común en estos casos precisamente las patentes.

Si bien se ha dicho que el régimen de patentes incentiva el desarrollo de una economía nacional a través de la creación de más oportunidades de mercado, en el caso específico del patentamiento de formas de vida, éste acarrea aspectos éticos y de orden moral que es perjudicial en la práctica, ya que lo hace es monopolizar en una empresa el control sobre formas de vida animal o vegetal resultante de una intervención de la ingeniería genética, lo que es anti ético poder aceptar que por ejemplo, el pan de cada día sea objeto de un monopolio privado. Por ello se ha dicho que al menos los cultivos alimentarios y aquéllos de principios activos para la elaboración de fármacos, deberían estar por fuera del régimen de patentes, porque esto es una cuestión de seguridad alimentaria y salud pública.

Visto esta situación de los DPI y en especial de las características del régimen de patentes, una interrogante obvia que se nos presenta es: ¿Cómo un sistema de los DPI, establecidos para proteger invenciones de la propiedad

industrial, podrían ser adecuados para proteger el patrimonio intelectual, colectivo e intergeneracional de los pueblos indígenas?

Esfuerzos para encontrar salidas a esta disyuntiva se encuentran abordándose en los organismos gubernamentales e intergubernamentales de la propiedad intelectual ya mencionados, pero en especial dentro del marco del CDB y la OMPI. Así, en el CDB, como se ha dicho, se encuentra en proceso de elaboración unos elementos de lo que se ha denominado un futuro Sistema sui generis para la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas y locales, asociados a los recursos genéticos que de respuesta a los postulados del artículo 8 (j), que dispone la conservación, su preservación, uso sostenible y la distribución equitativa de beneficios por su utilización, e igualmente en la OMPI, se encuentra en proceso el tratamiento similares elementos para un Régimen de protección de los conocimientos tradicionales, para el cual, ya se ha avanzado en la formulación de un proyecto de objetivos y principios para la protección de los conocimientos tradicionales mencionado en el documento WIPO/GRTKF/IC/10/5, así como en un resumen de opciones políticas y mecanismos jurídicos (documento WIPO/GRTKF/IC/9/INF/5).

En estos dos ámbitos, no se descarta que su protección se lo realice también por la vía de los actuales sistemas de los DPI, y básicamente se ha mencionado por ejemplo, que los Derechos de Autor, las Marcas Colectivas y las Denominaciones de Origen, podrían ofrecer una buena oportunidad para la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de los pueblos indígenas. Un aspecto trascendental dentro del ámbito de la OMPI, es el progreso en cuanto al desarrollo de uno de los elementos claves para la protección de los conocimientos tradicionales, como es el derecho consuetudinario, es decir la protección mediante las propias leyes consuetudinarias de los pueblos indígenas.

5.3. CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y LAS DENOMINACIONES DE ORIGEN

Las indicaciones geográficas están siendo consideradas cada vez más como parte de una más amplia medida de política dirigida a proteger y gratificar el conocimiento de la gente indígena. Muchos países consideran que son pocos los instrumentos de propiedad intelectual que son adecuados para proteger el conocimiento tradicional, algunos miran favorablemente a las Indicaciones Geográficas.

Las Indicaciones Geográficas son consideradas relativamente más adecuadas a las prácticas habituales de las comunidades indígenas, por varias razones. El conocimiento permanece en el dominio público, puesto que ninguna institución (empresa o individuo) ejerce un exclusivo control monopólico sobre el conocimiento/información incorporado en la Indicación Geográfica. Los derechos son mantenidos a perpetuidad, mientras la vinculación bien-lugaridad se mantenga y la indicación no se deje genérica. El alcance de la protección es consistente con los derechos culturales y tradicionales, pues las IG son un derecho colectivo “perteneiente” a todos los productores a través de la cadena de abastecimiento que observa los códigos especificados y produce en la región demarcada geográficamente.

5.4. CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y DISEÑOS INDUSTRIALES

Como acaba de mencionarse, varias leyes de propiedad industrial hacen referencia a la posibilidad de reconocer los diseños industriales no sólo en los casos en los que sirvan de tipo o modelo para la fabricación industrial de un producto particular sino cuando sirvan de modelo para fabricar obras de artesanía. Además, puede considerarse que las obras de artesanía o de elaboración artística están comprendidas en la noción más amplia de obras de artes aplicadas o, en la

noción todavía más amplia de obras de arte. En la medida en que las obras de artesanía sean obras de artes aplicadas u obras de arte, pasan a ser objetos de protección por derecho de autor. Ahora bien, ¿en qué medida pueden considerarse obras de arte los diseños industriales destinados a artículos de consumo e industriales de producción masiva? Esa cuestión lleva muchos años sobre el tapete y sigue siendo controvertida. En varios casos se ha respondido afirmativamente a la cuestión. Cabría considerar que los diseños industriales son expresiones artísticas en la medida en que respondan (al menos en parte) a una preocupación estética del diseñador. El trabajo del diseñador, como el de cualquier otro artista, puede considerarse una expresión original de la personalidad del creador.

Sin embargo, aunque se considere una expresión artística, el hecho de que el diseño industrial esté incorporado en la forma de un objeto funcional plantea la necesidad de decidir qué es lo susceptible de protección por propiedad intelectual, el aspecto funcional o el aspecto artístico, o si ambos pueden gozar de protección al mismo tiempo.

