

# EL CONOCIMIENTO TRADICIONAL Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Rosángela Calle Vásquez<sup>1</sup>

## INTRODUCCIÓN

Para comprender la dimensión de los Derechos Colectivos Intelectuales en el contexto de la propiedad intelectual debemos partir de una visión integradora de los diversos instrumentos internacionales que se refieren al tema y de la propia visión de las comunidades sobre el contenido de su Patrimonio Cultural. Parecería, a primera vista que el tema de la propiedad intelectual y su relación con las características especiales del conocimiento tradicional se pueden hallar en los códigos, las leyes, las decisiones de los jueces u otras manifestaciones del “Derecho Positivo” con las cuales los juristas trabajan. “Los juristas saben bien que la raíz de sus certezas y creencias comunes, como las de sus dudas y polémicas están en otro sitio. Para aclarar lo que en verdad los une o los divide, es preciso ir más a fondo, o lo que es lo mismo buscar más arriba de lo que no aparece expreso”.

El tema del conocimiento intelectual de las comunidades se pierde en una babel de lenguas, de perfiles que cada uno alimenta a su gusto, que confunden, porque en la estructura del derecho positivo, la propiedad intelectual no contempla lo relativo a lo colectivo e histórico de las culturas étnicas. Para éstas, lo intelectual, lo cultural y lo científico no pueden separarse, el lenguaje y la acepción misma resultan extrañas para ellas.

El presente documento intenta reunir una serie de elementos relativos a las dificultades que a nivel de los principios del Derecho Internacional, se han tenido para implementar el artículo 8(j) del Convenio sobre la Biológica. No se pretende nada nuevo de la visión general, se concluye que se requiere una renovación general de las concepciones jurídicas sobre la propiedad intelectual, se pone en cuestión lo que hay detrás de los textos oficiales, la mentalidad, los métodos, las estructuras del pensamiento, simplificando, podríamos decir qué es el Sistema de Propiedad Intelectual y sus implicaciones con el nuevo derecho de la Biodiversidad, incluye lógicamente el reconocimiento de las creaciones intelectuales de las comunidades étnicas y el cual no ha entrado aún en el contexto internacional en su amplia dimensión: Derecho de Autodeterminación, Derechos Humanos y Derecho Económico.

<sup>1</sup> Abogada, Oficina Jurídica Ministerio del Medio Ambiente. E-mail: [ojuridi@hotmail.com](mailto:ojuridi@hotmail.com). Tel: 332 34 34. Ext 149. Santafé de Bogotá, Colombia.

## EVOLUCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

En contraste con la propiedad real sobre bienes físicos tangibles, la Propiedad Intelectual (PI) recae sobre lo intangible, ideas, productos de la mente y sólo se concreta su protección cuando se vierte en formas tangibles. Las formas de protección se dividen en Derechos de Autor y Propiedad Industrial. La propiedad intelectual se establece sobre los mismos parámetros de la propiedad privada, que otorga el derecho a gozar y disponer con exclusividad de un bien e incluye:

- El derecho a defender los derechos de propiedad de su creador y
- Usar a manera de monopolio la creación por un lapso determinado de tiempo y prevenir su uso de terceros.

*Los derechos de Autor*, tradicionalmente considerados como referentes a obras literarias y artísticas, se han tornado hoy más complejos, pues las técnicas de reproducción y los medios de comunicación brindan un sinnúmero de posibilidades que hacen que su estructura básica se desdibuje. Es el caso del software, que ha desarrollado una forma de protección *sui generis*; sin embargo en el caso de las bases de datos, para incorporar música, arte e integrar una multiplicidad de elementos intelectuales se dificulta aislar independientemente cada uno de sus creadores.

*La propiedad industrial*, conocida como derecho de marcas y patentes y estructurada para proteger las creaciones intelectuales sobre los bienes no vivos, hoy encuentra el reto de una redefinición cuando se trata de organismos vivos, los cuales deben analizarse desde la propiedad del bien en sí (público-privado-comunitario) hasta el complejo sistema o forma de conocimiento utilizado para obtener el producto o procedimiento. Merece destacar el valor agregado a los bienes y servicios obtenidos por los desarrollos científicos: “aparecen empresas cuyo capital principal es el conocimiento científico”. Lo anterior da origen a una modificación de los aparatos productivos que generan grandes cambios de los patrones de producción y consumo, lo que afecta en forma decisiva las ventajas comparativas de las naciones. Por esta razón se ha empezado a hablar de la Economía del conocimiento”(Chaparro *et al.*, 1998)

La propiedad intelectual en este contexto debe analizarse dentro del contenido del Derecho Económico Internacional el cual está compuesto por una red de normas que provienen de diversas fuentes legales y que se relacionan con el amplio espectro de las actividades económicas de los Estados, la economía de los grandes bloques económicos, las organizaciones internacionales y las empresas transnacionales, entre otros. A pesar de lo que se predica sobre la globalización para reducir los obstáculos comerciales y garantizar parámetros unificados o armonizados, se observan mundialmente fuertes contradicciones y conflictos de intereses entre países industrializados y países en desarrollo. En estos debates y controversias, el tema de la protección de invenciones relativa a la materia viva, las incertidumbres y dificultades y las discusiones han llevado a convertir el tema en una verdadera “Caja de Pandora”, pues en él se entrelazan:

- El Derecho Económico Internacional; el ámbito estatal de decisión se ve limitado a través de acuerdos a las que pertenecen las disposiciones, el Acuerdo sobre aspectos del Derecho de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (TRIPS, por sus siglas en inglés), dentro de la (OMC) Organización Mundial del Comercio, (Herdegen, 1998).

Este acuerdo impone a los países signatarios, considerar la P.I. dentro de reglas mínimas de aplicación obligatoria a cuyo cumplimiento se condiciona el acceso a los mercados y la concesión de preferencias comerciales. Dentro del Marco del ADPIC los países pueden ampliar el nivel de protección en sus legislaciones internas, pero no ser más restrictivos.

- Los Derechos Humanos - El Tratado Universal de Derechos Humanos y El Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aseguran la protección de derechos fundamentales, las garantías sociales y los derechos colectivos.

Estos se refieren al derecho de autodeterminación y por consiguiente adquiere relevancia la protección de sistemas culturales, los cuales fijan las características especiales de las relaciones de las comunidades con sus recursos naturales, el derecho al desarrollo y en general toda la gama de los derechos subjetivos.

En el marco de estos derechos y frente a las reivindicaciones políticas y económicas de los países en desarrollo, se estableció en 1974, la Carta de Deberes y Derechos Económicos de las Naciones Unidas, la cual pone de presente la Soberanía de los Estados sobre sus Recursos Naturales. Ante la solicitud de los países en desarrollo de una transferencia de tecnología, en el sentido de una participación en el “Know-How” económico y técnico, así como en la adquisición de los procesos técnicos de producción, se evidenció la necesidad de establecer por parte de las Naciones Unidas -un Código de Conducta para la Transferencia de Tecnología-.

Si bien la consagración de estos instrumentos demuestra las dificultades de los países en desarrollo por lograr que se respete un equilibrio en el marco del “Nuevo Orden Económico Mundial” y el papel que juegan las organizaciones internacionales en el contexto del Derecho Económico, es preciso también aclarar que la Carta de Derechos y Deberes, al igual que las resoluciones similares para la nueva conformación de las relaciones económicas internacionales, carecen de obligatoriedad y que los códigos de conducta son considerados como “soft-law” (Derecho Flexible) y por ende su aplicación se limita prácticamente a la voluntad interna de su cumplimiento, sin que tengan el carácter de obligatorios.

- Las organizaciones Internacionales en la vida económica internacional juegan un papel clave como formas de colaboración y su significado se encuentra en diversos planos, especialmente en sus funciones de reglamentación (creación de reglas obligatorias o recomendaciones).

Las organizaciones que revisten mayor importancia son las organizaciones especiales vinculadas a las Naciones Unidas como La Organización para Alimentos y Agricultura (FAO). La Organización Internacional del Trabajo (OIT), y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). A partir de los años 60 surgen otras formas de organizaciones clásicas con el fin de impulsar la globalización en los grandes bloques económicos, como muestra clara de esta situación cabe mencionar las negociaciones del Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés), con el ánimo de resolver los conflictos y contradicciones relacionados con la propiedad intelectual. No existe un compromiso real de eliminar fronteras a nivel universal y está apareciendo el llamado “proteccionismo tecnológico”. La unificación de Europa, el Nafta, la extensión de sus relaciones comerciales entre Australia y Nueva Zelandia, el Mercosur y el Pacto Andino, son

claras muestras de esta tendencia mundial (Chaparro *et al.*, 1998)

- Las Empresas Transnacionales, las cuales en el comercio internacional tienen una valoración especial. Se caracterizan por una fuerza económica apreciable, estas empresas pueden sustraerse más fácilmente al Derecho Nacional que otros sujetos económicos por su estructura funcional.

