
Conocimientos Tradicionales, Biodiversidad y Derechos de Propiedad Intelectual – Patentes

Rodrigo de la Cruz*

1. Los Conocimientos Tradicionales

Hay varias aproximaciones hacia una definición de lo que son los conocimientos tradicionales, más sin embargo, no existe y no podría haber una sola que aglutine con uno solo frente a un tema tan complicado y más aún cuando los propios pueblos indígenas titulares de esos conocimientos son tan diversos culturalmente. Al respecto, un concepto que adoptó el Grupo Indígena Regional sobre Biodiversidad de la Comunidad Andina (CAN), con miras a una futura Decisión para la protección a los conocimientos ancestrales, fue el siguiente:

«Los conocimientos tradicionales son todas aquellas sabidurías ancestrales y conocimientos colectivos e integrales que poseen los pueblos indígenas, afroamericanos y comunidades locales, fundamentados en la praxis milenaria y su proceso de interacción hombre-naturaleza,

y transmitidos de generación en generación, habitualmente, de manera oral¹».

Visto este concepto, podemos decir que estos conocimientos no solo se asocian con la biodiversidad, sino con las prácticas culturales en general, como los cantos, los rituales, las danzas, las artesanías, los tejidos y la clasificación de semillas, entre otros. Dada esta riqueza, también los intereses externos aumentan, principalmente desde la bio-industria, con fines médicos, alimenticios, agroquímicos y cosméticos.

Igualmente, dentro del marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), las partes y gobiernos del Convenio acordaron que, en la medida de lo posible y según proceda, *con arreglo a su legislación nacional, respetarán, preservarán y mantendrán los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para*

* Pueblo indígena Kichwa/Kayambi (provincia de Imbabura, República del Ecuador). Candidato a magíster en Derechos de Propiedad Intelectual en la Universidad de las Américas (UDLA), 2010. Especialista en regulaciones sobre acceso a los recursos genéticos, propiedad intelectual y conocimientos tradicionales para la Comunidad Andina (CAN), el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

¹ CAN/CAF. Elementos para la protección *sui generis* de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena. Caracas, mayo de 2005.

la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica; y promoverán su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentarán que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente².

Del mismo modo, dentro del seno del Comité Intergubernamental sobre Recursos Genéticos y Propiedad Intelectual y Conocimientos Tradicionales y Folclor (IGC, por sus siglas en inglés) de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI³), se ha tratado el tema de los conocimientos tradicionales de manera más amplia e integral, incluyendo su asociación con los recursos genéticos y con las expresiones culturales tradicionales. En este sentido, el enfoque de esta discusión se ha sustentado en considerar que los Conocimientos Tradicionales son importantes desde un punto de vista cultural, intelectual y espiritual para las comunidades que los crean, ejercen, mantienen y velan por preservarlos como sistemas de conocimientos. De acuerdo con esto, se ha admitido que son prácticas que:

- se generan, conservan y transmi-

ten en un contexto tradicional; se asocian claramente a la cultura o a una comunidad tradicional o indígena que los conserva y los trasmite de una generación a otra;

- están vinculados a una comunidad local o indígena que se considera como custodio o depositaria de esos conocimientos, y asume la responsabilidad cultural al respecto; es decir, la obligación de preservar esos conocimientos, consciente de que la apropiación indebida, o el uso degradante de esos conocimientos, sería perjudicial u ofensivo; esta relación puede expresarse de manera formal o informal en el Derecho consuetudinario o en la práctica;

- tienen su origen en una actividad intelectual en distintos ámbitos: social, cultural, ambiental y tecnológico; y,

- son reconocidos por la comunidad de origen como conocimientos tradicionales⁴.

Dentro del mismo ámbito de la CAN, la Decisión 391 sobre Acceso a los Recursos Genéticos (julio de 1996), en el Capítulo II, del Reconocimiento de los Conocimientos, Innovaciones y Prácticas Tradicionales, se menciona en el artículo 7,

2 PNUMA. Cumbre de la Tierra, Río de Janeiro – Brasil, 1992. Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), Art. 8(j).

3 La OMPI (WIPO, sigla en inglés) es un organismo especializado de Naciones Unidas (desde 1974), cuyo mandato es desarrollar un sistema internacional de protección de la propiedad intelectual, mediante la cooperación con los Estados y la colaboración con otros organismos internacionales. Administra los convenios acerca de la propiedad intelectual. Se fundó en 1967 y tiene su sede en Ginebra. Véase, para mayor información, la página: www.wipo.org

4 Véanse los documentos WIPO/GRTKF/IC/5/8 (párrafo 69) y WIPO/GRTKF/IC/5/12

que los Países Miembros, en conformidad con esta Decisión y su legislación nacional complementaria, reconocen y valoran los derechos y la facultad de decidir para las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociadas a los recursos genéticos y sus productos derivados. Y, de hecho, la propia Decisión 391, en la 8va Disposición Transitoria, estableció que la CAN elaborará, dentro de los tres meses posteriores a la presentación de los estudios nacionales por los Países Miembros, una propuesta para establecer un régimen especial o una norma de armonización, según corresponda, que esté orientada a fortalecer la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la presente Decisión, el Convenio 169 de la OIT y el CDB⁵.

