

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho

Mención Derecho Internacional Económico

Perspectivas para la protección normativa de los conocimientos tradicionales frente al régimen de propiedad intelectual en el comercio internacional

José Ernesto Tapia Paredes

2014



CLAUSULA DE CESION DE DERECHO DE PUBLICACION DE TESIS

Yo, José Ernesto Tapia Paredes, autor de la tesis intitulada “Perspectivas para la protección normativa de los conocimientos tradicionales frente al régimen de propiedad intelectual en el comercio internacional” mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 30 de octubre de 2014

Firma:

José Ernesto Tapia Paredes

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho
Mención Derecho Internacional Económico

Perspectivas para la protección normativa de los conocimientos tradicionales frente al régimen de propiedad intelectual en el comercio internacional

José Ernesto Tapia Paredes

Autor

2014

Xavier Gómez Velasco
Tutor

Escrita en Quito - Ecuador

Resumen

El presente texto realiza acercamientos reflexivos de tipo socio-jurídico frente a distintas perspectivas normativas presentadas por el régimen de propiedad intelectual en instituciones del sistema de comercio global contemporáneo sobre protección de conocimientos tradicionales.

Para ello, la presente investigación ha seleccionado como grupo representativo de los denominados conocimientos tradicionales a los pueblos y comunidades indígenas especialmente del sur y centro de la Abya Yala (América) con el objeto de contextualizar y observar las perspectivas planteadas desde una cosmovisión y enfoque distinto sobre el conocimiento y los aspectos vinculados a este -de varios que podrían existir- respecto a aquel paradigma normativo que interpreta al conocimiento como propiedad.

Este estudio ha logrado plantear criterios normativos alternativos sobre protección de conocimientos tradicionales con los que se pueden nutrir las discusiones sobre segmentos actualmente descuidados en las relaciones jurídicas y económicas internacionales, en especial, aquel entre pluralismo jurídico y la corriente vigente de universalismo normativo, y por otra parte, criterios que aportan a la reflexión sobre la necesidad de acuerdos de prelación entre los distintos tipos de derecho a nivel internacional acompañados de vínculos de cooperación y coherencia entre distintos sistemas jurídicos.

En el documento usted puede encontrar:

- Explicaciones sobre las prácticas frecuentes entre las comunidades indígenas acerca de los conocimientos que administran junto con la incidencia que estos tienen sobre su organización y vida social, además de las circunstancias históricas externas que aún se encuentran afectando sus posibilidades de existencia y protección.
- Una radiografía del contenido ideológico y del modelo económico comercial que se encuentra marcando actualmente la normatividad global sobre el intelecto.
- Una presentación de perspectivas críticas en debate con las perspectivas del régimen de propiedad intelectual en el comercio internacional; y,
- Conclusiones y recomendaciones para la protección global de los conocimientos tradicionales.

DEDICADA A:

Quienes se esfuerzan
Por evitar que la ignorancia
Continúe violenta sobre la libertad

Aquellos que fomentan el repensarnos

A quienes se oponen al dominio
Y a convertirse en dominantes

Para quienes actúan cooperativa y solidariamente
Por un cosmos
Donde quepa la práctica de múltiples visiones

A quienes construyen su soberanía
Con el objeto de ser gobernantes de sí mismos y de nadie más

Aquellos que no se han dejado arrastrar por la indiferencia

A quienes hacen, hicieron y harán de su existencia
Una expresión responsable de rebelión

Para quienes no renuncian a los ideales sociales
Aun cuando se presente imposible cambiar la realidad
Impidiendo que los miedos rijan a los sueños

A quienes predicán con el ejemplo
Más que con las reglas

Aquellos inconformes que cuestionan la invariabilidad

Para quienes el amor por el prójimo
Cuenta más que la dependencia por los objetos

Porque en definitiva, el bienestar planetario
No es un deseo particular
Sino un derecho global e interés social

José Tapia

AGRADECIMIENTO:

A Dios, la naturaleza, el entorno, la energía matriz, la vida o cualquier otra forma de llamar a aquella fuerza motivadora gracias a la cual podemos gozar de las maravillosas oportunidades de aprendizaje e incidencia diaria sobre la realidad que vivimos mientras buscamos la felicidad propia, de nuestros seres amados y de aquello pasado, presente y futuro con lo que compartimos vinculo existencial.

A las ecovillas, indigenistas, comunidades rurales y urbanas, las agrupaciones de gestión de economía solidaria, activistas, pansexuales, libre pensadores y demás amigos con quienes he podido vivenciar sensaciones, saberes y prácticas en diversos momentos de mi vida, a quienes le debo el ponerme en crisis para replantearme mi universo de propósitos personales y sociales.