La actividad de las empresas transnacionales genera, especialmente para los países en desarrollo posiciones ambivalentes. Si bien, en principio se les pueden aplicar las normas de carácter nacional, gracias a su preponderancia “política” y “económica”, las empresas logran internacionalizar los derechos reconocidos en contratos con estados extranjeros logrando sustraerse al derecho nacional. Ante la carencia de mecanismos internacionales para la vigilancia de las empresas transnacionales, las organizaciones internacionales han reaccionado con el establecimiento de *códigos de conducta* con el fin de lograr un equilibrio de intereses.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU), en el seno del Consejo Económico y Social ha venido elaborando un código de conducta como resolución no vinculante, pero su operatividad dependerá del grado de aceptación en los países. El código ha incluido la Resolución No. 5 de diciembre de 1980 redactado por la UNCTAD y denominado conjunto de Acuerdos Multilaterales de Principios de Equidad y Reglas para el Control de Prácticas Negociables Restrictivas -este código se basa en el código de transferencia de tecnología de la UNCTAD-. También se ocupa de la protección al Medio Ambiente, protección al consumidor y derecho a la información. La conclusión de la universalización de la PI, debe hacerse partiendo del GATT, en especial del ADPIC. El acuerdo ADPIC contempla lo relativo a disposiciones generales, principios básicos, ejercicio, alcance de los derechos y reglas para la solución de conflictos. Consagra normas mínimas de protección que los países miembros deben otorgar, y permite a los países ampliar el alcance de protección a través de sus legislaciones internas. Contiene normas complementarias de tratados internacionales sobre propiedad intelectual como la convención de París y de Berna entre otros. Uno de sus objetivos establece: “La protección y observancia de los derechos de la PI, deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y de la transferencia de tecnología, en beneficio recíproco de los productores, de los usuarios de conocimiento tecnológico y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones”.

## CONOCIMIENTO TRADICIONAL

La ciencia contemporánea, específicamente la etnoecología ha contribuido a describir cómo opera el conocimiento tradicional. El término tradicional no tiene una definición rigurosa, se ha utilizado como aquello opuesto a lo moderno y que utiliza tecnología, también se ha entendido como aquellas prácticas ancestrales en el manejo de la naturaleza por parte de las comunidades campesinas y/o etnias. Poco se ha avanzado en el estudio y comprensión sobre el manejo de la naturaleza por parte de las comunidades rurales y la manera como este conocimiento les permite una integración con el medio natural. Sin embargo en este avance muchas falencias se pueden establecer hasta el momento: -el estudio de los saberes se ha iniciado separándolos de la práctica, examinando la cultura como algo diferente de la producción. Se ha hecho énfasis en el estudio de sus partes (plantas, suelos, climas, etc.) en su clasificación y usos, olvidando una integración holística-.

Para comprender la dimensión del conocimiento de las comunidades desde una perspectiva económica, se debe partir del análisis de su sistema de supervivencia, en ella predominan valores de uso, se consume todo lo que produce, se produce lo que se consume. Esta economía depende de intercambios con la naturaleza, las comunidades están obligadas a adoptar un sin fin de mecanismos de supervivencia que les garantice un flujo ininterrumpido de bienes y servicios para su alimentación, salud y vivienda. Su supervivencia se basa en la biodiversidad. Sus unidades de producción favorecen la heterogeneidad espacial y la biodiversidad con sus diferentes prácticas productivas.

Para llevar a cabo el “juego de la supervivencia”, las comunidades requieren de medios intelectuales para apropiarse de la naturaleza, por eso es necesario explorar símbolos, conceptos y percepciones que constituyen su cuerpo cognoscitivo. Este análisis que las ciencias antropológicas han hecho de los sistemas culturales de apropiación de la naturaleza, y la evolución del contenido de los derechos humanos en los últimos 50 años en el plano internacional, ha configurado la noción legal de Patrimonio Cultural el cual ha sido valorado como bien colectivo en consideración a los valores éticos que encierran (Toledo, 1990)

“El proceso histórico de desarrollo humano, minimizaba el costo de empezar cada día, acumulando experiencias, aciertos, desaciertos, en una relación de continuidad con el pasado, donde se hallan latentes largos procesos sociales, múltiples modos de vida, diferentes estrategias de adaptación al medio natural, diversas cosmovisiones. Por ello, la identidad cultural remite a la evolución del pensamiento colectivo, el cual, en un momento histórico dado dió origen a patrones de conducta, costumbres, tradiciones y a los objetos materiales que hoy identificamos bajo el rubro del conocimiento histórico” (Correa, 1998). Todos los elementos que acabamos de enunciar, constituyen el Patrimonio Cultural de una comunidad.

La Ley de la Cultura de Colombia (Ley 397 de 1997 Tit. 11 Art. 4) lo define así: “El Patrimonio Cultural de la Nación está constituido por todos los bienes y valores culturales que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la tradición, las costumbres y los hábitos, así como el conjunto de bienes materiales o no, muebles e inmuebles, que poseen un especial interés histórico, artístico, estético, plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, ambiental, documental, literario, bibliográfico, museológico, antropológico y las manifestaciones, los productos y las representaciones de la cultura popular”. Esta comprensión de la humanidad sobre las diferencias culturales y etnias ha merecido consagrarse en los diferentes instrumentos internacionales, entre ellos tenemos:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Convenio 167/57 de la Organización Internacional del Trabajo OIT., relativo a la protección e integración de la población indígena y otras poblaciones tribales y semitribales.
- Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB) de 1992.
- El Convenio 169 de la OIT., de 1989, recoge la transformación del pensamiento jurídico y político sobre estos derechos de las Comunidades: el artículo cuarto establece “adoptar las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el Medio Ambiente de los pueblos interesados. Tales medidas no podrán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.

El artículo 7 del numeral 3 del Convenio, a su vez establece la «obligación del gobierno de velar para que siempre que haya lugar, se efectúen estudios de cooperación con los pueblos interesados a fin de evaluar la incidencia social, espiritual, cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre el medio ambiente». Una sociedad se fortalece en su diversidad, de allí que ya no se conciba a la persona humana como individuo abstracto, sino como sujeto con características particulares que reivindica su propia conciencia ética.

A pesar del reconocimiento legal de la diversidad étnica y cultural, a pesar del reconocimiento y evolución de los derechos humanos, son claras las tensiones entre el reconocimiento de grupos culturales con tradiciones, prácticas y ordenamientos jurídicos diversos y la consagración de derechos fundamentales con pretendida validez universal. En el tema que nos ocupa, el conocimiento y la producción intelectual para las comunidades dentro de sus cosmovisiones es imposible dividir propiedad intelectual, cultural y científica, pues todas hacen parte de un todo, la propiedad es comunitaria para estos grupos. Así que la estructura de la Propiedad Intelectual, tal como ha sido señalada por la cultura cristiana o por el derecho occidental es extraña, incomprensible y su autodeterminación es violenta imponiéndose de manera agresiva a los principios universales consagrados en el Derecho Internacional y en el Derecho Interno.

El Convenio sobre Diversidad Biológica señaló la importancia de reconocer y garantizar a las comunidades indígenas y locales esos derechos sobre sus conocimientos tradicionales, -a su vez los acuerdos del GATT, obligan a los estados signatarios a adoptar un sistema de patentes u otro procedimiento *sui generis* para las variedades vegetales-. El GATT es un documento flexible, abierto a interpretaciones -el lenguaje empleado es en gran parte de carácter general y contiene cláusulas ambiguas con relación a lo ambiental. De allí que los tomadores de decisiones políticas tienen varias opciones, según el enfoque particular de cada uno sobre la propiedad intelectual.

Entre los múltiples puntos de debate tenemos:

- El sistema de patentes puede autocorregirse adoptando sistemas “*sui generis*” para el campo de la Biotecnología, tal como el que se desarrolló en su momento para el software y la tecnología de circuitos integrados, otros opinan que la patente tiene suficiente flexibilidad para adaptarse a circunstancias cambiantes y que éste sistema es suficiente para proteger la materia viva y el conocimiento tradicional, éste último podría encajar colectivamente de la misma forma como se protege la propiedad de las grandes Corporaciones. La realidad es que ha existido una lamentable falta de pensamiento creativo en materia de sistemas de innovación. Esta creatividad es necesidad urgente.
- Los sistemas de propiedad intelectual han evolucionado en su contexto legal y cultural, de forma que se han vuelto inaccesibles para la mayoría de los innovadores informales. Hay también barreras evidentes en lo económico y logístico que impiden la protección del conocimiento tradicional porque el sistema de propiedad intelectual no da espacio a los innovadores informales (Crocodile Group, 1994).

### *Esfuerzos para Implementar una forma sui generis de Protección del Conocimiento Tradicional.*

A partir de la Cumbre de Río, muchos esfuerzos se han hecho para implementar un sistema *sui generis* de Propiedad Intelectual que respete la Autodeterminación de las comunidades indígenas y locales en su particularidad del conocimiento intelectual tradicional.