Por lo visto, y debido a la importancia de estos conocimientos, hay varios organismos internacionales que se encuentran abordando el tema, como los siguientes:

- En el CDB Grupos de Trabajo sobre el Art. 8J y de Acceso a los Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios.
- En el IGC de la OMPI, por la identificación de los mecanismos de protección legal de los conocimientos tradicionales relacionados con los derechos de propiedad intelectual.
- El Foro Intergubernamental de Bosques de las Naciones Unidas, por su vinculación estrecha entre conocimientos tradicionales y la conservación y uso sostenible de los bosques de todo tipo.
- La Comisión de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés), por la búsqueda de alternativas de comercio relacionados con los recursos de la biodiversidad.
- La Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), por su vinculación estrecha de los conocimientos tradicionales asociados con los recursos fitogenéticos, útiles para la alimentación y la agricultura.
- La Organización de las Naciones para la Educación, la Ciencia y Cultura (UNESCO), por su relación con las cuestiones culturales y el folclore.
- La propia Naciones Unidas, con la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

⁵ A la presente fecha (octubre/08), la CAN aún no cuenta con una normativa regional andina de Protección a los Conocimientos, Innovaciones y Prácticas Tradicionales de las Comunidades Indígenas, Afroamericanas y Locales, pero al menos ya dispone con una propuesta de Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena (Caracas, mayo/05).

(septiembre de 2007), porque ha relacionado el conocimiento tradicional con los derechos humanos y la libre determinación de los pueblos indígenas (Art. 31).⁶

- El Proyecto de Declaración de la Organización de Estados Americanos (OEA) sobre Derechos Indígenas, por la misma razón de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos Indígenas.
- La Comunidad Andina (CAN), por la falta de medidas para la protección de los conocimientos tradicionales y prevenir la biopiratería en los países andinos.

De estos organismos, el CDB, el IGC de la OMPI y la CAN, son los que directamente han recibido el mandato de desarrollar el tema de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, con miras a trabajar en políticas y marcos de regulación sobre el acceso a los conocimientos tradicionales, llegando inclusive al desarrollo de un Sistema *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales en el ámbito nacional, regional e internacional, por un lado, asociados a los recursos genéticos, y por otro, con respecto a las prácticas culturales y

expresiones del folclor, aunque bajo esta especificación sobre todo el esfuerzo le corresponde a la OMPI.

En cualquier caso, para que esto se haga efectivo, las partes y los gobiernos se han encontrado con diferencias de forma y fondo en las negociaciones internacionales, particularmente referidos a:

- El carácter y alcance de la futura norma, es decir, si debe ser vinculante o no y sobre cuál debe ser la materia protegida.
- Reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas, con sus propias características, frente a consideraciones de dominio público.
- Protección defensiva, porque los pueblos indígenas consideran que sus conocimientos son más útiles por su valor *per se*, antes que por el valor económico.
- Protección positiva mediante el derecho consuetudinario y/o los propios derechos de propiedad intelectual.
- Elementos de una propuesta de norma *sui generis*.
- El consentimiento libre, previo e informado.
- Fuente de origen de los cono-

6 Art. 31.- 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.

2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos.

cimientos tradicionales para efectos de su utilización por terceros con fines de investigación científica y comercial.

- Sitios y lugares sagrados.
- Objeción cultural.
- Tratamiento de los conocimientos relacionados con sitios y lugares sagrados.
- Distribución equitativa de beneficios, incluyendo productos derivados, entre otros.

Una vez descrito este panorama, cabe una pregunta: ¿por qué tanto interés por los conocimientos tradicionales y, a la vez, tanta dispersión en el tratamiento de los mismos? La respuesta la podemos encontrar en la variedad de intereses que hay sobre ellos y, en especial, de los agentes externos que, tradicionalmente, se han beneficiado o lucrado de las bondades de los conocimientos tradicionales. La explicación está también en que, por ejemplo, los bioprospectores y las empresas farmacéuticas tienen un interés particular para acceder a los conocimientos tradicionales, por la enorme reducción en tiempo y en dinero para sus investigaciones biológicas. Pues, se ha dicho que, cuando una investigación se hace al azar, debe efectuarse un análisis de unas 10 mil muestras para encontrar una que sea susceptible para entrar en el mercado. Un laboratorio moderno puede analizar

unas 150 mil muestras por año; no obstante, cuando consultan a los indígenas, los especialistas en prospección biológica pueden aumentar sus probabilidades de éxito, desde una muestra de cada 10.000, hasta una de cada dos. Entonces, si *Shaman Pharmaceuticals* por ejemplo, prueba que tres comunidades diferentes están usando, con fines medicinales, el mismo tipo de planta, se recoge la planta para estudiarla cuidadosamente⁷.