A mi protectora y maestra de sensibilización, mi madre Sylvia; a mi apoyo racional y formador de carácter, mi padre Segundo; a mi auxilio y respaldo cooperante, mi hermana Adriana; a mi inspiradora de acciones coherentes y correctas, mi abuelita María-Rosario; y, a mi estimada por práctica y directa abuelita Otilia.

A mis comprensivas parejas y camaradas que han acompañado mis decisiones y se han arriesgado con mis aventuras, quienes se han instalado en la memoria de mi corazón y en mis pensamientos para la acción.

Finalmente, un especial agradecimiento a la Universidad Andina Simón Bolívar y a sus miembros, por la tolerancia y apoyo que me han demostrado tener durante el periodo 2013 – 2014 frente al pensamiento crítico interdisciplinario.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	10
 CAPÍTULO UNO.....	 13
<i>El conocimiento tradicional</i>	
<i>Prácticas del conocimiento indígena en la Abya Yala y circunstancias externas que influyen en su existencia.....</i>	
	13
1.1. Algunos ejemplos de tecnología y conocimiento indígena.....	14
1.2. Organización y estructuras sociales de los pueblos indígenas.....	22
1.3. Sistema de conocimiento indígena.....	29
1.4. Circunstancias externas que influyen en la existencia del conocimiento tradicional indígena.....	36
1.4.1. El desarraigo, la servidumbre y la esclavitud.....	36
1.4.2. La propiedad.....	40
1.4.3. La educación alienante.....	45
1.4.4. Las enfermedades introducidas.....	48
1.4.5. La extracción de recursos.....	55
 CAPÍTULO DOS.....	 65
<i>El conocimiento tradicional frente al sistema de propiedad intelectual de comercio internacional.....</i>	
	65
2.1. Análisis de los principales instrumentos jurídicos globales que afectan o inciden sobre la protección de los conocimientos tradicionales.....	68
2.2. Análisis sobre la normativa relativa a conocimientos tradicionales de la Comunidad Andina de Naciones (CAN).....	89
2.3. Algunos ejemplos de apropiación del conocimiento indígena.....	112
 CAPÍTULO TRES.....	 125
<i>Principales perspectivas para protección jurídica global de los conocimientos tradicionales.....</i>	
	125
3.1. Perspectivas de protección a los conocimientos tradicionales desde el derecho internacional general.....	127
3.1.1. El derecho de libre determinación.....	127

3.1.2. El derecho al desarrollo.....	128
3.1.3. El consentimiento fundamentado previo.....	129
3.1.4. El derecho a la intimidad.....	130
3.1.5. Los derechos inalienables.....	131
 3.2. Proyecto de decisión sobre la potenciación del apoyo mutuo entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB).....	 133
 3.3. Propuesta de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) para “La protección de los conocimientos tradicionales”.....	 138
3.3.1. Apropriación indebida.....	144
3.3.2. Uso indebido.....	149
3.3.3. Dominio público.....	150
3.3.4. Conocimiento disponible públicamente.....	152
3.3.5. Conocimientos tradicionales.....	152
3.3.6. Materia protegida.....	153
3.3.7. Criterios de admisibilidad.....	157
3.3.8. Beneficiarios de la protección.....	160
3.3.9. Criterios y ámbito de protección (medidas de protección).....	163
3.3.9.1. Los conocimientos secretos o sagrados.....	163
3.3.9.2. Los conocimientos tradicionales sin amplia difusión.....	172
3.3.9.3. Los conocimientos tradicionales disponibles públicamente, de amplia difusión y en dominio público.....	176
3.3.10. Medidas complementarias.....	180
3.3.10.1. Sobre bases de datos y difusión de información.....	181
3.3.10.2. Sobre medidas de oposición.....	191
3.3.10.3. Otras medidas.....	192
3.3.11. Sanciones, recursos y ejercicio de derechos/aplicación.....	193
3.3.12. Requisito de divulgación.....	202
3.3.13. Administración de los derechos/intereses.....	209
3.3.14. Excepciones y limitaciones.....	212
3.3.15. Duración de la protección.....	229
 CONCLUSIONES.....	 232
 RECOMENDACIONES.....	 239
 BIBLIOGRAFÍA.....	 257
 ANEXOS.....	 261

*Perspectivas para la protección de conocimientos tradicionales desde el derecho internacional
de propiedad intelectual*

Denominaciones de origen y marcas de certificación.....	261
Patentes y patentes menores.....	265
La publicación defensiva.....	271
Derecho de fitogenerador u obtentor.....	271
Derechos de autor (morales y patrimoniales).....	273