Una visión global de estos esfuerzos se expondrá a continuación con el objeto de establecer el “estado del arte” de este reto que debe concluir en una posición que armonice la Convención de la Biodiversidad con los parámetros de los requerimientos comerciales y políticos de los convenios y tratados internacionales, en especial el ADPIC.

En 1990, la Coalición Global por la Biodiversidad Cultural establece un grupo de trabajo en Derechos de Propiedad Intelectual (DPI). Su misión fue unir comunidades indígenas, organizaciones científicas y grupos ambientales a fin de proponer una estrategia para el uso del conocimiento tradicional que involucrara las comunidades locales en estrategias de conservación y desarrollo. El trabajo de este grupo inició con una serie de seminarios y publicaciones cuyo objeto era alertar a las comunidades en la relevancia y urgencia de las decisiones sobre Propiedad Intelectual en el contexto de las negociaciones internacionales especialmente la Cumbre de Río y el GATT. Otro propósito, ha sido orientar el debate de la PI en las comunidades locales hacia sus necesidades, expectativas y problemas prácticos. Los esfuerzos fueron recogidos en el libro “Más allá de la Propiedad Intelectual” publicado en 1996. La investigación destaca la dificultad encontrada a nivel terminológico, pues existe una mezcla de términos legales, científicos, económicos y políticos, no siempre fáciles de comprender y difíciles de traducir a los grupos étnicos y comunidades locales. Una de las principales tareas del grupo, fue reconstruir un concepto de PI, que reconociera los recursos tradicionales: tangibles e intangibles y que éste cubriera los diversos acuerdos celebrados para su protección y compensación, porque el término “propiedad” en PI, es equívoco ya que para las comunidades étnicas la propiedad es intangible, se relaciona con manifestaciones espirituales, que si bien es protegida al interior del grupo, es propiedad inalienable.

A partir de lo anterior, se estructuró así el término **Derechos sobre Recursos Tradicionales**, el término tradicional hace referencia a prácticas, creencias, costumbres, conocimientos y herencia cultural de comunidades indígenas y locales que viven en una asociación cerrada con la tierra. El término recurso es usado en un sentido amplio para incorporar: conocimiento y tecnología, cualidades espirituales y estéticas, fuentes tangibles e intangibles que son necesarias para asegurar plenamente sus estilos de vida, para las presentes y futuras generaciones. Derechos hace referencia a las garantías inalienables de la existencia humana y de los entes colectivos para mantener la dignidad de sí mismos sus predecesores y sus descendientes.

El concepto “Derechos sobre Recursos Tradicionales” puede acomodarse a los acuerdos internacionales, como base para un sistema *sui generis* de protección para comunidades indígenas y sus recursos, ya que éstos poseen un sistema de conocimiento que no se acomoda a las categorías de la PI, por la complejidad de los sujetos (diversas categorías de comunidades, cada cosmogonía es diferente), y

por los conocimientos que aportan, tales como:

- Conocimiento sobre uso corriente o potencial de plantas, animales, suelos o minerales.
- Conocimientos para preparación y procesamiento de especies.
- Conocimiento en formulaciones que comprenden varios ingredientes.
- Conocimiento de métodos de cultivo, selección de plantas y otros.
- Conocimientos para protección del ecosistema tales como métodos de protección y conservación de recursos que pueden alcanzar altos valores comerciales pero que son usados en la comunidad para sus prácticas tradicionales.
- Propiedad cultural con significaciones espirituales como objetos de arte que adquieren la categoría de sagrados.

Si bien, tanto el derecho internacional como las legislaciones internas han reconocido a las comunidades étnicas derechos comunitarios sobre su suelo e incluso se ha reconocido el derecho a sus estilos de vida, consagrando mecanismos de protección que conllevan el respeto a sus métodos para usar y aprovechar los recursos (como sistemas de pesca, caza, cultivos, entre otros), sus conocimientos no son valorados económicamente en el mercado, tal es el caso de productos naturales vendidos como medicamentos, estos productos son “elaborados” a través de información obtenida en bases de datos o publicaciones académicas que son el resultado de investigación etnobotánica, sin consentimiento previo de la comunidad y sin reconocer compensación.

En el caso concreto de la información sobre recursos culturales y biológicos de las comunidades, los científicos e investigadores o periodistas publican artículos, recogen bases de datos o videos que protegen bajo la modalidad de derechos de autor o *copyright*, sobre los cuales se pagan regalías al autor sin que los aportantes de la información (las comunidades) conozcan el sistema de comercialización ni hallan aportado su consentimiento. Ésto demuestra como el conocimiento tradicional ha sido “almacenado” y “diseminado”, sin reconocer los derechos de propiedad intelectual a las comunidades.

Para tratar de proteger en estos aspectos el conocimiento tradicional se han creado: Los Centros de Recursos del Conocimiento Tradicional, la Fundación Mundial para la Salvaguarda de las Culturas Indígenas y el Programa de Colaboración sobre Medicina Tradicional y Herbolaria.

Los Centros de Recursos del Conocimiento Tradicional recogen y propagan el conocimiento tradicional como el Centro del Conocimiento Tradicional para Agricultura y Desarrollo Rural (CIKARD); en Iowa (USA), el Centro para Investigaciones Tradicionales (CIRAN) en Netherlands.

La Fundación Mundial para la Salvaguarda de las Culturas Indígenas, surge en Francia en 1993 y entre sus objetivos están:

- Contribuir a la protección de la herencia cultural consultando plenamente las organizaciones indígenas.
- Promover en las naciones la importancia de salvaguardar la cultura étnica.
- Mantener un registro de los conocimientos y técnicas creadas por las comunidades indígenas.



Los documentos incluyen publicaciones, películas, colecciones de conocimiento tradicional conservados en dos tipos de archivos: uno público que puede consultarse sin restricciones y otro de acceso restringido porque puede afectar directa o indirectamente a la comunidad y éstas deben conceder su consentimiento para su acceso. La Fundación sin embargo, permite el acceso a estos documentos restringidos, cuando el propósito de la investigación ha sido aprobado previamente por el consejo gerencial o por un comité ético.

El Programa sobre Medicina Tradicional y Herbolaria, (PROCOMITH) tiene su base en Chiapas (México) su propósito es investigar el conocimiento de la comunidad Maya en su lenguaje sobre el uso de plantas. Una de las actividades de PROCOMITH es el establecimiento en Chiapas de un herbario y un Jardín etnobotánico con propósitos de educación, investigación y promoción del conocimiento tradicional. Paralelamente con el herbario, se ha establecido una base de datos en etnomedicina y en etnobotánica en lenguaje local, que es accesible a la comunidad local.

### *El Valor del Conocimiento Tradicional*

Es probablemente imposible estimar el valor del mercado del Conocimiento Tradicional. Una estimación de valor del mercado de productos medicinales basados en plantas (muchas de las cuales fueron usadas por primera vez por comunidades indígenas) ascendió en 1985 a \$43 billones de dólares. Sin embargo, sólo una mínima proporción (menos del uno por ciento) fue retornado a la comunidad (Posey, 1996).

La agricultura moderna depende de gran cantidad de cosechas con características de productividad y resistencia que sólo pueden ser mantenidas y proveídas con un nuevo germoplasma. La mayoría de este germoplasma proviene de variedades “Folk” (tradicionales) que han sido conservadas por comunidades étnicas y locales. La industria farmacéutica continuamente investiga y confirma la eficacia de muchas medicinas y toxinas usadas por las comunidades indígenas. Otras industrias de productos manufacturados producen alimentos y productos para el cuidado personal elaborados a partir de conocimientos tradicionales entre otros.

Otro aspecto que debe considerarse es el de las publicaciones, cuando el conocimiento tradicional es utilizado en aspectos concernientes a los derechos de autor, a través de cualquiera de sus modalidades, esta publicación entra en el campo del “dominio público”, es decir, puede ser usado libremente reconociendo al autor sus derechos, perdiendo el conocimiento tradicional, elementos de protección dentro de la estructura de la PI, como es la novedad, dado que no fue la comunidad quien aportó la información básica.

La “Justa Compensación” ha sido internalizada en el derecho internacional y en las legislaciones internas, pero la cuestión es complicada cuando se trata de comunidades étnicas, pues debe analizarse caso por caso. ¿Qué cantidad de compensación es justa y realista?, ¿Qué forma debe tener la compensación?, ¿Cómo distribuirla cuando dos grupos étnicos poseen conocimientos similares sobre el mismo recurso?, ¿Cuál es el proceso ideal para negociar los beneficios?. Un informe de la Conferencia de Propiedad Intelectual y Conocimiento Tradicional, celebrado en Granlibakken Lake (USA), en 1993, sugiere tres posibles métodos para asegurar protección y compensación de los Recursos Biogenéticos y el Conocimiento Tradi-

cional: Contratos, Fondos y Trust<sup>2</sup>.