La siguiente descripción de los diferentes actores interesados en los conocimientos tradicionales nos corrobora el análisis y la reflexión efectuada: *la Bio-Industria* busca productos derivados de la biodiversidad, sobre todo las empresas naturistas, farmacéuticas, alimenticias, cosméticas y de investigación de nuevos materiales biológicos. *La industria fitomejoradora* tiene especial interés en identificar y acceder a prácticas tradicionales de fitomejoramiento, variedades criollas y parientes silvestres de las especies cultivadas. *La industria extractiva* se apoya en el conocimiento tradicional para identificar recursos naturales de alto valor comercial, también lo utilizan en los estudios de impacto ambiental para las actividades de prospección y explotación de los recursos naturales. *La industria del diseño* tiene interés por todos aquellos diseños y pinturas naturales usados

7 PNUD/RAFI. Conservación de Conocimientos Autóctonos: Integración de dos Sistemas de Innovación (pág. 26). Nueva Cork, septiembre de 1994.

por los pueblos indígenas. *La industria cultural*, sobre todo la industria fotográfica, fílmica, literaria y discográfica, también está interesada en tener acceso a estos conocimientos. *La industria turística*, en el campo del etnoturismo, tiene especial interés en el conocimiento de prácticas tradicionales como ritos y ceremonias, así como en la identificación de lugares escénicos. Existe, además, un interés en el conocimiento de plantas maestras y/o psicotrópicas, utilizadas por los Chamanes para obtener estados de éxtasis.

Igualmente, en la región de los países andinos, los pueblos indígenas han presentado múltiples declaraciones y posiciones con respecto a lo que se ha empezado a llamar “El Patrimonio Intelectual Colectivo e Integral de los Pueblos Indígenas”⁸. Como se ha mencionado, estos conocimientos no sólo se asocian con las prácticas mencionadas, sino con el mundo cosmogónico indígena y con todo un sistema de saberes que está en el *Hawa Pacha* (lo que está arriba), *Kai Pacha* (lo que está aquí – presente) y *Uku Pacha* (lo que está adentro)⁹. Por ejemplo, no está por demás mencionar el gran conoci-

miento que tienen los pueblos indígenas sobre los ecosistemas donde habitan y sobre el comportamiento del clima y de las estaciones; de ahí la asociación tradicional a los ciclos agrícolas, así como al uso sostenible de los recursos naturales, como los recursos del bosque, la caza y la pesca, entre otros.

De los varios pronunciamientos y declaraciones, el que ha perdurado en el tiempo y permanece vigente, brindando pautas para el posicionamiento como pueblos indígenas, es el efectuado por la Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA)¹⁰, como resultado del Encuentro Regional Indígena sobre Pueblos Indígenas y Propiedad Intelectual, con el auspicio del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)¹¹, del cual resaltamos algunos aspectos claves, que en el mismo se definen como principios de política básica:

- Para los miembros de los pueblos indígenas, el conocimiento y la determinación del uso de los recursos son colectivos e intergeneracionales. Ningun-

8 Han manifestado, por ejemplo, que los pueblos indígenas apoyan el desarrollo de la investigación para el descubrimiento de nuevas alternativas de supervivencia de la humanidad, a través de sus conocimientos tradicionales en el uso de plantas medicinales, dentro del marco del respeto a sus derechos fundamentales, en especial, a la propiedad intelectual colectiva que tienen sobre sus conocimientos tradicionales, las propias tradiciones culturales, sus territorios y sus propias formas de organización (COICA. Documento Biodiversidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, Quito – 1999).

9 Cursivas en idioma kichwa (Ecuador).

10 COICA es la organización regional de articulación y coordinación entre los pueblos indígenas de la cuenca amazónica (Brasil, Bolivia, Perú, Ecuador, Colombia, Venezuela, Guyana, Surinam y Guyana Francesa).

11 COICA/PNUD, Declaración de Santa Cruz, Encuentro Regional Indígena sobre Pueblos Indígenas y Propiedad Intelectual, Santa Cruz, Bolivia. Septiembre de 1996. COICA “Biodiversidad y Derechos de los Pueblos Indígenas”: Manual de Capacitación de Base. Segunda edición 1999, Quito - Ecuador. Rural Advancement Foundation International (RAFI). Conservación de Conocimientos Autóctonos: Integración de dos sistemas de innovación. New York, septiembre de 1994.

na población indígena, ya sea de individuos, comunidades o miembros del gobierno, puede vender o transferir la propiedad de los recursos que son del pueblo y que cada generación tiene la obligación de salvaguardar para la próxima.

- Todos los componentes de la problemática de la propiedad intelectual (determinación del acceso a los recursos naturales, control del conocimiento o patrimonio cultural, control del uso de sus recursos y regulación de las condiciones de aprovechamiento), son componentes de la libre determinación.
- Para los indígenas, el sistema de propiedad intelectual significa la legitimación de la malversación del conocimiento y de los recursos de nuestros pueblos con propósitos comerciales. Los sistemas de propiedad intelectual prevalecientes, reflejan una concepción y práctica que es:
 - i) Colonialista, ya que los instrumentos de los países desarrollados son impuestos para apropiarse de los recursos de los pueblos indígenas.
 - ii) Racista, ya que disminuye y minimiza el valor de nuestros sistemas de conocimiento.
 - iii) Usurpadora, porque es esencialmente una práctica de robo.
- Para los pueblos indígenas, la biodiversidad y el conocimiento

de un pueblo son conceptos inherentes a la noción de territorialidad. Los temas sobre acceso a los recursos tienen que verse desde esta perspectiva.

- Las patentes y otros derechos de propiedad intelectual sobre las formas de vida son inaceptables para los pueblos indígenas.
- Las innovaciones indígenas constituyen procesos acumulativos que incluyen todas las manifestaciones de la creatividad indígena.
- El fortalecimiento de la identidad cultural de los pueblos indígenas y de sus formas de organización propias, son elementos esenciales para la conservación de los conocimientos tradicionales.