INTRODUCCIÓN

Querido lector, no pierda nunca de vista que el objetivo del presente texto es presentar reflexivamente formas en las que podría ser protegido el objeto conocido como conocimientos tradicionales, el cual sin embargo, está estrechamente ligado con un sujeto que son los grupos humanos que los crearon, transmiten, mantienen y continúan desarrollándolos, por lo tanto, no es posible buscar una protección plena sobre el objeto sin proteger y entender al sujeto, entre los que se encuentran las comunidades indígenas, quienes son exponentes principales de la presente investigación, misma que no pretende agotar ni explicar pormenorizadamente las cosmovisiones de todas las comunidades, tarea imposible para un solo investigador, sino dar muestras considerables de enfoques distintos y perspectivas alternativas a las propuestas presentadas y normas utilizadas por el régimen global de propiedad intelectual.

Es entonces la presentación reflexiva de alternativas al régimen de propiedad intelectual lo que constituye la pregunta o propósito central de este documento, con el afán de refrescar los debates académico-normativos sobre los nuevos instrumentos jurídicos globales que se proponen respecto a los conocimientos tradicionales, de manera que sean criterios a tenerse en cuenta frente a las pretensiones de regular los conocimientos de otros pueblos o de los intentos por encontrar formas de protegerlos.

La hipótesis de esta tesis es que el paradigma de propiedad sobre el intelecto no es ni la mejor ni la única forma de proteger a los conocimientos tradicionales; y que existen suficientes argumentos de duda razonable para creer que aplicar las mismas normas de intelecto que se utilizan en las sociedades industriales sobre los conocimientos tradicionales incidirá negativamente en su desarrollo incumpléndose con ello el propósito de protegerlos.

Para esta investigación se ha utilizado principalmente al método socio-jurídico con la técnica de revisión de análisis socio-crítico que nos permitió establecer varios puntos propositivos que consideramos claves para el tema de estudio, lo que nos condujo a dividir el texto en 3 capítulos.

En el primer capítulo usted podrá observar que se ha realizado una aproximación a distintos conocimientos y prácticas indígenas de la Abya Yala y especialmente sobre poblaciones del centro y sur de este continente, para exponer como se viven los conocimientos entre estos pueblos y las lógicas a las que responden sus sistemas de conocimiento junto con las principales amenazas generales que estos sistemas y pueblos han enfrentado o enfrentan.

Durante este capítulo se reconocen lógicas de generación, acceso, gestión, transferencia y aplicación de los conocimientos indígenas, presentando casos ejemplificativos y una exposición explicativa de los principales impactos coloniales y las circunstancias pasadas y presentes que amenazan los objetivos comunitarios respecto al mantenimiento y desarrollo de conocimientos tradicionales.

En el segundo capítulo se extrae analítica y críticamente los componentes ideológicos o modelos económicos que están interiorizados en los principales instrumentos jurídicos del sistema mundial de propiedad intelectual y que se encuentran afectando a los conocimientos tradicionales.

Durante este capítulo usted podrá encontrar una clasificación del contenido de los principales instrumentos jurídicos globales sobre propiedad intelectual en el que se identifican las lógicas de producción, acceso, gestión, transferencia y aplicación de los conocimientos defendidas por estos instrumentos jurídicos del comercio internacional, la fuerza vinculante en la que se respaldan, los derechos que confieren y derechos que condicionan, además de las

disposiciones que podrían concordar con algunos elementos de los sistemas de conocimientos tradicionales especialmente indígenas.

Luego de ello, en este mismo capítulo también podrá acceder a un análisis crítico de los contenidos clasificados que gira entorno a la relación de incidencia sobre los conocimientos tradicionales, y a casos ejemplificativos de las afectaciones a los conocimientos tradicionales por parte de las empresas, donde se aprecian conocimientos tradicionales que ya se encuentran en los mercados internacionales y algunos comportamiento industriales transnacionales respecto a este tipo de conocimientos.

En el tercer capítulo se cuestionan las principales perspectivas y propuestas jurídicas globales de los últimos años en las que están participando los Estados y que versan sobre protección de conocimientos tradicionales o aspectos que inciden directamente en la protección de ellos, en los que se han observado los enfoques de protección y componentes ideológico-económicos que en ellos se manifiestan, con los que se logró presentar paralelamente aportes socio-jurídicos con perspectivas críticas frente a las perspectivas internacionales que el régimen de propiedad intelectual ofrece en el comercio internacional.

Finalmente, al cierre del texto se encuentran las principales conclusiones y recomendaciones que se pudieran tener en cuenta para la protección normativa global de los conocimientos tradicionales.