*Un contrato* para el intercambio de conocimiento o muestras biológicas generalmente comprende acuerdos con la comunidad para coleccionar, identificar y procesar muestras que son enviadas para screening. Idealmente la comunidad podría controlar todos los pasos de este proceso.

La coalición global para la Biodiversidad Cultural, recomienda un convenio para proteger el conocimiento tradicional, cuyos elementos sirven de guía para una negociación dentro de la ética, la equidad y el mutuo beneficio. En lo esencial el convenio debe contener:

- El establecimiento de los beneficios bajo la forma de “trust”.
- Un interventor independiente para evaluar el acuerdo y asegurar que las partes comprendan sus obligaciones y las cumplan.
- Consentimiento informado previo con información plena.
- Afectaciones al Ambiente, Biológicas y Sociales. Protección a propiedades sagradas (imágenes, conocimientos, materiales, etc.).
- Reconocimiento de categorías de conocimiento (uso corriente, previo, potencial de plantas, animales; preparación, procesamiento de especies, etc.) estableciendo justa compensación y derechos.

*¿Pueden las Comunidades Desarrollar su Propio Sistema de Protección de los Derechos de los Recursos Tradicionales?*

El concepto derechos de los recursos tradicionales ha surgido para definir un conjunto de derechos que encierran protección, conservación y compensación. Los Recursos Tradicionales incluyen plantas, animales y otros objetos materiales que pueden tener cualidades sagradas, hereditarias, ceremoniales o estéticas. Para las comunidades étnicas la propiedad tiene manifestaciones intangibles y espirituales y también una fuerte protección bajo formas no establecidas por el derecho occidental. El derecho tradicional es un concepto integral que reconoce una conexión entre la diversidad biológica y cultural, armoniza los derechos humanos de las comunidades indígenas y locales e incluye el derecho al desarrollo y a la sostenibilidad.

Otro concepto que se ha propuesto es el de “Derechos Intelectuales Comunitarios”, elaborado por Shiva (1994). Este concepto se dirige especialmente a encontrar un elemento comprensivo de los derechos de los Agricultores. Estos derechos deben tener como elemento básico para su afirmación lo siguiente:

- Ser incorporados en las legislaciones nacionales y ser reconocidos recíprocamente por otros países.
- Implementar una base de datos para intercambio de información entre las comunidades.

El congreso celebrado en Madras (India) en 1994 sobre el papel de la innovación informal en la conservación y utilización de recursos genéticos vegetales propuso que los derechos de los Agricultores podrían ser protegidos bajo las siguientes condiciones:

<sup>2</sup> Depósito, Crédito u obligación.

- Las variedades vegetales desarrolladas por comunidades pueden ser depositadas en bancos de germoplasma con un registro que contenga: fecha, lugar y origen (incluyendo nombres y dirección de las comunidades).
- Las oficinas nacionales de Propiedad Intelectual y una Secretaría Internacional deben estar enlazados a esta oficina internacional.
- Debe conformarse un tribunal internacional que vele por el respeto de estos derechos que se adquieren con el registro.

La Red del Tercer Mundo diseñó un modelo para hacer un acto de derechos intelectuales que consulte las características del conocimiento tradicional. Este modelo consulta dos elementos el ADPIC artículo 27(3b) y el artículo 8 (j) del Convenio sobre Diversidad Biológica. El objeto del acta es prevenir “la privatización y usurpación del conocimiento tradicional a través de las definiciones existentes de innovación”. Afirma la existencia del conocimiento que es comunitario y compartido. Igualmente introduce el concepto de Derechos Intelectuales Comunitarios y consulta el valor que ese conocimiento tiene en las comunidades. La innovación y la novedad requeridas en la estructura de la patente, se deben referir al conocimiento acumulado que poseen las comunidades, el cual constituye una “innovación” en el sentido que no ha sido conocido fuera de su “mundo”. La base legal para proteger la “innovación” de las comunidades es un fideicomiso, donde el fideicomisario sería la comunidad, representada por sus líderes designados por ellos mismos para administrar los beneficios comunitarios. El fideicomitente se construye bajo lo declarado en el CDB, en el cual el Estado es quien posee los derechos soberanos y tiene de hecho, estos derechos en fideicomiso para la comunidad.

El modelo de acto sugiere la creación del Registro de Invención, en el cual una comunidad puede registrar la innovación mediante un método para declarar su existencia. La idea es similar al *copyright*, este Registro prevendría la apropiación de toda patente derivada de ese conocimiento o “innovación”. En 1985 la UNESCO y la (OMPI) Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, elaboraron un documento denominado “Modelo provisional para legislaciones nacionales en protección de expresiones del folclor frente a la explotación ilícita y otros actos perjudiciales”. El objetivo era ir más allá del *copyright* para proteger expresiones intangibles así como trabajos tangibles. El documento evita una definición de folclor, pero en la sección dos describe expresiones del mismo a saber: cuentos, poesías, adivinanzas, folclor, canciones e instrumentos musicales, danzas, juegos y formas artísticas de rituales, dibujos, pinturas, esculturas, cerámica, joyería, textiles y formas arquitectónicas. Igualmente, se establece que ciertos usos de expresión del folclor, están sujetos a la autorización previa de la comunidad de acuerdo a sus propias Normas y constituye “explotación ilícita” si se utiliza sin haber obtenido esta autorización. Igualmente define dos elementos:

Contexto Tradicional, para significar un marco de propiedad artística basada en el uso continuo de la comunidad.

Contexto Costumbrista, de acuerdo a las prácticas cotidianas en la comunidad, cuatro tipo de acciones pueden penalizar o sancionar:

- Deficiencias, fallas o ausencias al indicar la fuente étnica y geográfica de una expresión del folclor en comunicaciones impresas y otro tipo de comunicación pública.

- Utilización o uso de una expresión del folclor cuando se requiera autorización.
- Engaño deliberado al público acerca de la fuente étnica.
- Cualquier uso público que distorsione la producción de una manera que perjudique la comunidad interesada.

Una “autoridad competente” que puede ser la comunidad misma debe vigilar el uso y aplicación del folclor y además debe coordinar las autorizaciones requeridas. Estos derechos cubrirían características del derecho de autor y considera las creaciones artísticas como comunitarias. Pocas legislaciones han implementado este modelo, sólo algunos países africanos han incorporado algunos elementos del mismo en sus leyes internas.

Los conceptos “Derechos Comunitarios Intelectuales”; “Derechos sobre Recursos Tradicionales” y los Modelos de provisiones para su protección, son alternativas para establecer una figura *sui generis* de propiedad intelectual tradicional o comunitaria que previenen su privatización, además incorporan el contenido de derechos como la autodeterminación incluyendo derechos humanos y territorio; cubre el amplio campo de protección como el conocimiento, los recursos biogenéticos, la propiedad cultural, el folclor y el paisaje.

## INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE PROTEGEN LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Estos instrumentos internacionales deben clasificarse en vinculantes y no vinculantes. Igualmente deben considerarse otras fuentes del Derecho Internacional, como el “soft law” que se ubica dentro del derecho de la costumbre y es la segunda fuente de aplicación del derecho internacional.

**Tabla 1.** Instrumentos Internacionales obligatorios y no obligatorios para protección del conocimiento tradicional.

CATEGORÍA	OBLIGATORIOS	NO OBLIGATORIOS
Derechos Humanos	CIDE, y S, CIDC, y P	DH, DDI
Derecho a la libre determinación.	CIDE, y S, -CIDC, y D	DDI - DV
Derechos Colectivos	CIOIT 169 -CIDE y P	DDI - DV
Derechos al Suelo y al Territorio	CIOIT 169-	DDI
Derecho a la Libertad de Religión	CIDC y P	DNDH
Derecho al Desarrollo	CIDE y S -CIDC y P OIT 169.	DH, DDI
Consentimiento informado previo	CDB	DI
Integridad Ecológica	CDB	DR
Derechos Propiedad Intelectual	OPI -GATT, UPOV, CDB-	
Derechos Propiedad Cultural	UNESCO	
Derecho a la Protección Herencia Cultural.	UNESCO	
Derecho a los Cultivos Culturales	UNESCO	
Derechos de los Agricultores	OIT 169	

Abreviaturas:

CDB (Convenio sobre Diversidad Biológica); Convenio Internacional de Derechos Económicos y Sociales (C.I.D.E. y S.); Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos (C.I.D.C. y P.); Declaración de los Derechos Humanos (D.D.H.); Declaración de Derechos Indígenas<sup>3</sup> (D.D.I.); Convenio OIT. 169 (C.O.I.T.169); Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (O.M.P.I.). Fuente: Posey and Dutfiel, 1996).

<sup>3</sup> <http://www.latinenergy.org/protecting.indigenous.sp.htm>.