2. La biodiversidad y su importancia para los pueblos indígenas

En el siguiente cuadro (página siguiente) se muestra la importancia de la biodiversidad y de su situación en el ámbito global:

En la región de la cuenca amazónica se encuentra entre el 30 y el 50% de la diversidad biológica de la tierra, y los médicos tradicionales indígenas de la región son los custodios, por siglos, de los conocimientos acumulados de los recursos medicinales naturales de la región. Los científicos creen que esos médicos pueden tener la clave del descubrimiento de nuevos medica-

Recursos	Situación
Refugios del pleistoceno de la biodiversidad.	Casi el 100% se encuentran en las comunidades indígenas y/o agrícolas del Sur.
Tierras y aguas con mayor diversidad biológica.	El 90% no tienen protección gubernamental, pero son mantenidas por comunidades rurales.
Conocimientos tradicionales colectivos e integrales.	El 99% de todos los expertos con práctica en biodiversidad son miembros de las comunidades indígenas y rurales.
Medicina tradicional.	El 80% de la población mundial para la seguridad de la salud se provee de la medicina tradicional y las plantas medicinales.
Fitogenéticos.	90% de los fitomejoradores y otros investigadores agrícolas viven en comunidades rurales
En contraste a estos datos, el 95% de los derechos de propiedad intelectual, especialmente patentes de invención, pertenecen a las grandes empresas o instituciones gubernamentales, sobre todo de los países industrializados del Norte ¹² . Es decir, la materia prima de los recursos biológicos se encuentra en el Sur, mientras que la tecnología se encuentra en el Norte.	

mentos importantes, que podrían beneficiar a millones de personas en todo el mundo¹³. Los países andinos ocupan espacios muy importantes en esta región considerada de alta biodiversidad en el mundo: Bolivia 824.000 km², Colombia 406.000 km², Ecuador 123.000 km², Perú 956.751 km² y Venezuela 53.000 km²¹⁴.

Asimismo, los países andinos concentran un alto porcentaje de la biodiversidad del planeta, y ocupan el primer lugar en el mundo en diversidad y endemismo de plantas vasculares, de aves, de anfibios y

del total de vertebrados. La subregión es, además, lugar de origen de importantes recursos fitogenéticos andinos, amazónicos y costeros, que proveen alrededor del 35% de la producción agroalimentaria e industrial del mundo. Este importante patrimonio natural representa el 25% de la diversidad biológica y se encuentra también asociado a la inmensa riqueza y diversidad cultural andina¹⁵, en el cual coexisten aproximadamente 200 pueblos indígenas culturalmente diversos.

Vista esta situación, se puede afirmar que mientras que los cono-

12 Rural Advancement Foundation International (RAFI). Conservación de Conocimientos Autóctonos: Integración de dos sistemas de innovación. New York, septiembre de 1994.

13 Organización Panamericana de la Salud (Revista). Volumen 7, Número 3, 2002

14 Amazonía sin Mitos. Tratado de Cooperación Amazónica, 1993. Hoy Organización del Tratado de Cooperación Amazónica (OTCA).

15 Estrategia Regional de Biodiversidad de los Países del Trópico Andino, CAN (Decisión 523).

cimientos científicos están protegidos, los únicos que no lo están son, precisamente, los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y de las comunidades locales. Una situación agravante es que estos conocimientos se encuentran en franco período de deterioro debido a que se han reducido a una práctica depositada en los ancianos o personas sabedoras de las comunidades y, no así, en las nuevas generaciones que se encuentran en un proceso de aculturación debido a la penetración de agentes externos de toda índole, generando impactos culturales, sociales y económicos. De allí la importancia de preservar, recuperar y proteger los conocimientos tradicionales relacionados con la biodiversidad y las prácticas culturales. Pero tal protección se ha dicho que debe necesariamente involucrar el

reconocimiento de los fundamentos espirituales de los sistemas ancestrales, la protección de los territorios indígenas, el carácter colectivo del mismo y el reconocimiento de que las prácticas ancestrales de los pueblos indígenas son maneras distintas de generar conocimientos, y no necesariamente un conocimiento que tiene que ser incorporado dentro de los marcos occidentales, sujetos a la libre oferta y demanda, es decir, a la comercialización de los mismos.

Los siguientes cuadros ilustran la importancia de los recursos genéticos y del conocimiento tradicional en el comercio internacional.

Por ello, la expectativa es grande en cómo acceder a los conocimientos tradicionales relacionados con la biodiversidad y las prácticas culturales sin el menor costo posible, ya que se está tratando a estos cono-

CUADRO No. 1: Ejemplo de plantas y compuestos medicinales actualmente utilizados y producidos por la industria farmacéutica, originados en la biodiversidad andino-amazónica:

Nombre del compuesto	Uso terapéutico	Fuente	Uso en medicina tradicional
Cocaína	Analgésico local	Erythroxylum coca	Supresor del apetito
Codeína	Analgésico, antitusivo	Papaver somniferum	Analgésico, sedante
Corfina	Analgésico	Papaver somniferum	Analgésico sedante
Quinina	Antimalaria, antipirético	Chinchona ledgeriana	Antimalaria
Strichnina	Estimulante del sistema Nervioso	Strychnos nux vómica	Estimulante
Reserpina	Tranquilizante	Rauvolfia serpentina	Tranquilizante
Theofilina	Diurético, broncodilatador, Hongizidal local	Camellia sinensis	Diurético, estimulante
Noscapina	Antitusivo	Papaver smniferum	Analgésico, sedante