Atentamente,

El autor: José Tapia

PERSPECTIVAS PARA LA PROTECCIÓN NORMATIVA DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES
FRENTE AL RÉGIMEN DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

CAPÍTULO UNO

El conocimiento tradicional

Prácticas del conocimiento indígena en la Abya Yala y circunstancias externas que influyen en su existencia

Toda persona y toda forma de organización social se hacen preguntas sobre el entorno en que habitan, y establecen, ante sus circunstancias, distintas maneras de comportarse que surgen tanto de sus experiencias como de sus iniciativas.

Preguntas y comportamientos impulsados por la necesidad de subsistencia, como en el caso de los problemas de alimentación, salud o comunicación, o por resultados que se consideran insatisfactorios, insuficientes o superables, como en el caso de los distintos diseños de la vestimenta dependiendo de las condiciones ambientales o de las diferentes formas de vivienda que las personas adoptaron según las circunstancias naturales y geográficas o de las múltiples formas y funciones de las armas dependiendo de los retos de seguridad y objetivos de cada pueblo.

En otras ocasiones, las formas de actuar de los pueblos y de las personas surgen de la satisfacción y gusto de crear nuevas realidades como en el caso de las distintas formas de preparar un mismo alimento, la música o la pintura con los que se forman nuevos contextos humanos.

Por supuesto, dentro de estas personas y colectividades se encuentran los pueblos indígenas¹, quienes, en el caso de la zona sur de la Abya Yala (actualmente conocida como

¹ Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión que se desarrolló en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblos, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sistemas legales. Abstracción del concepto de José Martínez Cobo, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de

América), no habrían podido mantener su subsistencia y sus formas de vida que se remontan a más de 20.000 años²³, si no hubieran contado con los suficientes conocimientos para relacionarse con el medio y las circunstancias, mantener la cohesión social y lograr por milenios la sostenibilidad de las fuentes y medios de satisfacción de sus necesidades.

Pero, en los últimos 500 años, se ha presentado un proceso de destrucción, invisibilización y negación de este conocimiento tradicional⁴. Dicho proceso ha resultado en la subestimación de la inteligencia y de las formas de vida de los pueblos originarios de estos territorios frente al mundo. Por tal motivo, resulta necesario destacar algunos ejemplos del conocimiento de estas comunidades.

1.1. Algunos ejemplos de tecnología y conocimiento indígena⁵

1. En la Cuenca Amazónica, varios pueblos indígenas cultivan especies forestales para garantizar la provisión diversificada a lo largo del año, generando unidades de concentración de especies que con el tiempo se convierten en reservas forestales creadas. Por lo tanto, son

Discriminaciones y Protección a las Minorías, Naciones Unidas, El concepto de pueblos indígenas, E/CN.4/Sub.2/1986/7.

Adicionalmente se indica que el término comunidad en el presente trabajo será utilizado como sinónimo de naciones locales, pueblos y especialmente aunque no exclusivamente para referirnos a comunidades indígenas.

² La época posterior a la conquista europea apenas representa el 2% de la historia - 500 años aproximadamente. Segundo E. Moreno Yáñez, “El proceso histórico en la época aborigen: Notas introductorias”, en Nueva Historia del Ecuador, Enrique Ayala Mora, editor, vol. 1 (Quito: Corporación Editora Nacional, 1983), 23.

³ Ernesto Salazar, “El proceso cultural en el Ecuador aborigen y en América”, en Nueva Historia del Ecuador, Enrique Ayala Mora, editor, vol. 1 (Quito: Corporación Editora Nacional, 1983), 45.

⁴ El presente trabajo entenderá a los conocimientos tradicionales como todo conocimiento o práctica colectiva generado y transferido por parte de los ancestros humanos principalmente indígenas abya yalenos de reciente o lejanas generaciones a los pueblos principalmente indígenas actuales y a quienes se reconocen como sus descendientes. Esta forma de entender a los conocimientos tradicionales no pretende negar que el conocimiento de los pueblos afrodescendientes y otros grupos étnicos culturales en el mundo también debe ser entendido como conocimiento tradicional o ancestral; sin embargo, dado que estos no forman parte del grupo principal de estudio de la presente investigación esta categoría conceptual ha sido orientada para ser utilizada en la forma señalada, donde puede entenderse sinónimamente como conocimiento indígena o conocimiento tradicional indígena.

⁵ Entiéndase como el conocimiento generado, mantenido o desarrollado mediante prácticas tradicionales de grupos humanos y para este trabajo especialmente de aquellos que se identifican como indígenas.

generadores de una selva secundaria que incrementa la existencia de animales de caza y de plantas medicinales⁶.