## *Reconocimiento de los Derechos Comunitarios Intelectuales en el Campo del Derecho Intelectual*

Entre los primeros tenemos:

- El GATT en especial el ADPIC es el acuerdo multilateral más ambicioso en materia de Propiedad Intelectual, contiene 73 artículos que comprenden copyright, marcas, indicaciones geográficas, diseño industrial, patentes, secretos industriales, circuitos integrados, prácticas antimonopólicas y licencias contractuales entre otros. El artículo 27(3b) excluye de patentabilidad: “plantas, animales y otros como microorganismos y procesos esencialmente biológicos para la producción de plantas, animales y otros derivados de los procesos microbiológicos o no biológicos. La protección de variedades vegetales puede darse por patentes o por un sistema *sui generis* o por una combinación de ambos. Mediante este artículo se abre la posibilidad a desarrollar el sistema *sui generis* de protección del conocimiento tradicional.
- Convenio sobre Diversidad Biológica: es la primera vez en un instrumento vinculante que se incorpora el conocimiento tradicional y los estilos de vida de las comunidades, en especial el artículo 8 (j) se refiere a estos aspectos, éste debe relacionarse con los artículos 10(d); 11,12,13,14,15,16,18,23,24,25 especialmente. Otras Convenciones como la de Derechos económicos, sociales y culturales y la de Derechos Civiles y Políticos desarrollan los derechos humanos. El artículo 1 (2) de ambos documentos establecen: “Todo pueblo puede para sus propios fines, disponer libremente de sus recursos y riquezas naturales sin perjudicar obligaciones surgidas de la cooperación internacional, basados en el principio del beneficio mutuo y del derecho internacional”.

El artículo 15 (1c) del Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos hace un reconocimiento expreso de los derechos humanos colectivos: “Los estados miembros reconocen el derecho de todos a beneficiarse de la protección de los intereses materiales y morales resultado de cualquier producción artística o literaria de la cual sean autores”.

Estos convenios encierran muchos aspectos que el derecho internacional reconoce a las comunidades étnicas, como el derecho a la salvaguardia de sus propios recursos y a los beneficios y bienes producidos por ellos. Sin embargo en muchas ocasiones, estos convenios son frecuentemente ignorados por los gobiernos y deben ser reivindicados por las propias comunidades en los tribunales internacionales. Así mismo, existe la Convención Mundial Herencia de la UNESCO (1972), cuyo objetivo es la protección de la herencia cultural y natural de la humanidad.

Junto con estos instrumentos internacionales tenemos la Convención de Roma; el Convenio 169 de la OMPI, y la Convención para la prevención y prohibición de exportación, importación y transferencia de la propiedad cultural.

*Instrumentos no vinculantes del derecho internacional:*

“Soft law” derecho flexible son documentos no vinculantes en las cortes o los tribunales. Sin embargo, tienen un impacto en las relaciones internacionales y en última instancia en el Derecho Internacional. El soft law surge de la segunda fuente del Derecho Internacional: la costumbre, en la práctica se refiere a una gran varie-

dad de instrumentos tales como declaraciones, principios, codificación de prácticas, recomendaciones, guías, resoluciones, etc.

Entre estos instrumentos tenemos:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos. El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, constituye un grupo de trabajo para poblaciones o grupos indígenas, la cual llega a ser el Foro Internacional más importante de los derechos indígenas y establece la Declaración de los Derechos de los pueblos indígenas.
- La Resolución 1990/27 recomienda la protección del conocimiento tradicional.
- La Agenda 21, igualmente incorpora el reconocimiento y protección del conocimiento tradicional.
- El Código Internacional de Conducta para colección y transferencia de germoplasma de la FAO.

También deben incluirse instrumentos que si bien no caen en el marco legal del Derecho Internacional, son elaborados por asociaciones académicas o profesionales, organizaciones no gubernamentales u organizaciones indígenas que producen códigos de conducta, declaraciones, códigos de ética que vinculan a los firmantes, y son importantes elementos para lograr unas relaciones éticas y equitativas que pueden llegar a incorporarse en la legislación interna y bilateral. Algunas de estas iniciativas son los acuerdos de colaboración para la investigación con la comunidad étnica, que comprendan una participación por partes iguales en que la comunidad sea considerada un colaborador experto, finalmente teniendo como condición necesaria que la comunidad controle “el acceso a su territorio” y controle su “conocimiento”.

Los Kuna de Panamá han establecido “guías” para investigadores que comprenden- prevenir que la investigación genere un impacto sobre el ambiente y la cultura, para ello se establece un comité científico-, entregar a la comunidad informes escritos y copias de la publicación en español al igual que copias de material fotográfico. Existe un comité científico que debe guardar copias de especies colectadas. Estas acciones de la comunidad indígena, en su lucha por formular los derechos colectivos, especialmente a partir de la cumbre de Río, han logrado que las comunidades étnicas se organicen en ONG's., como COICA y la conferencia de Mataatua, entre otras.

A estas organizaciones se les han unido en todo el mundo científicos, ONG's e instituciones profesionales para reconocer y evaluar el conocimiento tradicional como base para elaborar un sistema de protección que consulte sus características específicas. De estos esfuerzos han resultado códigos de conducta, identificación de espacios entre normas, prácticas y guías. Han documentado sus prácticas tradicionales sobre uso y aplicación de Biorecursos, detallando su conocimiento acerca del uso de agua, plantas, animales, suelo, bosques, demarcando las fronteras de sitios y áreas sagradas de significado cultural e histórico (áreas que caen bajo la designación de paisajes culturales), comunidades como los Ye Kuana de Venezuela han comenzado a demarcar su territorio con sistemas de información geográfica. En la India se han desarrollado Registros (copyright) que documentan toda planta conocida, las especies animales en su área y los detalles de su uso para asegurar el control del conocimiento tradicional y el acceso. Otras como los Invit Cana-

dienses, han establecido bases de datos a través de sistemas electrónicos.

En el segundo Foro Indígena Internacional sobre la Biodiversidad celebrado en Madrid en noviembre de 1997, se establecieron importantes argumentos con relación a la preocupación de los pueblos indígenas sobre el artículo 8(j) del CDB, entre ellos merecen destacarse:

- La falta de reconocimiento de los pueblos indígenas como pueblos con derechos *a priori*, inalienables y por lo tanto, como partes en el Convenio y su implementación.
- La falta de plena participación de los pueblos indígenas en los procesos relacionados con el Convenio sobre Diversidad Biológica.
- El claro favoritismo del Convenio por los actuales marcos jurídicos internacionales, multilaterales, bilaterales y nacionales, incluyendo los regímenes de propiedad intelectual y sus impactos sobre los conocimientos indígenas.
- La falta de vinculación del artículo 8(j) y otros relacionados, con otros instrumentos internacionales que tratan de los derechos de los pueblos indígenas.
- La falta de cumplimiento de los Estados contratantes con los términos y condiciones del convenio y otros instrumentos internacionales relacionados.

Como recomendación para la formulación de un programa de trabajo se estableció asegurar que la implementación del artículo 8(j) y los artículos relacionados, tomen en consideración las declaraciones y propuestas de los pueblos indígenas incluyendo: El proyecto de declaración sobre derechos de los pueblos indígenas, la declaración de Kari Oca, la declaración de Mataatua, la declaración de Santa Cruz, la declaración y el Plan de Acción de Leticia, el tratado para un Pacífico sin Patentes sobre Formas de Vida, la declaración de Ukupseni Kuna Yala y las declaraciones anteriores sobre reuniones de la Conferencia de las Partes.

En lo referente a Legislaciones Regionales o Internas, se pueden destacar: la Decisión 391 del Pacto Andino, en esta se han desarrollado condiciones de Acceso al Recurso Genético en el Marco del CDB, y establecido mecanismos para garantizar el consentimiento informado previo y reconocimiento de los Derechos Colectivos Intelectuales. En el Brasil existe un proyecto de ley sobre el acceso a los recursos genéticos y sus productos derivados. Este proyecto contiene elementos para garantizar que las organizaciones indígenas aseguren el respeto a su conocimiento, a sus tradiciones y a sus tierras. Se establece que con base en el derecho indígena se puede rehusar el acceso al conocimiento tradicional. En el caso del conocimiento colectivo, la protección deberá ser otorgada en nombre de la comunidad, quien retiene la propiedad de todos los datos de la investigación, patentes y productos que se deriven del uso ilegal del conocimiento tradicional.

En el Perú existe una propuesta de reglamentación y protección del conocimiento tradicional de comunidades indígenas, la cual presenta una opción interesante en cuanto a como manejar compensaciones monetarias por el acceso al recurso genético y sus componentes intangibles. Se plantea el manejo a través de un Fondo Fiduciario, que serviría para financiar programas y proyectos de conservación, desarrollo y manejo de la diversidad biológica y cultural. En Bolivia en junio de 1997, mediante Decreto Supremo 24676 se reglamentó la Decisión 391 del Pacto Andino. En Ecuador existe la Resolución R-DE019 de 1997 que reglamenta la investigación del Recurso Silvestre conforme a lo dispuesto en la Decisión 391 del Pacto Andino.