Fuente: Farnsworth, N. Screening Plant for New Medicines. En: Biodiversity. E.O. Wilson. Editor: National Academy Press, Washington D.C., 1988

CUADRO No. 2: Algunos datos y referencias interesantes:

Tema	Problema	Cifras/mercado
Beneficios de los mercados de los recursos genéticos	Limitada participación (justa y equitativa) en los beneficios derivados de los mercados de los recursos genéticos a nivel global	“...El mercado anual combinado de productos derivados de recursos genéticos en estos sectores fármacos, –nutracéuticos, principales cultivos, horticultura, aplicaciones biotecnológicas en áreas diferentes a la agricultura y salud, cosméticos– está entre los US\$ 500 billones y US\$ 800 billones.” ¹⁶

cimientos nada más como a un valor instrumental necesario – de libre disponibilidad - para incrementar la rentabilidad a favor de las grandes multinacionales de la bioprospección, y no se los considera como un valor intrínseco por lo que éstos representan para los pueblos indígenas.

3. Los Derechos de Propiedad Intelectual (DPI)

El sistema internacional de los DPI, considera tres tipos de derechos de propiedad intelectual:

- i) La propiedad industrial
- ii) Derechos de autor y derechos conexos
- iii) Derechos de obtentores de nuevas variedades vegetales

Las normas acerca de la propiedad industrial confieren el derecho de excluir a cualquier otro del aprovechamiento económico de las creaciones aplicables en la industria y el comercio. Las normas del derecho de autor confieren al creador de una obra literaria o artística, la

posibilidad de divulgarla o reproducirla y beneficiarse por los derechos patrimoniales que le confiere. Y los derechos de obtentores de nuevas variedades vegetales, que tienen su propio sistema de protección bajo la Unión para la Protección de Nuevas Variedades Vegetales (UPOV), permiten establecer un control monopólico sobre nuevas variedades de plantas creadas por los cultivadores o granjeros.

Como sabemos, la propiedad industrial fue establecida en los siglos XVIII y XIX con la revolución industrial en Europa, estableciendo en el ámbito nacional, regímenes para la protección de la creación inventiva, que permitieron la expansión del comercio internacional. Así, crecieron rápidamente las grandes ciudades y se expandieron las redes ferroviarias, el comercio interoceánico y la industrialización del campo. Las leyes de propiedad industrial permitieron establecer monopolios exclusivos de grandes empresas multinacionales y controlar sus tecnologías y mercados.

¹⁶ Ten Kate, Kerry, Laird, Sarah.1999. The Comercial Use of Biodiversity. Access to Genetic Resources and Benefit Sharing Earthscan Publications Ltd. London, p.1

El régimen de patentes

Las patentes son un derecho de exclusiva, concedido por una autoridad competente (Oficinas de Propiedad Industrial o Intelectual), sobre una invención, que puede ser un producto nuevo o un proceso mediante el cual se ofrece una nueva manera de hacer algo o una nueva solución técnica a un problema. La patente concede un derecho de propiedad privada y exclusiva al titular de la invención, que según la norma andina sobre propiedad industrial (Decisión 486), pueden ser personas naturales o jurídicas por un plazo de 20 años contado a partir de la fecha de presentación de la respectiva solitud en el País Miembro (Art. 50).

Según esta misma Decisión, los requisitos básicos para el otorgamiento de una patente son tres:

- i) Novedad (producto nuevo).
- ii) Nivel inventivo (no obvio)
- ii) Aplicación industrial (producción industrial y utilidad en el mercado).

Las características más importantes de una patente son: la **propiedad privada** y su **finalidad comercial**. La duración de una patente generalmente va entre los 17 hasta los 20 años, tiempo durante el cual el titular puede explotar comercialmente el producto derivado en el mercado nacional e

internacional. La patente puede ser explotada directamente por el titular o éste puede licenciar a un tercero (empresa) mediante un contrato de licencia, quien paga una regalía y se encarga de desarrollar el producto o de comercializarlo en el mercado.

En el ámbito jurisdiccional de la CAN, los conocimientos tradicionales sobre plantas solamente podrían ser patentables si el proceso llega a un producto derivado, que puede ser descrito, controlado y reproducido técnicamente, mediante aplicación industrial, pero siempre y cuando se cumplan con los tres requisitos básicos de una patente (novedad, altura inventiva y aplicación industrial). Lo que se patenta no es la planta misma en su estado natural¹⁷, sino los principios activos aislados del estado natural y combinaciones de genes y sus derivados, resultado de la aplicación biotecnológica. En la región Andina, están prohibidas las patentes sobre formas de vida humana, animal y vegetal en estado natural.¹⁷ Sin embargo, en los Estados Unidos, por ejemplo, se permite el patentar la planta misma resultante de un mejoramiento genético y la vida humana ya que, con la ingeniería genética, se puede aislar un gen y descubrir una nueva función que puede ser útil para la medicina.¹⁸

17 Decisión 486, art. 20, literal c) No serán patentables: Las plantas, los animales y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos.