También, los habitantes indígenas de los bosques húmedos tropicales de la actualmente conocida como América Latina practican la técnica de la roza⁷. Ellos talan un área reducida empezando con las plantas pequeñas para facilitar la rápida incorporación de nutrientes al suelo y, luego, cortan los árboles grandes de forma que obtienen una fertilización a largo plazo, minimizando el tiempo de exposición del suelo al sol para que se reduzca la afectación que este provoca sobre la flora microbiana.

De esa manera, mitigan la acción de los microorganismos del suelo que, en este tipo de bosques, acaba rápidamente con los nutrientes, logrando así conservar su capacidad de cultivo, y, cuando el suelo ha perdido sus nutrientes, queman la zona cultivada para dejarla descansar por algunos años preparando al suelo para recuperar su fertilidad⁸.

Además, si existe la necesidad de ampliar la zona productiva de los indígenas, la tala se realiza en otro lugar para dejar porciones de selva entre cultivos que sigan atrayendo animales silvestres (con una lógica de “ganadería” distinta) y así no se deje de estimular la regeneración del bosque⁹.

2. El sistema vial incaico es considerado una de las grandes obras de ingeniería civil del mundo, incluso mayor que las del Imperio Romano, pues conlleva por lo menos 23.000 kilómetros sobre terrenos abruptos, sin descuidar los aspectos comunitarios, ambientales y

⁶ Elizabeth Bravo, “Ciencia y tecnología de los pueblos indígenas amazónicos”, en la Biodiversidad y los Derechos de los Pueblos, Acción Ecológica (Quito: Acción Ecológica, 1996), 149.

⁷ La técnica de la roza consiste en talar y quemar de manera controlada con la finalidad de generar nuevos nutrientes para la tierra.

⁸ B. Cerón, “El manejo indígena de la selva Pluvial Tropical. Orientaciones para un desarrollo sostenido”, en Ciencia y tecnología de los pueblos indígenas amazónicos, Elizabeth Bravo (Quito: Acción Ecológica, 1996), 149 - 150.

⁹ *Ibíd.*, 150.

económicos¹⁰, y, por ser una obra que ayudó a la unificación de la comunicación, el transporte, la administración, las interrelaciones y el simbolismo, mostrando coherencia entre la práctica y una cosmovisión diferente en la que se veía a una red vial como un tejido de vida que mantenía un ordenamiento territorial en tres niveles verticales y cuatro regiones horizontales, generando un sistema de desarrollo de pisos ecológicos que unía franjas climáticas y zonas diferentes permitiendo el flujo recíproco de energía, agua, alimentos y materias primas¹¹.

Este sistema de ingeniería comprendía superficies arenosas, desiertos, valles oasis, muros de piedra con anchuras de entre 4 y 35 metros, caminos labrados, túneles cortos y largos muy pulidos, escalinatas, obras hidráulicas, puentes, caminos entre la nieve, superficies inundables, humedales permanentes, ríos, puentes colgantes, canales de drenaje, empedrados, terraplenes, caminos de ladera, pendientes cuesta arriba y cuesta abajo, ondulantes, laterales, puentes transportadores, puentes flotantes de junco, columnas de sostén, lajas en el piso, y muchos otros elementos de ingeniería que guardaban un gran respeto por la naturaleza¹², pero que además facilitó el intercambio y almacenamiento de productos, las relaciones comunitarias y el compartir de saberes, haciendo de la geografía algo sagrado y cultural, con centros de poder para el ordenamiento y zonas simbólicas en donde se expresaba el sistema de forma local¹³.

3. El cultivo de las plantas no solamente implica el cultivo de los alimentos sino de la medicina. Así, por ejemplo, podemos mencionar a comunidades como los quichua de la vía Hollín-Loreto que utilizan 61 especies de plantas con fines medicinales¹⁴, los Cofanes de Dureno

¹⁰ Roberto Arturo Restrepo Arcila, “Saberes de vida. El saber-hacer andino y las tecnologías apropiadas para el desarrollo”, en Saberes de vida. Por el bienestar de las nuevas generaciones, UNESCO (Bogotá: Siglo del Hombre, 2004), 114.

¹¹ *Ibíd.*

¹² *Ibíd.*, 114-115.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ C. Cerón, “Etnobotánica del Ecuador, estudios regionales”, en Ciencia y tecnología de los pueblos indígenas amazónicos, Elizabeth Bravo (Quito: Acción Ecológica, 1996), 158-159.

que poseen conocimiento sobre 292 plantas útiles¹⁵, los Quichuas del volcán Sumaco que hacen uso de 173 plantas¹⁶, los Achuar aprovechan 130 plantas¹⁷, los Siona y Secoya emplean 224¹⁸, los Kayapó incluso utilizan más plantas medicinales que plantas alimenticias (70% de las plantas que utilizan son medicinales)¹⁹ o los Chacobo que saben la utilidad de por lo menos 305 plantas²⁰.