5.5. CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y BASES DE DATOS

En los últimos años, los instrumentos y procedimientos para efectuar búsquedas del estado de la técnica han evolucionado vertiginosamente de los formatos en papel a los medios electrónicos. Una nueva generación de examinadores de patentes utiliza Internet como instrumento de grandes capacidades al examinar las solicitudes de patente. No obstante, en el caso de las solicitudes de patente en las que se reivindican invenciones relacionadas con los conocimientos tradicionales, las búsquedas del estado de la técnica en Internet se efectúan actualmente sin utilizar herramientas eficaces para recuperar la documentación relativa a los conocimientos tradicionales que ya está disponible en Internet. Teniendo en cuenta esta situación, la Secretaría ha compilado un repertorio de bases de datos

relativas a los conocimientos tradicionales (véase el Anexo II), con el fin de suministrar una herramienta que puede utilizarse para efectuar búsquedas en línea por parte de los examinadores de patentes.

El repertorio contiene únicamente referencias a bases de datos de conocimientos tradicionales divulgados que forman parte del estado de la técnica en los distintos ámbitos de la tecnología.

En el repertorio figuran estas bases de datos, mientras que no se incluyen datos independientes sobre conocimientos tradicionales. La Secretaría no ha pretendido recopilar o compilar datos relativos a los conocimientos tradicionales.

BASES DE DATOS SOBRE CONOCIMIENTOS TRADICIONALES COMPILADA POR LOS ESTADOS MIEMBROS

Durante muchos años varios Estados miembros han elaborado bases de datos, repertorios o registros de conocimientos tradicionales. En la segunda sesión del Comité, varios miembros del Comité solicitaron conocer las experiencias de los países que ya habían establecido bases de datos sobre conocimientos tradicionales. Teniendo en cuenta esa petición, tres miembros del Comité, a saber, China, la India y Venezuela, se han ofrecido a hacer una demostración de sus bases de datos, íntegra o en parte, al Comité en su tercera sesión a fin de facilitar el estudio de las cuestiones de propiedad intelectual derivadas del establecimiento, gestión y uso de dichas bases de datos y repertorios. Con el fin de facilitar el estudio de estas cuestiones de propiedad intelectual por parte del Comité, la Secretaría ha creado un “Portal de bases de datos sobre conocimientos tradicionales” en el sitio Web de la OMPI, en el que existen hiperenlaces con algunas de las bases de datos objeto de la demostración.

6. MEDIDAS *SUI GENERIS*

Varios países han adaptado sus sistemas de propiedad intelectual en vigor a las necesidades de los titulares de los conocimientos tradicionales mediante medidas sui generis para la protección de esos conocimientos. Estas medidas adoptan diferentes formas. En los Estados Unidos de América, una base de datos de emblemas oficiales de las tribus estadounidenses autóctonas impide a un tercero registrar esos emblemas como marcas. La legislación sobre marcas de Nueva Zelanda ha sido modificada para excluir las marcas que puedan ofender, y esto se aplica especialmente a los símbolos indígenas Maorí. La ley sobre patentes de la India ha sido modificada para tener en cuenta la condición de los conocimientos tradicionales en el derecho de patentes. La Oficina de la Propiedad Intelectual del Estado chino cuenta con un equipo de examinadores de patentes especializados en medicina tradicional china.

UTILIZACIÓN DE LOS DERECHOS EXCLUSIVOS SUI GENERIS

En algunas comunidades y países se ha llegado a la conclusión de que incluso las adaptaciones de los sistemas de derechos de propiedad intelectual en vigor no serían suficientes para dar cuenta del carácter holístico y singular de los conocimientos tradicionales. Esto ha inducido la decisión de proteger los conocimientos tradicionales mediante derechos sui generis. Un sistema de propiedad intelectual pasa a ser sui generis cuando se modifican algunos de sus elementos a fin de tener en cuenta las características especiales de su objeto y las necesidades específicas en materia de política general que indujeron el establecimiento de un sistema distinto.

PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL E INTELECTUAL INDÍGENA, BAJO FORMAS SUI GENERIS DE PROPIEDAD

La alternativa de generar sistemas sui generis de propiedad para proteger el patrimonio cultural e intelectual indígena ha ido tomando cada vez mayor fuerza a

nivel internacional. Sin embargo, no existe demasiada claridad en cuáles deben ser los elementos mínimos de un sistema sui generis⁴⁹.

Entre los factores a considerar para evaluar la pertinencia de un sistema sui generis, Tony Simpson destaca los siguientes elementos:

- Que el modelo propuesto sea realmente aplicable.
- Qué cambios políticos, legales o culturales se requieren para la implementación del modelo.
- Qué partes e individuos necesitan actuar para facilitar la implementación y cumplimiento del modelo.
- Qué recursos de los pueblos indígenas se requieren para lograr implementar el modelo.
- Cómo contribuirá el modelo a la protección práctica de los derechos intelectuales indígenas.
- Cómo mejorará el modelo la evolución de los principios concebidos para otorgar una efectiva protección de los derechos intelectuales indígenas.
- Qué aspectos del modelo pudieran perjudicar a los pueblos indígenas.

Este enfoque también otorga a los pueblos indígenas el derecho de excluir a otros del acceso a sus tierras y recursos y vetar proyectos que no apoyarán. Las opciones de protección varían de acuerdo al objeto específico que se pretenda proteger y a las prioridades nacionales en la materia. Vivas (2002) identifica cuatro grupos básicos de sistemas sui generis:

— Los sistemas amplios: aquellos que cubren no sólo los conocimientos indígenas, sino también otras materias. Un ejemplo es la Ley de Derechos de los Pueblos Indígenas de Filipinas, que incluye derechos a los dominios ancestrales,

⁴⁹ HUENCHUÁN S., «Propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas. Objetos y enfoques de protección», Revista Austral de Ciencias Sociales, Universidad Austral, Valdivia Volumen 8, 2005.

derechos al autogobierno, justicia social y derechos humanos de las sociedades indígenas, entre otros. La ley es ventajosa desde el punto de vista de la integralidad de la protección, no obstante, existen dificultades de aplicación en tanto coherencia de la amplitud de temas que incluye.