En la India existe una propuesta de reglamentación para la protección de variedades vegetales y derechos de los agricultores, el cual cubre toda gama de plantas incluyendo las variedades existentes y nuevas. Establece como ámbito de aplicación las plantas cultivadas y sus parientes silvestres excluyendo microorganismos. El proyecto incluye la creación de un “Fondo comunitario nacional de genes” administrado por la Autoridad Nacional. También en la India, existe una propuesta de legislación sobre Biodiversidad, el cual aplica a todos los recursos biológicos originarios y naturalizados en este país. El proyecto clasifica los sistemas tradicionales en codificados y no codificados. Con relación a los no codificados distingue tres tipos:

- Los documentos de conocimientos, innovaciones y prácticas con el propósito de mantenimiento y preservación.
- El reconocimiento de este conocimiento a través del sistema legal, para acordarles su propiedad intelectual.
- El diseño de mecanismos para distribución de beneficios con los detentadores y creadores de ese conocimiento.

Igualmente, la India ha implementado el Registro de Biodiversidad de los Pueblos Indígenas para validar la información en el marco del *copyright*.

#### El Convenio sobre Diversidad Biológica - ADPIC

Estos que son dos instrumentos internacionales constituyen la estructura básica sobre la cual se centra el debate de la PI y los “Derechos Intelectuales Tradicionales” o “Derechos Intelectuales Comunitarios”, específicamente se relacionan los artículos 8 (j) CDB y 27 (3 b) ADPIC el cual se implementó en el año 2000. ¿Cual ha sido la implementación de estos dos artículos? ¿Qué estructura concreta se ha definido para proponer un sistema *sui generis* de protección al conocimiento tradicional? ¿Se cuenta con información para analizar esta temática?

Las respuestas definitivamente a estos interrogantes son negativas, como se puede deducir del informe del Comité de Comercio y Medio Ambiente de la Organización Mundial del Comercio de 1996: Observando que el párrafo 3b) del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC será objeto de examen en 1999, algunos son de la opinión que, como parte del examen, se incluya un debate a fondo de sus consecuencias en la esfera del comercio y el desarrollo. Otra opinión es que el Comité no tiene ningún papel que desempeñar en este examen, puesto que el Consejo sobre los ADPIC constituye el foro adecuado y tiene los conocimientos necesarios para efectuar el examen de disposiciones específicas de los ADPIC, especialmente el párrafo 3b) del artículo 27, como se especifica en el Acuerdo sobre los ADPIC.

En lo que concierne a los conocimientos tradicionales y autóctonos, se expresó la opinión de que éstos han constituido la base de una gran parte del desarrollo de la agricultura y la medicina moderna, pero esas comunidades tienen que pagar por productos patentados que se han obtenido gracias a sus conocimientos e innovaciones. Se ha sugerido a ese respecto que el Acuerdo, sobre los ADPIC *excluya la posibilidad de patentar procedimientos y productos derivados de recursos biológicos naturales, ya que es dudoso que puedan considerarse “nuevos” desde el punto de vista de los criterios de patentabilidad, pero que en él se deben reconocer los intereses tradicionales y la titularidad de los derechos. Tal vez sea necesario elabo-*



*rar nuevas leyes y códigos de conducta en los que se modifique la noción de secretos comerciales, para asegurarse que las comunidades de las que provienen los conocimientos tradicionales reciban los beneficios de su explotación.* Los que comparten esta opinión han sugerido que en el examen del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC se tengan en cuenta los resultados de las negociaciones sobre “Derechos de los Agricultores” en el marco del Sistema mundial para la conservación y utilización sostenible de los recursos fitogenéticos de la FAO, y otros acontecimientos relativos a la protección de los conocimientos tradicionales, tanto en la esfera del Convenio sobre la conservación de la diversidad biológica, (1997), como a nivel interno.

Por otra parte, *se ha opinado que no es conveniente contemplar la posibilidad de modificar el Acuerdo sobre los ADPIC, ya que los conocimientos tradicionales o autóctonos no constituyen propiedad intelectual, y abarcan una materia ampliamente conocida o de dominio público que, por consiguiente, no puede, ni debe ser objeto de un DPI.* Conforme a esta opinión, es necesario mantener el acceso libre y gratuito a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, porque redundaría en beneficio de todos los países y un intercambio libre de tales materiales genéticos permite mejorar las investigaciones y los conocimientos, aumenta el número de variedades productivas al tiempo que incrementa la producción de alimentos y mejora su calidad. La libre circulación de los recursos fitogenéticos para la investigación y reproducción, facilita la conservación de los genes y mejora los bancos de genes para cultivos. En lugar de buscar una solución en el contexto de los DPI, se propuso que los acuerdos voluntarios en los que intervienen empresas, gobiernos extranjeros y poblaciones autóctonas previeran la participación en los beneficios y la cooperación técnica para quienes suministran informaciones, lo que constituirán un medio eficaz para retribuir los conocimientos tradicionales que no son objeto de protección, como propiedad intelectual; tales acuerdos contractuales privados no requieren disciplinas multilaterales ni precisan el establecimiento de un sistema internacional *sui generis* en esta esfera.

Al considerar la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y los AMUNA (Acuerdos Multilaterales Sobre Medio Ambiente) que contienen disposiciones relacionadas con los DPI, *algunos sugirieron que se adopte un enfoque cauteloso, ya que se tiene muy poca experiencia en la aplicación de estos instrumentos.* También se ha examinado la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica (1998). Algunos consideran que su alcance, tema y finalidad son distintos, pero estiman que no hay contradicción ni incompatibilidad entre sus obligaciones y objetivos. Al asegurar una protección suficiente al innovador, el acuerdo sobre los ADPIC promueve el objetivo del Convenio de fomentar la transferencia de tecnología relacionada con la comercialización y utilización de recursos genéticos. Al tener como objetivos el que se compartan equitativamente los beneficios derivados de la comercialización u otros usos de los recursos genéticos, el Convenio aborda indirectamente los DPI y determina que la transferencia de tecnología es una forma de compartir beneficios que sus partes deberían promover.

*El CDB no se refiere a sistemas concretos de DPI ni a las características particulares de los DPI, pero sí prevé que los mecanismos utilizados para promover la transferencia de tecnología deben reconocer la necesidad de una protección suficiente y efectiva de los DPI y ser compatibles con ella, que es lo que exige el Acuerdo sobre los ADPIC.* Se considera que ambos acuerdos tienen la flexibilidad necesaria para

permitir el logro de los objetivos ambientales. El acuerdo sobre los ADPIC permite que los miembros apliquen políticas nacionales encaminadas a lograr un desarrollo sostenible y adopten las medidas adecuadas de conformidad con el Convenio. Por consiguiente, no veían la necesidad de seguir examinando esta cuestión. Algunos consideran que es necesario examinar las posibles incompatibilidades entre las disposiciones de la OMC y el Convenio sobre Diversidad Biológica en lo que respecta a las siguientes cuestiones: ¿cuál de los dos acuerdos tendría precedencia en caso de conflicto entre ellos, y particularmente en caso de que una de las partes en la diferencia no fuera parte en ese acuerdo?, ¿cuál es la relación entre las condiciones de acceso a los recursos genéticos previstas en el Convenio (que se basa en la noción de condiciones establecidas de común acuerdo) y los principios del trato nacional del Acuerdo sobre los ADPIC?; y ¿cuáles son las posibles consecuencias del artículo 22 del Convenio, el cual prevé lo siguiente: “Las disposiciones de este Convenio no afectarán a los derechos y obligaciones de toda Parte Contratante derivados de cualquier acuerdo internacional existente, excepto cuando el ejercicio de esos derechos y el cumplimiento de esas obligaciones pueda causar graves daños a la diversidad biológica o ponerla en peligro.”

También se han planteado varias cuestiones concretas, por ejemplo, ¿cuál es la relación entre el acceso preferencial a los recursos genéticos previstos en el artículo 15 del Convenio sobre Diversidad Biológica y disposiciones del GATT, tales como los artículos I y XI, y las políticas en materia de seguridad de la biotecnología aplicadas por cada país de conformidad con el Convenio?. Se ha hecho notar que el párrafo 5 del artículo 16 del Convenio prevé que los DPI deben ejercerse de forma que apoye y no se oponga a los objetivos del Convenio y se ha preguntado si las Partes tienen derecho a utilizar medidas que limiten o restrinjan la protección de los DPI o a recurrir a licencias obligatorias, aduciendo que ello es compatible con los objetivos del Convenio, especialmente en lo relativo a la transferencia de tecnología. Una cuestión conexa es la de sí el párrafo 1 del artículo 16 del Convenio, que prevé la transferencia de tecnología pertinente para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica o de tecnología que utilice recursos genéticos de manera ecológicamente racional, y el artículo 33 del Acuerdo sobre los ADPIC tienen objetivos compatibles.