4. Existe gran cantidad de conocimiento medicinal tradicional en diversas zonas de la Abya Yala, y solamente como una pequeña muestra mencionaremos algunos ejemplos de plantas utilizadas en el Perú y en Ecuador con su nombre nativo o común junto con el nombre “científico” y el uso que posee^{21,22}:

- Cuticuti (*asplenium fragile, serratum y lunulatum*): antidiabético, expectorante y contra malestares hepáticos.
- Palma boba (*alsophila sp.*): antivenéreo.
- Machicurra (*pteridium aquilinum*) contra los cálculos biliares.
- Cola de caballo (*equisetum bogotense*): antihemorrágico, diurético, emenagogo, anticarcinógeno, lupus, para la vejiga, antigripal y estimulante.
- Adapana (*ptesis sp.*): analgésico oftálmico.
- Apaapalle (*thelypteris opulenta*): contra la caries.
- Pinco pinco (*ephedra andina*): antitumoral, depurativo, diurético.
- Kerema (*justicia blackii*): contra la sinusitis.
- Moruachi (*ruellina malacosperma*): antidiarreico.

¹⁵ C. Cerón, “Etnobotánica de los Cofanes de Dureno”, en Ciencia y tecnología de los pueblos indígenas amazónicos, Elizabeth Bravo (Quito: Acción Ecológica, 1996), 159.

¹⁶ C. Cerón, “Etnobotánica quichua”, en Ciencia y tecnología de los pueblos indígenas amazónicos, Elizabeth Bravo (Quito: Acción Ecológica, 1996), 159.

¹⁷ P. Descola, “La selva culta. Simbolismo y praxis achuar”, en Ciencia y tecnología de los pueblos indígenas amazónicos, Elizabeth Bravo (Quito: Acción Ecológica, 1996), 159.

¹⁸ W. Vickers y T. Plowman, “Useful Plants of the Siona and Secoya Indian of Eastern Ecuador Field”, en Ciencia y tecnología de los pueblos indígenas amazónicos, Elizabeth Bravo (Quito: Acción Ecológica, 1996), 159.

¹⁹ Bravo, “Ciencia y tecnología de los pueblos indígenas amazónicos”, 159.

²⁰ B. Boom, “Use of Plant Resources by Chácabo”, en Ciencia y tecnología de los pueblos indígenas amazónicos, Elizabeth Bravo (Quito: Acción Ecológica, 1996), 159.

²¹ Antonio Brack Edd, Plantas nativas utilizadas en el Perú en la Salud Humana, en “Salud y población indígena”, Eduardo Estrella y Antonio Crespo, editores (Quito: IMPRETEC, 1993) 71 – 175.

²² Ximena Chiriboga, Blanca Bravo, Gabriela Cifuentes y María Elena Maldonado, “Actividad antibacteriana y antifúngica de plantas medicinales” en Salud y población indígena”, Eduardo Estrella y Antonio Crespo, editores (Quito: IMPRETEC, 1993) 185 - 189.

- Hierba espinosa (*amarathus sp.*): contra la gonorrea, picadura de raya y antirreumático.
- Bolaquiro (*schinopsis periviana*): contra hernia, torceduras, rubefaciente, antirreumático.
- Popo (*solanum hyporrhodium*): contra la alopecia y la diabetes.
- Mastuerzo (*trapaecolum majus*): analgésico, antiescorbútico, heridas en la piel.
- Tuño (*philodendrom lechlerianum*): para dolores obstétricos.
- Tsutsiie (*philodendrom deflexus*): contra el comer tierra de los niños.
- Shia shia (*chamaedorea fragans*): para la urticaria.
- Shapajilla (*maximiliana maripa*): reconstituyente.
- Chilca (*baccharis trinervis pers.*): antiinflamatorio.
- Tres dedos (*neurolaena lobata*): analgésico, antiinflamatorio, antimalárico, laxante.
- Sickta (*euphatorium*): astringente.
- Chicoria blanca (*hipochoeris sessiflora*): contra afecciones hepáticas y diurético.
- Marco (*fraseria artemisioides*): antiviral y emanagogo.
- Hierba santa (*bryophyllum sp.*): anticancerígeno, narcótico, febrífugo.
- Paico (*chenopodium ambrosioides*): antiespasmotico y vermífugo.
- Sangre de drago (*croton draco*): cicatrizante.
- Chala o mosquero (*crotón sp.*): anticancerígeno.