— Los sistemas derivados del CDB: aquellos que poseen como objetivo principal la conservación de la biodiversidad y utilizan mecanismos reconocidos por el Convenio. Entre estos se encuentran el Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos de la Comunidad Andina de Naciones y el Proyecto de Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas del Perú.

El Régimen común de acceso a los recursos genéticos de la Comunidad Andina de Naciones —conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela— regula las condiciones de acceso sobre los recursos genéticos. En la disposición transitoria de la Decisión 391 de 1996 se estableció el futuro desarrollo de un régimen especial o una norma de armonización para fortalecer la protección de los conocimientos, innovaciones y práctica tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, incluyendo a los derivados de los recursos genéticos. Asimismo establece que los contratos de acceso deben tomar en cuenta los derechos y los intereses de los proveedores de los recursos genéticos, sus derivados y los componentes intangibles. Se definen estos últimos como, «Todo conocimiento, innovación o práctica individual o colectiva, con valor potencial o real, asociado a los recursos genéticos, a los productos derivados o a los recursos biológicos que los contienen, estén o no protegidos por los regímenes de propiedad intelectual. En caso de que haya un recurso que incluya un componente intangible, la decisión exige la identificación del proveedor del recurso genético y sus derivados, y la incorporación de un anexo al contrato de acceso donde se prevea la distribución equitativa de los beneficios resultantes por el acceso a los elementos anteriores.

— Las opciones sui generis derivadas de la propiedad intelectual: aquellas que fundamentan la protección en la utilización de una o varias figuras o elementos de la propiedad intelectual. Una de las propuestas en esta línea es el Sistemas sui generis de bases de datos.

En la doctrina existen posiciones que afirman que la mejor manera de proteger los conocimientos —dadas sus características, variedad y riqueza— sería a través del establecimiento de bases de datos sui generis. Estas bases de datos se protegerían por el derecho de las bases de datos originales sobre la selección o disposición de sus contenidos. Para su aplicación se requiere, por una parte, la protección de la información no divulgada y, por otra, que existan derechos sobre los conocimientos allí registrados.

— Opciones sui generis sectoriales: están dirigidas a solucionar problemas concretos en sectores donde existe mayor probabilidad de éxito económico y social, o donde se presentan los mayores resultados prácticos del mismo. Un ejemplo de estas iniciativas es la Ley de Panamá sobre Régimen especial de Propiedad Intelectual para los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas. Esta ley se aplica a las invenciones, modelos, dibujos y diseños indígenas, tiene un énfasis particular hacia los contenidos de las imágenes artísticas y las expresiones tradicionales susceptibles de uso comercial a través de un sistema de registro especial. Esta ley crea derechos de propiedad intelectual colectivos y les otorga derechos de exclusión cuando la solicitud sea formulada por pueblos indígenas. Estos derechos se conceden siempre que se cumplan los criterios establecidos en la definición de derechos colectivos indígenas y se registren. La ley crea derechos colectivos y expresiones folclóricas a cargo de un departamento especial de la oficina de propiedad industrial.

7. TIPOS DE REGISTRO DE CONOCIMIENTOS COLECTIVOS

Los pueblos indígenas pueden registrar sus conocimientos tradicionales en tres tipos de registros:

- El primero de ellos es el Registro Nacional Público de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, que contiene los conocimientos colectivos de dichos pueblos, que se encuentren en el dominio público. Este es un registro importante pues se trata de una manera de organizar y clasificar información valiosa, que puede servir de base para el desarrollo de otros conocimientos, y además para que los conocimientos ya obtenidos no se pierdan en el tiempo.
- El segundo registro es el Registro Nacional Confidencial de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, el cual como es obvio contiene una serie de conocimientos que eventualmente pueden generar mayor valor a un producto. Este registro no puede ser consultado por terceros (art. 18 de la Ley).
- El tercer registro lo constituyen los Registros Locales de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas. El artículo 24 de la ley establece que los pueblos indígenas podrán organizar Registros Locales de Conocimientos Colectivos, de conformidad con sus usos y costumbres. El INDECOPI prestará asistencia técnica para la organización de estos registros, a solicitud de los pueblos indígenas.

NUEVO RÉGIMEN INTERNACIONAL DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

Los Derechos de Propiedad Intelectual (DPI) adquirieron una inusitada centralidad en la nueva economía global, donde predomina el factor conocimiento, las dimensiones simbólicas, la información y las biotecnologías. Este cambio se tradujo en presiones políticas y comerciales de las corporaciones transnacionales

—principalmente de la industria farmacéutica, bio-tecnológica, informática y de industria cultural— en dos direcciones complementarias:

- a) Establecer sistemas de protección mundial que blinden la seguridad jurídica de los titulares de patentes, marcas, copyright, etc. en los distintos territorios nacionales y regionales. Es el régimen internacional de Propiedad Intelectual.
- b) Establecer regímenes internacionales que faciliten y legalicen la apropiación de recursos biológicos del sur, incluidos los recursos genéticos, bioquímicos de los territorios indígenas y sus conocimientos tradicionales asociados. Son el régimen de «acceso a recursos genéticos» y el mercado de «servicios ambientales».