En un documento no oficial de la India del 19 de julio de 1996, en el que se comparan las disposiciones pertinentes del Convenio sobre Diversidad Biológica y el Acuerdo sobre los ADPIC se proponen varias modificaciones de éste para armonizarlo con aquel: (i) con el fin de ocuparse de manera más adecuada de las invenciones biotecnológicas, el artículo 29 del Acuerdo sobre los ADPIC relacionado con las condiciones impuestas a los solicitantes de patentes incluida la divulgación completa de las invenciones patentables, debería modificarse, de modo que se exigiera una indicación clara de la materia prima biológica, el país de origen conocido y toda la información disponible relativa al conocimiento y las prácticas de la utilización de la materia prima biológica por comunidades autóctonas en el país de origen; debería estipularse el pleno acceso público a esta parte de la patente inmediatamente después de la presentación de la solicitud; (ii) para remediar la ausencia de un mecanismo de consentimiento fundamentado previo en el Acuerdo sobre los ADPIC, sería necesario concertar un Acuerdo de Transferencia de Materiales (ATM) con el país de origen, cuando el inventor deseará utilizar el material biológico y un Acuerdo de Transferencia de Información (ATI), cuando el inventor utilizara los conocimientos autóctonos o tradicionales; y (iii) se podría incluir la obligación de que los titulares de patentes concertarán acuerdos ATI para cualquier reconocimiento tradicio-

nal o autóctono que haya pasado a ser del dominio público o forme parte de sistemas de conocimiento registrado o accesibles de otra manera al público. También se propone que el CCMA (Comité de Comercio y Medio Ambiente de la OMC) examine las ventajas y los inconvenientes de elaborar un sistema de protección mediante patente de los conocimientos autóctonos y de las innovaciones locales y contemporáneas del acervo tradicional.

Se han sugerido posibles esferas de cooperación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y los AMUMA que contienen obligaciones relacionadas con los DPI. Una de las sugerencias es que esas obligaciones se notifiquen en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC para facilitar sinergias con los AMUMA. Otra es que se considere la posibilidad de canalizar la información pertinente sobre el cumplimiento de los compromisos relacionados con los DPI contenidos en esos AMUMA, a través de los mecanismos de notificación del Acuerdo sobre los ADPIC. Se debería mantener informado al CCMA sobre la evolución de la situación en el marco de otros instrumentos, tales como el Convenio sobre Diversidad Biológica y el Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales, y la evolución de nuevos conceptos relacionados con los DPI, tales como los derechos de los agricultores y los derechos de los mejoradores de plantas, en las organizaciones internacionales pertinentes. Algunos apoyan una cooperación más estrecha entre la Secretaría de la OMC y otras organizaciones internacionales en esta esfera. Partiendo de la petición hecha por la Secretaría del Convenio sobre Diversidad Biológica de que se le ayudará a preparar un informe sobre “Diversidad Biológica y aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio: sinergias y relaciones”.

En diciembre de 1988, el Consejo llevó a cabo un intercambio inicial de puntos de vista sobre el examen de lo dispuesto en el párrafo 3(b) del artículo 27 del Acuerdo. La Presidencia propuso al Consejo realizar el examen en la forma siguiente: invitando a los miembros y presentando información sobre los parámetros a seguir en la legislación nacional con temas relacionados con un plazo dado hasta el 1º de febrero de 1999; posteriormente, se invitó a la Secretaría a presentar una lista ilustrativa de las cuestiones de interés en tal sentido; por último, se pidió a la Secretaría entrar en contacto con la FAO, la Secretaría del Convenio sobre Biodiversidad y la UPOV, con el fin de solicitar información, fáctica acerca de las actividades. Una vez recibida esta información el Consejo volvería a tratar la cuestión. Desde 1996, sólo se retoma la decisión del artículo 27 (3b) en diciembre de 1998, este debate que debe concluir en el año 2000 (plazo establecido para implementar el artículo) y contempla el patentamiento de la vida en asuntos relativos no sólo al conocimiento tradicional, sino al consumidor; la conservación de la Biodiversidad; la protección al Medio Ambiente; la sostenibilidad agrícola; los derechos de comunidades étnicas y locales, y el campo de los derechos exclusivos que comprende la patente en términos de duración, transferencia tecnológica y aplicación geográfica. Dada la complejidad del tema y su relación con el artículo 8(j) del CDB, se propuso a los países proponer planes y proyectos piloto que permitieran encontrar una vía de solución, igualmente el Comité de Comercio y Desarrollo propuso un especial y diferente tratamiento para países con “pequeñas economías”.

#### *En el Campo de la Convención de la Biodiversidad Tenemos*

En noviembre de 1996, durante la tercera Conferencia de las Partes (COP3) celebrado en Buenos Aires (Argentina) se abordaron temas como los Derechos de Pro-

piedad Intelectual, el acceso a los recursos genéticos, y la conservación y el uso sostenible de los recursos, aunque el tema se debería centrar en especial en la aplicación del artículo 8(j), poco se adelantó en el tema debido a la férrea oposición de los países del norte a desarrollar el artículo 8(j), y por parte de los países del sur no se logró un consenso para crear un “órgano técnico subsidiario” que a través de mecanismos participativos formule ideas concretas sobre el tema. El único mecanismo acordado para el desarrollo del artículo 8(j) fue la programación de un “curso práctico” a realizarse en 1997 y la realización de un documento de antecedentes del Secretariado Ejecutivo, sobre los vínculos del artículo 8(j) con temas conexos.

Sobre temas conexos con el artículo 8(j) del CDB, especialmente artículos 15 y 16, la Conferencia de las Partes en mayo de 1998, abordó el análisis del acceso y la distribución de beneficios dando pautas especialmente hacia la clasificación de los conceptos involucrados.

En concordancia con lo anterior, sólo a partir de 1998 la OMPI y la OMC han realizado acercamientos para analizar la temática de la PI, sus convergencias y divergencias con el conocimiento intelectual de las comunidades, de allí que los elementos que se llevarán a las próximas reuniones parecen diluirse en el tiempo. Este primer análisis puso de manifiesto igualmente, los desacuerdos que pueden darse sobre el alcance de la revisión y el poco interés en desarrollar una propuesta concreta tanto por parte del ADPIC como de la Conferencia de las Partes para desarrollar el artículo 8(j).

## LEGISLACIÓN INTERNA EN COLOMBIA

Colombia ha suscrito el GATT y la Convenio sobre Diversidad Biológica, estos instrumentos se han implementado a nivel interno a través del Pacto Andino con la Decisión 344, la Decisión 391 sobre accesos a recursos genético y la Decisión 345 con la cual se implantó el sistema U.P.O.V. sobre variedades vegetales y la ley 265. En el campo de Tratados y Convenios Internacionales, Colombia ha suscrito la mayoría de los instrumentos referidos anteriormente.

De otro lado la Corte Constitucional en Colombia ha implementado la Norma Constitucional haciendo que ésta cumpla su función pedagógica de adaptar la norma a la realidad, en el campo específico del respeto a las diferencias étnicas y culturales varias jurisprudencias de la Corte han reconocido la diferencia cultural; el respeto a formas de vida y la aplicación de las formas propias que tienen las étnias para sancionar sus faltas. En el campo concreto de la protección del conocimiento intelectual tradicional, referido a los recursos vivos que sirven de soporte de vida a las comunidades étnicas y locales, no han existido pronunciamientos específicos del máximo tribunal constitucional; sin embargo, las organizaciones indígenas y negras desde 1992, al igual que otras organizaciones y comunidades indígenas del planeta, han analizado los mecanismos para adoptar un sistema *sui generis* de protección de su conocimiento. Igualmente, se han analizado las fórmulas o posibilidades propuestas a nivel internacional para implementar un sistema de protección, aportando como figura la “objección cultural” para significar aquella esfera de su conocimiento que no sería dable transmitir fuera de su mundo, por razones espirituales o sagradas.

Pero Colombia no ha reglamentado a nivel interno la Decisión 391, lo cual requiere

hacerse en consonancia con la Constitución de 1991 y la ley 99 de 1993. En el caso especial de la Decisión 391, la disposición transitoria octava no se ha implementado. Esta disposición establece que se elaborarán estudios nacionales para ser presentados a la Junta del Acuerdo de Cartagena, con el objeto de presentar una propuesta de Régimen especial para la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de los pueblos indígenas, comunidades afroamericanas y locales. A lo anterior debe agregarse como ingrediente en este análisis, las características novedosas que adquiere el derecho de propiedad frente a la Constitución y en especial, la calidad específica del recurso genético.