De esta forma podríamos seguir nombrando no solo cientos sino miles de ejemplos más.

5. La arquitectura indígena ha generado emblemáticas ciudades y urbanidades prehispánicas como en el caso de las pirámides y los templos circulares hundidos ubicados de acuerdo con consideraciones telúricas y astronómicas²³.

El Chavín de Huántar que posee extensos laberintos subterráneos, Tiwanaco a cuatro mil metros de altitud y cerca del lago Titicaca, las pirámides y palacios Moches, la ciudad de Chan-Chan, la ciudad de adobes de Cahuachi, las ciudades subterráneas Paracas del desierto, el urbanismo Wari, las ciudades incaicas como Cajamarca, Cusco, Machu Picchu, los doscientos centros urbanos de los distintos pisos altitudinales a orillas del mar Caribe que van hasta los

²³ Restrepo Arcila, "Saberes de vida. El saber-hacer andino y las tecnologías apropiadas para el desarrollo", 121.

6.000 metros sobre el mar²⁴, entre otros, forman parte de los ejemplos arquitectónicos indígenas que están basados en un sistema matemático y geométrico propiamente andino²⁵.

6. Varias comunidades del Perú, Ecuador y Colombia practican el sistema de chacra, el cual implica ciclos que promedian los 9 años²⁶.

En este sistema, se talan árboles que están rodeados por bosque no perturbado, y al interior de esta área talada se conserva un espacio conocido como barbecho que no es quemado. Después, se siembra el germen de aquello que se desea cosechar entre las raíces del suelo desnudo, que luego de darse la cosecha es nuevamente quemado para enriquecer el suelo²⁷.

De allí en adelante, se realiza el proceso de regeneración desde la orilla, utilizando para ello vegetación leñosa y árboles frutales, completándose la regeneración entre los 8 a 10 años, permitiéndole posteriormente descansar a la zona por 15 o 20 años para reiniciar el ciclo²⁸.

Esta lógica de producción se ve complementada con las huertas frutales ubicadas cerca de las casas, cuyo excedente es comercializado, donde los cuidados de la chacra y el huerto son realizados por las mujeres²⁹.

7. Los pueblos indígenas de los Andes y de las zonas montañosas del sur del continente americano destellan por sus técnicas del manejo altitudinal, que históricamente han aprovechado para crear sistemas diversificados de cultivos que protegen al suelo de la erosión³⁰.

Por ejemplo, encontramos a los Machiguenga con una alta generación de diversos productos calóricos³¹ o a los Yanomami que utilizan los diferentes microambientes de las

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ C. Milla Villena, “Génesis de la Cultura Andina”, en *Saberes de vida. El saber-hacer andino y las tecnologías apropiadas para el desarrollo*, Roberto Arturo Restrepo Arcila (Bogotá: Siglo del Hombre, 2004), 121.

²⁶ Alcom, en *Ciencia y tecnología de los pueblos indígenas amazónicos*, Elizabeth Bravo (Quito: Acción Ecológica, 1996), 150 – 151.

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ Bravo, “Ciencia y tecnología de los pueblos indígenas amazónicos”, 151.

³⁰ *Ibíd.* 155.

distintas altitudes de su territorio para crear hábitats de caza y cultivos que son especialmente plantados para atrapar tapires, pecaríes, agoutis, pacas, monos y roedores, además son recolectores de hormigas, termitas, abejas, avispa, huevos, crustáceos, entre otros, y también se caracterizan por abandonar paulatinamente las áreas cultivadas para conservar el nivel de densidad de los campos, de manera que no exista peligro de extinción de plantas ni animales³² y los Amuesha que dividen el territorio según la morfología de los suelos, de los cuales conocen la vocación de cultivo de cada área, donde se le asigna a cada familia la responsabilidad de ir combinando el espacio para suministrar el alimento necesario durante el año, así, en las zonas bajas mantienen arboles maderables, en los ríos, frejol, en los pantanos, palmas y mauritia, en tierras rojas de altura, arroz, yuca y árboles frutales, en las arenas blancas, caucho, en las amarillas, barbasco y balsa, y en las negras, maíz y árboles maderables³³.

8. Muchos de los pueblos indígenas acceden a fuentes de carne muy nutritivas sin poner en riesgo la reproducción de los animales que consumen. Así, por ejemplo, los ríos les dotan de pescado y en los montes encuentran los animales propios de estas zonas³⁴, pero, además, muchos grupos indígenas consumen diferentes especies de grillo, pulgones, cigarras y langostas adultas, como los Yukpa, quienes tienen 22 géneros de insectos que son comunes en su dieta³⁵.