Tales regímenes —de tipo comercial y ambiental— llevan más de dos décadas de elaboración, se materializan a través de una diversidad de tratados y convenciones en curso bajo el liderazgo de los países del norte. Los nuevos marcos regulatorios de los DPI y de comercialización y apropiación de la biodiversidad, han profundizado antiguas desprotecciones de los derechos indígenas sobre diversos componentes del patrimonio cultural. La vieja práctica colonial de apropiación y saqueo del patrimonio cultural indígena —tradiciones orales, diseños, iconografía, arqueología ancestral, arquitectura, artes, tecnologías, música, lugares, topónimos, idiomas, etc. — adquiere hoy una nueva dimensión, en tiempos de economía simbólica. La biodiversidad indígena ha adquirido nuevo valor como mercancía y es susceptible de diversos modos de apropiación. Las nuevas regulaciones de DPI exponen al conjunto del patrimonio de los pueblos indígenas a inéditas y radicales prácticas de fragmentación y usurpación a manos de terceros, ya sea como patentes, marcas, derechos de autor, indicaciones geográficas, nombres de dominio. Y los nuevos regímenes ambientales crean nuevos mercados y regulaciones tales como los «servicios

ambientales», el acceso a recursos genéticos y bioquímicas y a los conocimientos asociados a la biodiversidad de los territorios indígenas.

Es necesario prestar atención a los escenarios y debates del régimen de los DPI, acceso y comercio de la biodiversidad y servicios ambientales, no sólo para advertir los riesgos y contener la desposesión, sino también para reclamar y defender derechos colectivos, el control y protección del patrimonio cultural e intelectual y la soberanía sobre los territorios de los pueblos indígenas.

LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO FORMA ESPECIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD

En el pensamiento jurídico occidental, la propiedad intelectual es un tipo especial de propiedad que expresa la capacidad de dominio sobre ciertos bienes de carácter creativo tales como invenciones, obras literarias y artísticas, símbolos, nombres, imágenes, dibujos y modelos utilizados en el comercio.

La «propiedad intelectual» confiere a su titular derecho de exclusividad para proteger sus activos inmateriales frente a todos. Desde este punto de vista, la «propiedad intelectual» comparte muchas de las características de la propiedad material y personal. Por ejemplo, es un activo y como tal, se puede comprar, vender, ceder bajo licencia, intercambiar o entregar gratuitamente, como cualquier otra forma de propiedad; y el titular de la propiedad intelectual tiene derecho de impedir la venta o el uso no autorizado de la misma. La protección y regulación de los Derechos de Propiedad Intelectual es, desde fines del siglo XIX los países han negociado acuerdos internacionales vinculantes que abordan varios tipos de propiedad, dando forma a un régimen internacional de DPI.

A lo largo del siglo XX los convenios más importantes fueron el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883) y el Convenio de Berna para la Protección de la Obras Literarias o Artísticas (1886). Pese a su antigüedad,

hacia 1960 sólo seis países de América Latina se habían adherido al Convenio de París, y sólo uno al de Berna. Tales convenios, con sucesivas enmiendas, son administrados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), organismo especializado de Naciones Unidas, cuyo mandato es fomentar la protección de la propiedad intelectual en el mundo.

Por otro lado, en 1961 un conjunto de países suscribieron el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, que crea a la Unión Internacional para la Protección de Variedades Vegetales (UPOV)⁵⁰.

UN SISTEMA GLOBAL Y MULTIESCALAR DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL COMO PARTE DEL RÉGIMEN MUNDIAL DE COMERCIO

Desde la década de los años ochentas del siglo XX, bajo el impulso de los países desarrollados y las corporaciones transnacionales, se ha ido moldeando un nuevo sistema global de derechos de propiedad intelectual (DPI) como una de las piezas claves del régimen internacional de comercio. Rasgos distintivos de la construcción de este nuevo sistema son el incremento sucesivo de los niveles de protección de los DPI, la ampliación creciente de las materias que comprende, la tendencia a su globalización, su estrecho vínculo con las regulaciones de inversiones y la lógica multiescalar y simultánea de negociación y regulación.

La lógica multiescalar y sincrónica ha descolocado a los críticos del régimen internacional de comercio, que habían focalizado las objeciones en la OMC y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual

⁵⁰ El Convenio entró en vigencia en 1968. A escala mundial la UPOV (Unión Internacional para la Protección de Variedades Vegetales) es la instancia que actúa como eje de decisiones, debates e ideas alrededor de la cual gira gran parte de la discusión y legislación en materia de protección de obtenciones vegetales. La UPOV es una unión de países que comparten una legislación armonizada de protección de variedades vegetales, en cuyo seno se redactan las denominadas Actas que rigen los contenidos de las legislaciones nacionales de los Estados miembros. La primera de ellas data de 1961, mientras que en marzo de 1991 se adoptó la última. Cf. RAPELA M. Derechos de propiedad intelectual en vegetales superiores Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, 2000. pp. 25-30.

Relacionados con el Comercio (en adelante ADPIC). Tardíamente han venido a constatar que a través de tratados bilaterales se configuraban regulaciones superiores a los ADPIC. Por su parte, los actores corporativos y gobiernos de países del norte, no tienen dificultad para desenvolverse en esa lógica, brincar regímenes, y saltar entre escenarios multilaterales, regionales y bilaterales, en pos de un mismo programa: un sistema global de patentes.

Es necesario entender esta multiescalaridad, e incesante reconfiguración de instituciones, como una característica del proceso de globalización económica.

Como indica Brenner, no estamos sólo ante la expansión físico-geográfica del capitalismo, sino frente a la transformación de los espacios sociales y políticos en los que se asienta, ante una contradictoria reconfiguración del espacio social que acaece simultáneamente en múltiples escalas geográficas, que no son ni autosuficientes, ni estancas, ni recíprocamente excluyentes.

La multiescalaridad de la construcción de este sistema se expresa en tres niveles: el Acuerdo ADPIC de la OMC, los Tratados OMPI y UPOV; los Acuerdos Regionales de Comercio; los Tratados Bilaterales de Inversión. Tal sistema se expresa localmente en leyes nacionales, que son su corolario. En paralelo a este sistema de DPI forjado en el régimen internacional de comercio, se ha ido gestando en el régimen internacional ambiental, una regulación de acceso a los recursos genéticos y Conocimientos Tradicionales.