18 En 1993, RAFI tocó la alarma sobre las tendencias en el patentamiento de la vida, con respecto a posibles abusos y sobre la comercialización de material genético humano. Al mismo tiempo descubrieron que el gobierno de los EE.UU. estaba reclamando derechos de patente sobre la línea de células de una mujer indígena gaymi panameña de 26 años de edad. Los guaymí exigieron que el gobierno norteamericano retirara el reclamo de la patente y empezaron una campaña internacional en todos los ámbitos. El gobierno norteamericano finalmente retiró la patente.

Y ¿por qué la relación entre biodiversidad, conocimientos tradicionales y patentes? ¿Cuál es el valor real de la biodiversidad y de los conocimientos tradicionales? Estas y otras preguntas son muy frecuentes en el tratamiento del tema. Una respuesta genérica la podemos encontrar en 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 puede ahorrar hasta en un 400% en tiempo y en dinero para identificar un componente activo de una planta, potencialmente útil para un fin determinado.¹⁹

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 los 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 actual de los pueblos indígenas.²⁰

Por lo visto, se puede afirmar que hay un gran interés por los co-

nocimientos 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 confiere un derecho exclusivo de explotación, previo al cumplimiento de unas solemnidades. En esta dinámica podemos ver también que con el progreso de la industria biotecnológica, a través de la manipulación genética de seres vivos –sean animales o plantas– se obtienen derivados o nuevas formas de vida que es necesario proteger mediante la propiedad intelectual, para salvaguardar las inversiones realizadas en la investigación, siendo las patentes, en estos casos, la forma más común de protección.

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, el caso específico del patentamiento de formas de vida acarrea aspectos éticos y de orden moral que son perjudiciales, ya que lo que hacen es monopolizar en una empresa el control sobre formas de vida animal o vegetal resultantes de una intervención de la ingeniería genética; haciendo anti ético poder aceptar que, por ejemplo, el pan de

19

PNUD/RAFI. Op cit

20

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

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 excluidos del régimen de patentes, porque son imprescindibles para la seguridad alimentaria y la salud pública.

Visto esta situación de los DPI y las principales características del régimen de patentes, un interrogante obvio que se nos presenta es: ¿cómo un sistema de los DPI, establecido para proteger invenciones de la propiedad industrial, podría ser adecuado 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 intergubernamentales de la propiedad intelectual ya mencionados, y en especial en el marco del CDB y de la OMPI. Así, en el CDB, como se ha dicho, se encuentran 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 dan respuesta a los postulados del artículo 8 (j), que dispone la conservación, preservación, uso sostenible y distribución equitativa de benefi-

cios por la utilización de los conocimientos tradicionales. Igualmente, en la OMPI se encuentra en proceso el tratamiento de 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)²¹. En estos dos ámbitos no se descarta que su protección se 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 lo es el Derecho consuetudinario, es decir, la protección mediante las propias leyes consuetudinarias de los pueblos indígenas.

Siendo esta la situación, las reacciones tampoco se han hecho esperar y han venido, en especial, de

21 El IGC de la OMPI, continúa su desarrollo de elementos para la protección jurídica de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y comunidades locales, y así lo ha hecho en las dos últimas reuniones del IGXXI e IGXXII.

los propios pueblos indígenas en todo el mundo. Reacciones que han ido tomando cuerpo con diferentes matices y estrategias son, por ejemplo, el Foro Indígena Internacional sobre Biodiversidad (FIIB), organismo que viene dando seguimiento a las discusiones sobre conocimientos tradicionales y acceso a los recursos genéticos dentro del CDB, y que ha manifestado que los conocimientos tradicionales son de propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas y comunidades locales; que estos están muy ligados al derecho a la libre determinación y los territorios indígenas; que es imprescindible que para cualquier toma de decisión al respecto debe contarse con la participación de estos pueblos y con su consentimiento informado previo; la inclusión del derecho a la objeción cultural cuando se considere que el acceso a los conocimientos tradicionales atenta contra su cosmovisión y espiritualidad; la objeción respecto a que los conocimientos tradicionales son de libre utilización –dominio público– y, entre otros, que su “protección” debe estar regulada por los mismos sistemas de los DPI que, igualmente, no son aceptados por los pueblos indígenas²².

En este sentido, desde el propio FIIB se ha buscado el establecimiento de alianzas estratégicas y políticas para hacer frente a este fenómeno

de la globalización, y en ello particularmente se han podido encontrar algunas coincidencias políticas con los grandes bloques de negociación de los propios gobiernos de la región de América Latina y la Unidad Africana quienes, de alguna manera, han manifestado tener posiciones políticas de salvaguarda de la integridad de estos conocimientos y que los mismos deben estar protegidos en beneficio de los propios pueblos indígenas y con sistemas de protección internos que rigen en las mismas comunidades, por ejemplo, a través del derecho consuetudinario.