La ley 99 de 1993 establece que la Biodiversidad del país es Patrimonio Nacional y de interés de la humanidad, en otras palabras se reafirma el dominio que el Estado ejerce por regla general sobre los Recursos Naturales incluyendo el Recurso Genético, el cual en la Decisión 391, se clasifica igualmente como Patrimonio de la Nación o el Estado de cada país miembro. El Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado César Hoyos, absolvió consulta al Ministro del Medio Ambiente, en 1997 sobre el Régimen Jurídico del Recurso Genético. En esta Consulta el Ministro preguntó si al Recurso Genético puede dársele un tratamiento jurídico de propiedad independiente al previsto para el recurso biológico, teniendo en cuenta que este último contiene el primero. Para responder, se consideró la definición del artículo 1º de la Decisión 391 “como todo material de naturaleza biológica que contenga información genética de valor o utilidad real o potencial”. El desarrollo de la bioindustria ha utilizado como materia prima el material genético y el conocimiento tradicional acumulativo a ellos adherido, presentando ambos un valor estratégico como fuente de información.

Al analizar la característica privada o pública de un bien, la Corte Constitucional ha dicho “los bienes de dominio público se determinan, no sólo por las leyes que clasifican una cosa o un bien como de dominio público, es necesario además, que concorra el elemento del *destino* o de la *afectación* del bien a una finalidad pública es decir, a un uso o a un servicio público o al fomento de la riqueza nacional”. En cuanto a la expresión “patrimonio” con base en los artículos 62, 72, 277.7, 313.9 y 333 de la Constitución, tiene ésta más un sentido jurídico que económico, descriptivo de un conjunto de bienes cuya propiedad se atribuye a la nación por su afectación, sin importar que ellos sean mesurables o no económicamente como el patrimonio arqueológico, cultural e histórico.

Sobre la propiedad de los recursos naturales en sentencia C-519 de 1994, refiriéndose al artículo 8 de la Constitución, dijo la Corte: “Conviene insistir que la riqueza natural y cultural le pertenecen a la nación... debe la Corte resaltar la importancia que revisten los recursos y la información genética que ha sido aprovechada por las comunidades indígenas, negras y campesinas, cuyo conocimiento tradicional debe ser respetado y reconocido al momento de negociar sobre una riqueza que le pertenece al Estado, pero que requiere de la activa participación de las comunidades, como lo exige el artículo 330 de la Constitución”.

Si los recursos genéticos se encuentran en los recursos biológicos y éstos pueden ser de propiedad pública o privada, ¿qué categoría adquieren los Recursos genéticos? Responde el Magistrado ponente: “*el Recurso Genético es un bien público y como tal inalienable e imprescriptible, por tanto, no es susceptible de posesión*”. Aunque los recursos genéticos existen desde el origen del mundo, sólo recientemente se

les ha reconocido valor o utilidad real o potencial y por ello, son una especie nueva de bien intermedia entre el recurso biológico que lo contiene y la propiedad intelectual sobre el descubrimiento de la información. Por no existir legislación precedente que regule los recursos genéticos, resulta impropio decir que sobre ellos hay derechos adquiridos. Por ello, es necesario que se expidan normas que reglamenten el ingreso y salida del país de los recursos genéticos.

Este importante concepto implica reconocer que sobre el bien público no puede predicarse propiedad privada y por consiguiente no es posible en Colombia decidir sobre el acceso, hasta tanto no se regule específicamente el artículo 8 inciso 2º de la Constitución. No significa lo anterior por consiguiente, que la investigación que descifra esta información genética, incluida la innovación tradicional, no pueda protegerse. Para concluir, debe recordarse que en 1998, el Pacto Andino tramitó modificaciones a la Decisión 344 de 1993 para adaptarse al ADPIC.

Entre las modificaciones se planteó lo relativo al patentamiento de la materia viva, posición similar a la adoptada por el Parlamento Europeo en mayo de 1998, que permite reclamar derechos de inventor sobre seres vivos-animales, plantas y genes. Esta modificación se venía tramitando por el Ministerio de Desarrollo sin intervención del Ministerio del Medio Ambiente, el organismo competente como se dijo, para regular el acceso y salida del país del recurso genético, y sin consultar la comunidad en general.

Varias organizaciones comunitarias, ONG's. y universidades se manifestaron ante el Ministerio de Desarrollo solicitando:

- Información sobre el estado de las conversaciones al interior del Pacto Andino.
- Considerar que en lo referente a materia viva, la Decisión 344 y la Decisión 345, cumplían a cabalidad con los requerimientos del ADPIC y por consiguiente esta reforma iba “más allá” de lo establecido en el acuerdo.

## CONCLUSIONES

El término globalización encierra significados diferentes tanto para países del norte, como del sur; para el comercio y la Biodiversidad; para el derecho positivo y el derecho indígena, pero un sentido que une todos estos significados, es el de la gobernabilidad global de las naciones del mundo. La globalización también debe analizarse dentro de una diversidad creciente de tópicos como la burocracia de los organismos internacionales, los pasillos de los parlamentos, la información fragmentada de prensa escrita y de bases de datos de los mismos organismos internacionales, con estos elementos podemos concluir que existe una tendencia a no permitir una información completa, holística y que su intención es no impedir llegar al fondo de la cuestión.

La crisis de los “tigres asiáticos” en 1998 revivió la discusión sobre la globalización y los beneficios del capitalismo global. En particular, la capacidad de los países en desarrollo para hacer frente a los flujos de capital. Al respecto Robert Samuelson escribió en la Revista Newsweek “extender el capitalismo no es simplemente un ejercicio de ingeniería financiera: es un asalto a la cultura y a la política de las naciones, lo cual garantiza el conflicto”(Citado por Caballero, 1998).

A pesar de la comprensión del conflicto, la Propiedad Intelectual sigue su marcha

adelante dentro del contexto de la globalización y las comunidades étnicas lógicamente, se han visto compelidas a introducirse en la “Caja Pandora”. Se han propuesto figuras para diseñar un sistema *sui generis* como:

- Registros colectivos bajo el contexto de los *copyright*.
- Proteger el conocimiento bajo el sistema de secreto industrial.
- Reconocer la “innovación” cuando el conocimiento sale por primera vez de la esfera “propia” de una comunidad.
- Definir códigos de ética.
- Convenios o contratos de investigación entre la comunidad y los investigadores o las empresas que en el campo del derecho privado tienen plena garantía.
- Constituir fondos fiduciarios en los cuales la comunidad sea la Fideicomitente de los beneficios derivados del conocimiento y sus aplicaciones.

En adelante, la tarea será realizar un balance global de las estrategias propuestas y en definitiva decidir si se formula una propuesta *sui generis* plena de “innovación” y “novedad” que garantice a las comunidades su autodeterminación. Como dice Lester Thuron “Las decisiones acerca de la evolución de la Propiedad Intelectual, no pueden ser para especialistas. Se requiere un amplio debate de instituciones, expertos y representantes de la sociedad civil y las comunidades”.

## LITERATURA CITADA

Caballero A. Carlos 1998. ¿Fracasó el Capitalismo?. El Tiempo. Septiembre.

Chaparro *et al.*, 1998. Manual sobre la Propiedad Intelectual de productos derivados de la actividad académica. Colciencias Santafé de Bogotá.

Convenio sobre la Diversidad Biológica mayo 1998. Conferencia de las partes.

Croocible Group-Gentes-Plantas y Patentes 1994.

Correa, I. 1998 Poblamiento en el valle de Aburrá.

UNEP. 1997. Curso práctico sobre conocimientos tradicionales y diversidad biológica. CDB. Madrid.

El Convenio de la Biodiversidad, la FAO y la O.M.C. 1998. file: ///profiles/admini. Medidas urgentes en materia de propiedad industrial. <http://www.oepm.es/internet/Rd898/htm>.

Fandiño, María Claudia y Ferreira M., Paola. 1998. Colombia: Biodiversidad Siglo XXI : Propuesta técnica para la formulación de un Plan de Acción Nacional en Biodiversidad. Instituto Von Humboldt, Ministerio del Medio Ambiente, Departamento Nacional de Planeación, PNUMA, Unión Mundial para la Naturaleza.

Herdegen - 1998. Derecho Económico Internacional. Kourad Adenaver - Ciedla-Dike

Informes del Comité de Comercio y Medio Ambiente de la O.M.C., noviembre 1996,

diciembre 1998. <http://www.to.org/ddf/cgi-bin/dis poc.plurl>.

Posey D., y Dutfiel. 1996. Beyond Intellectual Property-International. Development Research Center .

Shiva V. 1994. Protecting our Biological Intellectual Heritage in the Age of Biopiracy.

The Latin America Alliance-Proteger. Los Derechos Indígenas. <http://www.latinsynergy.org/protecting.indigenous.sp.htm>.

Toledo, V. 1999 - El juego de la Supervivencia-Universidad Autónoma de México. D.F.