EL REGISTRO DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES EN BOLIVIA

Ante la interrogante de quién debe negociar, el Estado, la comunidad aborígen, ambos, hasta cierto punto unos, hasta qué punto otros, existen varias posibles soluciones.

La primera consiste en afirmar que es el Estado el que se encargara de las relaciones con las personas que deseen obtener el conocimiento tradicional de algún pueblo. Esto, si bien no implica una completa disociación, entre las comunidades y el Estado, hace más difícil tener presente de manera permanente la opinión de los pueblos.

Otra opción consistiría en que las comunidades aborígenes negocien y dispongan ellos mismos sus conocimientos con los terceros. Si bien esta opción ofrece la ventaja, en principio, de un fiel reflejo de la voluntad de estas comunidades, ésta puede verse distorsionada por la falta de información y posibles abusos que puedan sufrir estos grupos frente a inmensos capitales.

El establecimiento de un órgano de control y aplicación de las cuestiones que versen sobre biodiversidad y conocimiento tradicional que sea el intermediario entre los pueblos aborígenes y las personas que quieran adquirir sus conocimientos sería una opción intermedia entre las dos anteriores. Esta tarea implica no solo la negociación sino además un completo asesoramiento a los pueblos de los beneficios y desventajas que traerá aparejada la negociación, información completa, clara y detallada, defensa de sus intereses, de manera de tener un diálogo fluido y permanente con los pueblos aborígenes.

El papel de este órgano sería el de mediador entre los pueblos, el estado y la sociedad en general, promoviendo un mayor interés por la defensa y respeto del conocimiento tradicional dando origen, a su vez, a presiones políticas que estimulen al gobierno a actuar.

RECURSOS NEGOCIABLES

La decisión de cuáles son los recursos y conocimientos que el pueblo aborígen está dispuesto a participar y cuales, por razones religiosas, culturales, morales, artísticas, entre otras, no, compete exclusivamente a estas comunidades

y su autodeterminación constituye un pilar fundamental en el que se sustenta el deber de los Estados en tomar medidas activas para respetar, preservar y mantener los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales; a promover un uso más amplio del conocimiento tradicional relevante para la conservación y el uso sustentable de la diversidad biológica. Ya sea para negociar, defender, proteger, etc., los conocimientos que son de los pueblos indígenas y originarios en este caso relacionado a los recursos genéticos, se necesita crear mecanismos que demuestren ante la comunidad internacional que éstos son verdaderamente de las comunidades indígenas, por ello se hace necesario el implementar inicialmente mecanismos de registro cualquiera que sea la finalidad que persiga en este caso el Estado y/o el pueblo indígena.

En caso de aplicar la presente propuesta, es decir el registro de los conocimientos tradicionales se debe tomar en cuenta que es una de las herramientas más sugeridas para agilizar el proceso de negociación y protección de los conocimientos tradicionales en donde se especifica, entre otras cosas, cuales quedan excluidos del comercio. Este registro sería llevado a cabo luego de un inventario realizado por los propios pueblos, de acuerdo a la reglamentación del órgano de control, quedando a su cargo su mantenimiento y actualización. La inscripción, a su vez, serviría como prueba en caso de ser necesario. Todo lo anteriormente mencionado será posible siempre y cuando se realice un proceso de consulta en el que los pueblos indígenas conozcan el tema en discusión y propongan su punto de vista en relación al mismo. La inscripción permitirá además, determinar en el Registro el indicador o indicadores del conocimiento sobre la que recae el derecho patrimonial intelectual. Con carácter general el derecho de propiedad supone una obligación de abstención a cargo de los demás miembros de la sociedad en cuanto a la

realización de determinados actos con estos conocimientos de los pueblos indígenas y originarios.

Si bien hoy en día, se da un uso extensivo de los conocimientos tradicionales, el mismo hace imposible el perseguir a los infractores pero a través de un buen registro del conocimiento esta puede ser respaldada por la sociedad.

Cuando el pueblo indígena esté interesado en perseguir a quienes apliquen ese conocimiento tradicional con desprecio de su fuente, pueden consolidar esa facultad persecutoria con el registro.

Si bien el registro se asocia con facilitar la evaluación del estado de la técnica por las oficinas de propiedad intelectual, en el caso de Bolivia puede ser empleada de diferentes formas, por ejemplo: contar con un mapeo de los recursos genéticos favorecería al gobierno para promover la medicina tradicional. Hay diferencias en la manera en la que estos registros son creados. Mientras que unos consideran la creación de registros nacionales, otros claman por la creación de registros comunales. La creación de estos registros en sí misma no constituye una publicación del conocimiento y por tanto tampoco un agotamiento de los derechos de propiedad intelectual, lo que dependerá de la manera en que se maneje el registro.

Si bien la creación de un registro parece ser la manera más ordenada y eficaz para la protección y/o defensa del conocimiento tradicional, se topa con el grave inconveniente de aspirar a asentar toda una cultura en un registro. El proceso de registro requiere por lo tanto, un largo transcurso de tiempo para su confección, de manera de realizarlo lo más exhaustivamente posible.

Habiendo detallado anteriormente las características con las que cuenta Bolivia como país megadiverso, y en caso de que Bolivia adoptara el registro como paso inicial para defender sus conocimientos tradicionales, el presente trabajo

plantea los siguientes aspectos con los que dicho registro debería contar para su mejor aplicación y uso:

- Deben ser elaborados en la lengua nativa de cada pueblo y/o comunidad indígena.
- Realizar una clasificación de acuerdo al tipo de conocimiento y a la decisión de hacer de dominio público o no un determinado conocimiento tradicional de parte del pueblo indígena.
- Que la entidad encargada del registro sea fiel encargada de hacer cumplir los derechos de los pueblos indígenas en cuanto a sus conocimientos tradicionales.