De acuerdo con esta opción, su protección es un asunto que compete exclusivamente a los pueblos indígenas que los poseen y lo generan. Por lo tanto, es potestad de éstos y de las comunidades decidir sobre los mecanismos internos para su protección, si bien no se excluye la participación del Estado en su obligación de proteger el patrimonio cultural de la nación, como lo prevén las propias Constituciones nacionales (en la región andina, particularmente la de Ecuador)²³. Esta alternativa de protección mediante las propias leyes consuetudinarias ha sido manifestada por varios pueblos indígenas del mundo y, en los países andinos, siguiendo esta corriente, el Grupo de Expertos Indígenas sobre Biodiversidad

22 Declaraciones del FIIB, en las COPs y Grupos de Trabajo sobre el artículo 8(j) y Acceso y Distribución de Beneficios del CDB. Véase por ejemplo, Declaración de Clausura del FIIB en el Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre Acceso y Participación en los Beneficios. Cuarta Reunión Granada (España), 30 de enero – 3 de febrero de 2006.

y Conocimientos Tradicionales de la CAN insertó una recomendación en la propuesta de Elementos para la protección de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena (Caracas, mayo de 2005) en el sentido de que, dadas las características de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales se opte, para su protección, por los sistemas propios y ancestrales de los pueblos indígenas, permitiendo así que las comunidades tengan una mayor consolidación de sus estructuras tradicionales internas, dado que las instancias de representación de los pueblos indígenas –sean en el ámbito nacional o local– gozan de personería jurídica y, como tales, cabe perfectamente que en su normativa interna (estatutos y reglamentos) se prevea una especie de protocolos internos en donde se contemplen atribuciones y competencias para la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, colectivos e integrales de los pueblos indígenas.

Dentro de esta misma corriente las organizaciones de los pueblos indígenas han coincidido en que un régimen *sui generis* podría ser el mecanismo más idóneo para la protección

de los conocimientos tradicionales, dadas las características propias de estos conocimientos, pues una medida dentro del marco de los DPI, ni siquiera incorporando nuevos elementos, resuelve el problema de fondo, es decir, la naturaleza misma del conocimiento, dado que no garantiza su continuación y dinámica ya que, en muchos pueblos, la propiedad privada no es conocida ni aplicada en sus relaciones sociales y económicas, ni aún en sus relaciones con el mercado. Subsisten aún sistemas de reciclaje social y económico, formas de intercambio de trabajo por trabajo, distribución de excedentes, trueque de elementos, reciprocidad de servicios, materiales y objetos de uso.

Entonces, la propuesta de Elementos ya mencionada plantea la protección de los conocimientos tradicionales teniendo como principios rectores los siguientes:

- El reconocimiento del carácter de propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas.
- El vínculo imprescindible entre éstos, la territorialidad y la identidad cultural de los pueblos indígenas.
- El principio de la intercultural-

23 Constitución Política del Ecuador, Capítulo 4, sobre los Derechos de las Comunidades, Pueblos y Nacionalidades, Art. 57.- Se reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 12) Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora.

Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas.

lidad orientado al diálogo de saberes.

- La conservación, revitalización y uso como un componente de la libre determinación de los pueblos.
- Los conocimientos intangibles asociados a los recursos genéticos son inalienables e imprescriptibles.
- Los conocimientos tradicionales colectivos e integrales constituyen todo un sistema de saberes ancestrales.

Conclusiones finales

- La naturaleza de las normas consuetudinarias, enraizadas en lo más profundo de la cosmovisión de los pueblos indígenas, ha hecho posible que los conocimientos tradicionales existan y que, mediante sus prácticas culturales tradicionales, se sigan adaptando y mejorando especies vegetales y animales, a la vez que les han permitido mantener una relación de armonía entre el hombre y la naturaleza, para el buen gobierno en el uso y manejo de los recursos naturales.
- El modus operandi de los DPI, adecuado para un sistema que no tiene articulación con ella, debe ser estudiado con mucha profundidad porque, de aplicarse su normativa en la protección de los conocimientos tradicio-

nales, podría ir en detrimento directo del carácter per se de tales conocimientos que son colectivos, integrales, intergeneracionales, imprescriptibles y con procedimientos de innovación permanente.

- Sin embargo, los pueblos indígenas tienen sus propios sistemas de control de los conocimientos tradicionales y de las expresiones culturales tradicionales, ello no deja de preocupar frente a las amenazas externas y la vulnerabilidad de los sistemas internos comunitarios, que no han sido suficientes para frenar la biopiratería en territorios indígenas que deja de manifiesto la falta de una institucionalidad estatal fortalecida que tutele por los derechos que tienen los pueblos indígenas sobre sus propios conocimientos tradicionales y sobre los recursos de la biodiversidad en su conjunto.
- Por lo visto, las reglas de juego para el acceso a los recursos biológicos y genéticos, así como para el uso de los conocimientos tradicionales asociados no han respetado los principios de equidad y de los derechos adquiridos ancestral y milenariamente por los propios pueblos indígenas, pues la biopiratería y la folclorización de las expresiones culturales tradicionales de los pueblos indígenas es un fenómeno recurrente, ya que

detrás de esta riqueza intangible de los pueblos indígenas y comunidades locales, se encuentran muchos intereses externos que pretenden su apropiación con fines comerciales.

- Es por esta razón que, además de los sistemas propios de control de los conocimientos tradicionales, hay la necesidad de establecer marcos legislativos claros y legalmente vinculantes que apoyen, refuercen y prioricen la protección de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos biológicos y a las expresiones culturales tradicionales de manera conjunta.