En el caso de que los pueblos indígenas quieran dar a conocer sus conocimientos a través de la publicación, se debe advertir a estos, que en un primer momento este puede contribuir a una diseminación más amplia del conocimiento; sin embargo, las publicaciones defensivas agotan los Derechos de Propiedad Intelectual y privan al proveedor del conocimiento de cualesquier beneficio que pudieran obtenerse del valor agregado del conocimiento publicado. Esta sería una estrategia positiva si el objetivo general fuese evitar la apropiación ilícita o indebida del conocimiento, pero no evitaría el uso de esa información como la base para ulteriores desarrollos que se diferenciaran del conocimiento original y produjeran nuevas patentes.

CAPÍTULO VI

ELEMENTOS DE CONCLUSIÓN

1. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Las tendencias en la negociación internacional llevan a pensar que, en un futuro notan lejano, es posible que se inicie la construcción de un régimen internacional (sui ge-neris) para la protección legal de los conocimientos tradicionales. Parece evidente que los instrumentos actuales de la propiedad intelectual tales como las patentes, derechos de obtentor, derechos de autor y otros, no resultan, al menos en su estado actual, los más adecuados para garantizar que los intereses y derechos indígenas sean adecuadamente representados y protegidos.

Lo anterior explica la necesidad de desarrollar y crear nuevas fórmulas jurídicas e institucionales que, ciertamente, podrían fundamentarse en principios e instrumentos ya existentes. La Ley 27811 del Perú por ejemplo, refleja cómo se pueden articular diferentes instrumentos de la propiedad intelectual (y otros) para elaborar un régimen sui gene-ris de protección (cuando menos para el ámbito nacional). Varios otros países se encuentran también evaluando fórmulas para el establecimiento de sistemas legales para la protección de los conocimientos tradicionales. Cabe recordar que a nivel del derecho comunitario de la CAN constituye un mandato el establecimiento de un régimen común andino para la protección de los conocimientos tradicionales.

Los pueblos indígenas se ven enfrentados a nuevas amenazas a sus derechos y soberanía permanente sobre sus territorios y recursos. En la práctica, los estados por la vía de los regímenes comerciales y ambientales, van inclinando la discusión y cerrando los espacios de opciones de protección, al incluir en los TLC y Acuerdos Comerciales regulaciones relativas a los Conocimientos Tradicionales, biodiversidad y acceso a recursos genéticos. Todos esos mecanismos tienden a

incluir los Conocimientos Tradicionales y el patrimonio cultural y ambiental indígena bajo regímenes propietarios. Ello ha implicado, al igual que en materia de derechos indígenas a la tierra, que el campo de opciones para los pueblos indígenas se reduzca cada vez más, y se busca entonces reivindicar derechos propietarios colectivos sobre el patrimonio cultural e intelectual de los pueblos indígenas.

Como constata Tony Simpson, la evidencia indica que, «los pueblos indígenas se están volcando a la ley de propiedad intelectual para proteger su conocimiento, estilos tradicionales, patrimonio cultural y recursos biológicos; y que el uso de los pueblos indígenas de la ley no implica necesariamente su apoyo a estos mecanismos, sino más bien, es un resultado del hecho de que existe una creciente presión internacional sobre los Estados para que implementen una legislación nacional que garantice los derechos de propiedad intelectual y existen pocos intentos de parte de éstos de explorar mecanismos legales alternativos para proteger adecuadamente la propiedad cultural e intelectual indígena»⁵¹.

Esta reivindicación de «derechos propietarios intelectuales indígenas» no debiera ser sorprendente si se considera la antigua estrategia de los pueblos indígenas de amparar sus derechos soberanos sobre sus tierras, recursos y territorios bajo instituciones jurídicas de propiedad. Tales derechos propietarios sui generis han sido reconocidos en el derecho internacional. Sin embargo, el desafío de defender los derechos intelectuales de los pueblos indígenas, su patrimonio cultural, es cómo evitar la mera aplicación de las instituciones de los DPI oficiales. Elaborar y promover tipos sui generis de propiedad: colectiva, inalienable, indivisible, inembargable, imprescriptible, aplicando el bagaje de principios y experiencias desarrolladas en la defensa de tierras y recursos. En el entendido de que se trata de resguardar derechos soberanos. Ello pasa por destacar la centralidad del

⁵¹SIMPSON T., Patrimonio Indígena y Autodeterminación, IWGIA, Copenhague, 1997.

principio de la soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos, un asunto crucial de la autodeterminación de los pueblos indígenas.

Para muchos países desarrollados el sistema mediante el cual debiera ser reconocido y garantizado el ejercicio del conocimiento tradicional relacionado a los recursos genéticos es el de los “Derechos de Propiedad Intelectual” (DPI) el sistema de patentes en particular, por otro lado queda muy claro sobre todo para los países en desarrollo que las diferentes categorías de los “DPI”, como el Derecho de Autor, el Sistema de Patentes y los Derechos de Obtentores de Variedades Vegetales, no constituyen las vías adecuadas para la protección de tales conocimientos y prácticas de las comunidades.

Los problemas que sobresalen de las discusiones sobre registros de los conocimientos tradicionales son: País de origen de los recursos, comunidad, conocimiento separado del recurso biológico, titular del conocimiento, dificultad de prever una legislación unificadora, etc., si bien los mismos no han obtenido respuestas a nivel internacional, es hora de responder las mismas pero a nivel nacional. Los conocimientos tradicionales deben ser protegidos y/o defendidos por cuestiones de equidad, de conservación de la cultura y las prácticas tradicionales y para prevenir la apropiación por terceros no autorizados, para la promoción de su empleo y su relevancia para el desarrollo.

Países desarrollados y en desarrollo, han propuesto y asumido un sin fin de mecanismos para la compensación y protección de los Conocimientos tradicionales, ante ello Bolivia como país megadiverso, no ha diseñado ningún mecanismo consensuado con los actores directos de la misma ya sea para proteger y/o defender estos conocimientos.

La legislación boliviana vigente reconoce a los pueblos indígenas, pero no se refiere a la protección y/o defensa de sus conocimientos tradicionales, existiendo

un vacío legal en cuanto al procedimiento mediante el cual éste va a ser protegido, defendido, adquirido o explotado por personas físicas o jurídicas, sean éstas nacionales o extranjeras, ello justifica la necesidad de contar con un mecanismo que se adecue a la realidad boliviana, como el REGISTRO del conocimiento tradicional.

Si los pueblos indígenas deciden REGISTRAR sus conocimientos y el gobierno apoya esta decisión, para llevar a cabo dicha tarea se propone establecer un órgano de control y aplicación de las cuestiones que versen sobre biodiversidad y conocimiento tradicional. Esto implica desde el registro hasta la negociación, además un completo asesoramiento a los pueblos de los beneficios y desventajas que traerá aparejada la negociación, información completa, clara y detallada, defensa de sus intereses, de manera de tener un diálogo fluido y permanente con los pueblos indígenas, el papel de esta institución sería el de mediadora entre los pueblos, el estado y la sociedad en general, promoviendo un mayor interés por la defensa y respeto del conocimiento tradicional dando origen, a su vez, a presiones políticas que estimulen al gobierno a actuar.

La decisión de cuáles son los recursos y conocimientos que el pueblo indígena está dispuesto a participar y cuales por razones religiosas, culturales, morales, artísticas, entre otras, no, compete exclusivamente a las comunidades, para ello se propone en una primera instancia llevar a cabo un inventario realizado por los propios pueblos de acuerdo a la reglamentación del órgano de control, quedando a su cargo su mantenimiento y actualización. La inscripción, a su vez, serviría como prueba en caso de ser necesario. La creación de un registro parece ser la manera más ordenada y eficaz para la protección y/o defensa del conocimiento tradicional, se topa con el grave inconveniente de aspirar a asentar toda una cultura en un registro. El proceso de registro requiere por lo tanto, un

largo transcurso de tiempo para su confección, de manera de realizarlo lo más exhaustivamente posible.

RECOMENDACIONES

- Estableciendo márgenes libres de participación en los cuales los países miembros no sean objetos de represalias de ninguna índole por otros países miembros debido a falta de una protección mayor, de manera que no se incurra en violación de dicho acuerdo ni en sus soberanías.
- Otorgar una protección a la posteridad para los casos de Conocimientos Tradicionales relacionados a la Medicina Tradicional de las Comunidades Indígenas.
- Promover el incentivo a todas las comunidades sobre los avances de este grandioso conocimiento a una escala global, con el consentimiento previo, a través de campañas de concientización permanentes, auspiciadas por entes públicos y privados.
- Desarrollar modelos empresariales basados en patentes obtenidas del desarrollo endógeno de las comunidades, de esta manera se logra el incentivo de empresas que explotan invenciones originadas del intelecto de las comunas protegidas por un Sistema sui generis.
- Fortalecer a todos los organismos destinados a la Propiedad Intelectual (SAPI), a los fines de tener un ente que respalde y asesore en todas las instancias todo lo concerniente a esta materia, así como también establecer lazos de alianza entre los demás organismos en los que se pudiera vincular una relación indirecta entre sus objetivos (Por ejemplo: SAPI-SACS-INDEPABIS), que garantizaran una mayor y mejor protección de los Derechos de Propiedad Intelectual, ya que ambos son compatibles con la investigación y desarrollo de

nuevos productos a partir de la vida, siempre que se respeten la dignidad de las personas y se tomen en consideración las necesidades de los países en desarrollo. Sin mencionar que podrá dar incentivos a las empresas, tanto públicas como privadas, para la investigación y desarrollo de nuevos productos a partir de la vida, siempre que se respeten la dignidad de las personas y se tomen en consideración las necesidades de los países en desarrollo.

- Incorporar en las Universidades del país la carrera profesional de “Medicina Tradicional”, y sus diferentes especialidades.
- Los regímenes de protección de la Propiedad Intelectual deben revestir un Carácter Social de manera que estén a la altura de todos los países en vía de Desarrollo bajo el “Principio de Trato Diferencial⁵²”.
- Instituciones como el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI) de Bolivia, deben tomar el presente trabajo de investigación como referencia para plantear la necesidad de contar con un mecanismo de defensa y/o protección del conocimiento tradicional de los pueblos indígenas.
- Ampliar el presente trabajo de investigación, debido a que en ella solo se considera el conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos y no así los otros tipos de conocimiento o expresiones culturales, folclóricas, etc. de Bolivia.
- Facilitar la información contenida en este documento, a los pueblos indígenas, a través de los medios de comunicación: televisión, radio, prensa escrita, volantes, afiches, de manera que la información llegue a los directos involucrados que desconocen el tema.

⁵² El Principio de Trato Diferencial actúa como antónimo del Principio de Trato Nacional, ya que toma en cuenta las diferencias, de cualquier índole, que tienen los países en vía de desarrollo y en base a esas diferencias, se toman las consideraciones al suscribir convenios internacionales.

- Realizar un estudio sobre el impacto y la importancia de tomar en cuenta el tema de los “conocimientos tradicionales”, en la elaboración de la Nueva Constitución Política del Estado Boliviano y las normas sobre Biodiversidad.

BIBLIOGRAFÍA.