Por tanto, de conformidad con la realidad jurídica existente en la región andina, –en especial del reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en las Constituciones Políticas del Ecuador y Colombia–, el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas –referente a la protección de los conocimientos tradicionales–, es relevante que se tomen en cuenta los siguientes aspectos:

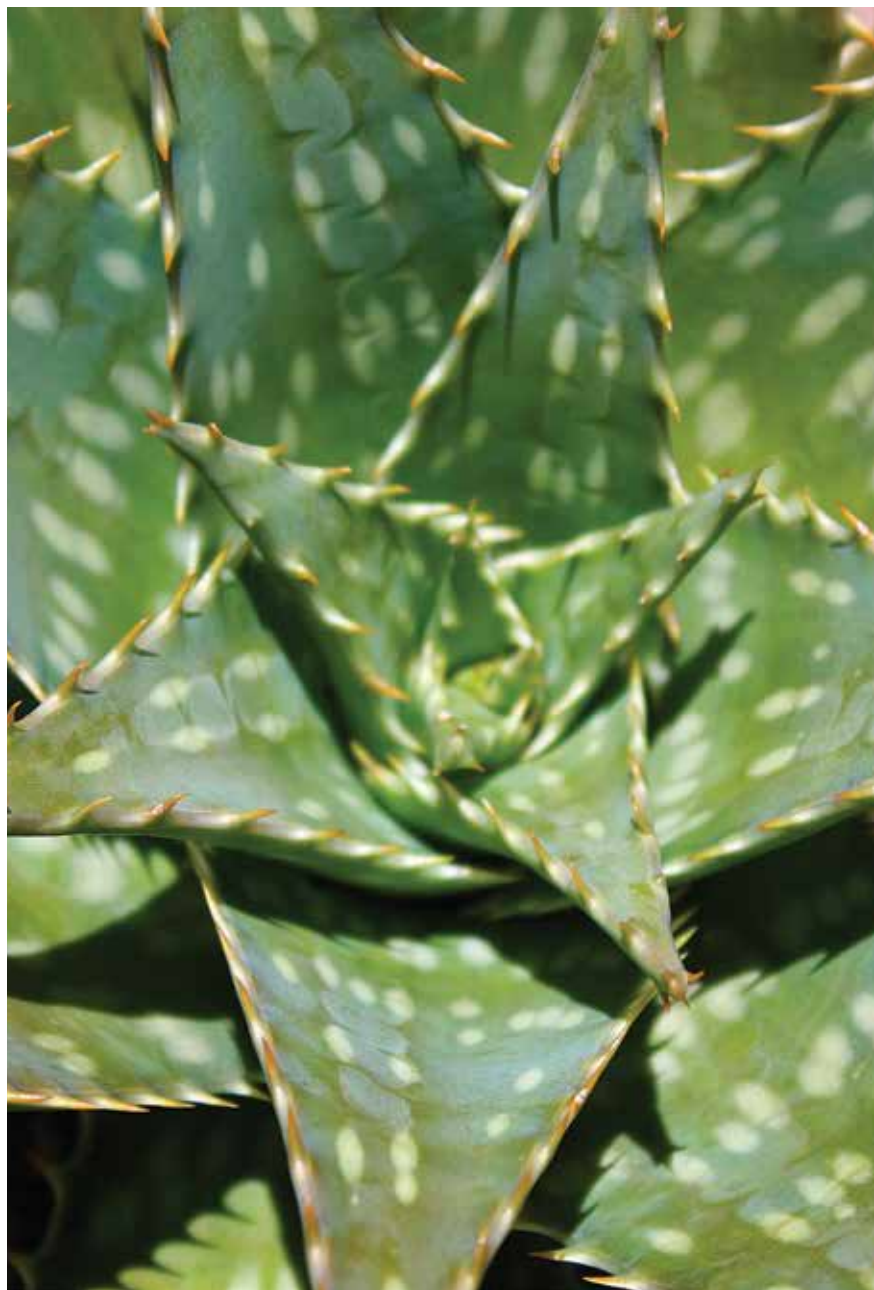
- Que el enfoque de un Sistema sui generis para la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales esté orientado a la afectiva pro-

tección de tales conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, mediante sus propias leyes consuetudinarias reconocidas por la legislación nacional positiva.

- Que se reafirme en el reconocimiento de la titularidad colectiva, el carácter intergeneracional e integral de tales conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, en favor de los pueblos indígenas y comunidades locales, que son los generadores y poseedores de tales conocimientos.
- Un mayor desarrollo y comprensión del principio del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas y comunidades locales para la utilización de sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, así como de las expresiones culturales tradicionales.
- Que se trate a profundidad la objeción cultural para el uso de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales y las expresiones culturales tradicionales, en razón a que muchos de los conocimientos tradicionales son sagrados y no pueden estar sujetos a los sistemas de utilización que se vienen desarrollando en las negociaciones internacionales, tanto en el CDB como en la OMPI.
- Que este Sistema sui generis fo-

mente y respete de la manera más amplia posible las prácticas ancestrales de uso, manejo e intercambio de recursos genéticos y conocimientos tradicionales entre los propios pueblos indígenas, al interior de sus comunidades.

- Que se garantice la justa y equitativa participación en los beneficios por el acceso a los conocimientos tradicionales.
- Que el establecimiento de registros públicos para la protección de los conocimientos tradicionales guarde coherencia con los patrones culturales de los propios pueblos indígenas y comunidades locales, y que de la custodia de tales conocimientos también participen los propios pueblos indígenas.
- La participación de los pueblos indígenas y comunidades locales en la rectoría nacional e internacional sobre la conservación y protección de los conocimientos tradicionales.
- Que se garantice la participación directa de los pueblos indígenas y las comunidades locales 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, en el ámbito nacional como internacional.



Cactus

© Javier Oñate 2010