- DICCIONARIO NUEVO LAROUSSE BASICO
- INTEGRANDO LA SALUD PÚBLICA EN LA LEGISLACIÓN SOBRE PATENTES DE LOS PAÍSES EN DESARROLLO. Carlos Correa, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
- Dra. Fe Bosch Valdés. Profesora Principal de la Cátedra de Medicina Tradicional y Naturalista. Instituto Superior de Ciencias Médicas de La Habana.
- Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad intelectual para su Comercialización (ADPIC)
- “Biodiversidad, Desarrollo Sustentable y Militarización”, Gian Carlo Delgado.
- Editorial PLAZA JANES – México. 1era Edición 2002, Pág. 315. Pág. 10-150. De esta se va a obtener información acerca de las incursiones de las empresas
- transnacionales en los países megadiversos de América.
- Convenio de la Diversidad Biológica – CDB, 1992 Art. 2, 8j.
- Convenio 169 OIT - Sobre Pueblos Indígenas y tribales en países independientes
- Constitución Política del Estado Boliviano, 2004
- Decisión 486 de la Propiedad Industrial de la Comunidad Andina
- Decisión 391. Régimen común sobre acceso a los recursos genéticos. La Comisión
- del Acuerdo de Cartagena. 1996..
- “La Propiedad Intelectual”, Carlos ViñamataParchkes. Editorial TRILLAS – México.
- 3era Edición 2005. Pág. 511. Pág. 455 – 482. Se recabará información acerca de
- variedades vegetales, biotecnología y microorganismos.
- “La Amenaza Biológica”. Gian Carlo Delgado. Editorial Plaza Janes – México. 1era
- Edición 2002. Pág. 31 – 225.
- Ley 27.811 del 2002 sobre Conocimientos Tradicionales – Perú

- Ley 20 de Régimen Especial de Propiedad Intelectual sobre Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas – Panamá 15/05/2000.
- Ley de la Participación Popular 1551, 1994
- L.Glowka. 1996. Guía del Convenio sobre la Diversidad Biológica.
- LOS DERECHOS INDIGENAS Y LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL. Dr. Javier Ernesto Muñoz Pereyra Coordinador Nacional, Servicio de Asistencia Jurídica a Pueblos Indígenas y Originarios. Viceministerio de Asuntos Indígenas y Pueblos Originarios. Bolivia – 2002.
- Medida Provisoria 2126 / 2001 sobre el Acceso a la Biodiversidad – Brasil
- “Manual de los Derechos Intelectuales”. Fernando Fuentes. Editorial MELVIN C.A. – Venezuela. Edición 2006. Pág. 317. Pág.- 51-61.
- “Perspectivas de América Latina y el Caribe”. Grethel Aguilar, México. Edición 2001.
- Roberto Hernández Sampieri, Carlos Fernández Collado, Pilar Baptista Lucio, “Metodología de la Investigación”, Colombia (1996)
- BRAVO, E., (ed) 1996. Acción Ecológica , Biodiversidad y derechos de los pueblos, Amazonía por la Vida, Quito, Ecuador.
- BRAVO, E., 1997. “Etnobotánica, derechos de propiedad intelectual y biodiversidad”, En: Monserrat Ríos y Henrik Pedersen (eds).
- BRUSH, B.; Stabinsky, D., 1996. Valuing Local Knowledge [La valoración de los conocimientos locales], Island Press, Washington D.C.
- CALLE, R., 1999. “El conocimiento tradicional y la propiedad intelectual”, Documento preparado para el taller “Estrategia de fomento al uso sostenible de los recursos biológicos para el logro de los principios del Convenio de Diversidad Biológica y el desarrollo”, Villa de Leyva, marzo.
- CLAD, J., 1984. Conservation and indigenous peoples: a study of convergent interests [La conservación y los pueblos indígenas: un estudio de intereses convergentes], Cultural Survival Quarterly , No. 8.

- COOMBE, R., 1998. Cultural life of intellectual properties: authorship, appropriation, and the law [La vida cultural de las propiedades intelectuales; autoría, apropiación y legislación], Durham, NC: Duke University Press.
- CRAGG, G., M.; Boyd, M. Grever, y S. Schepartz 1994. “ Policies for International Collaboration and Compensation in Drug Discovery and Development at the United States National Cancer Institute, The NCI Letter of Collection” [Las políticas de colaboración internacional y la compensación en el descubrimiento y el desarrollo de fármacos en el Instituto Nacional del Cáncer, de Estados Unidos; Carta de recolección del NCI], En: T. Greaves (ed) 1994.
- DAES, E-I., 1993. “Discrimination Against Indigenous Peoples” [La discriminación contra los pueblos indígenas], Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1993/28, Nueva York.
- DASGUPTA, P.; DAVID, P., 1987. “Information Disclosure and the Economics of Science and Technology” [La revelación de la información y la economía de la ciencia y la tecnología], En: G.R. Feiwel, ed. Arrow and the Ascent of Modern Economic Theory, Nueva York, NY University Press.
- GREAVES, T. (ed), 1994. Intellectual Property Rights for Indigenous Peoples – A Source Book [Los derechos de propiedad intelectual para los pueblos indígenas: libro básico], The Society for Applied Anthropology, Oklahoma City, USA.
- JACANAMIJOY, A., 1998. “Iniciativas para la protección de los derechos de los titulares del conocimiento tradicional, las poblaciones indígenas y las comunidades locales”. Documento preparado por Coica para la Mesa Redonda sobre Propiedad Intelectual y Pueblos Indígenas de la OMPI, Ginebra, julio 23 y 24 Dcto OMPI/INDIP/RT/98/4E.

Páginas Web:

- <http://es.wikipedia.org/wiki>
- http://es.wikipedia.org/wiki/Propiedad_intelectual
- http://es.wikipedia.org/wiki/Sui_generis

- <http://www.biopirateria.org/>
- <http://aenea.entodaspartes.net/?s=biopirateria>