³¹ Al. Johnson, "How the Machiguenga Manage Resources", en *Ciencia y tecnología de los pueblos indígenas amazónicos*, Elizabeth Bravo (Quito: Acción Ecológica, 1996), 155.

³² W. Smole, "Yanomamo Horticulture in the Parima Highlands of Venezuela and Brazil", en *Ciencia y tecnología de los pueblos indígenas amazónicos*, Elizabeth Bravo (Quito: Acción Ecológica, 1996), 155-156.

³³ B. Cerón, "El manejo indígena de la selva Pluvial Tropical. Orientaciones para un desarrollo sostenido", en *Ciencia y tecnología de los pueblos indígenas amazónicos*, Elizabeth Bravo (Quito: Acción Ecológica, 1996), 149 - 156.

³⁴ Bravo, "Ciencia y tecnología de los pueblos indígenas amazónicos", 159.

³⁵ M. Mejía, "La Amazonía colombiana: introducción a su historia natural.", en *Ciencia y tecnología de los pueblos indígenas amazónicos*, Elizabeth Bravo (Quito: Acción Ecológica, 1996), 159.

Por otra parte, también de los bosques obtienen los materiales de construcción, artesanales y para la fabricación de herramientas, entre los que sobresale la palma, especialmente el palmito, la unguahua, la mauritia flexuosa y el chontaduro *Bactris gasipaes*³⁶.

9. En el arte, tal vez una riqueza creativa que puede ser mejor entendida por pintores, talladores, diseñadores, etc., se puede presentar el potencial indígena para generar una amplitud de colores gracias a la alta calidad de la tintorería andina, con los que se trabajaban piezas textiles en las que se encuentra una estética rica en composición, armonización y combinación³⁷.

Muchos de sus tapices emplean hasta trecientas tramas por cada pulgada cuadrada sin que por eso la superficie textil resulte gruesa o pesada, sino que conserva suavidad, flexibilidad y blandura³⁸. El arte indígena, en especial el textil ha sido estudiado por Pat Reeves y James W. Reid, quienes han entendido el profundo sentido humano fuera de los conceptos de mercado y consumo³⁹ de estos pueblos, que invocan paisajes sagrados y ambiente mágicos⁴⁰.

También, entre el arte y la tecnología, pueden mencionarse los casos de la cerámica y la metalurgia con los que se produjeron artefactos de valor estético y tecnológico, como los hornos abiertos de cerámica de los Chavín o los hornos cerrados de los Moche que marcaron a la región como un pueblo de ceramistas⁴¹; o la generación del oro martillado y repujado por los Calima, Quimbaya, Cauca y Nariño, la fundición y uso del cobre por los Sinú y Tayrona, y el uso de aleaciones como la tumbaga que hace hoy parte de la tecnología aeronáutica⁴².

³⁶ Bravo, "Ciencia y tecnología de los pueblos indígenas amazónicos", 159-161.

³⁷ Restrepo Arcila, "Saberes de vida. El saber-hacer andino y las tecnologías apropiadas para el desarrollo", 116.

³⁸ P. Reeves, "New Research on Tiahuanaco-Huari textiles", en Saberes de vida. El saber-hacer andino y las tecnologías apropiadas para el desarrollo, Roberto Restrepo, UNESCO (Bogotá: Siglo del Hombre, 2004), 117.

³⁹ Restrepo Arcila, "Saberes de vida. El saber-hacer andino y las tecnologías apropiadas para el desarrollo", 118.

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ *Ibíd.*, 118-119.

⁴² *Ibíd.* 119.

Al respecto, no se puede dejar de mencionar que el uso de los metales entre los indígenas estuvo muy ligado con la actividad chamánica y que, con la llegada europea, dejaron de ser piezas culturales para regresar a ser plenos metales sin transformación (lingotes)⁴³.

Para no extendernos más, es importante señalar que estos han sido solamente unos cuantos ejemplos del conocimiento indígena, presentados con el objetivo de desmentir la inexistencia del mismo antes del proceso de exterminio que la mayoría de la Abya Yala y sus habitantes aborígenes sufrieron. Pero, más que nada, son ejemplos que nos servirán para reflexionar durante los siguientes enunciados de este texto sobre la organización y estructuras sociales de estos pueblos, lo cual incide directamente en la configuración de sus normas y derecho, donde podremos ir distinguiendo las diferencias con el sistema regulatorio global del conocimiento ahora vigente, conocido como propiedad intelectual.

1.2. Organización y estructuras sociales de los pueblos indígenas

El ayllu es la forma de organización más común entre los pueblos indígenas. Se basa en un sentimiento y vivencia de unión, interrelación y complementariedad en el que se entiende que existen 3 comunidades que se ayudan para recrear armónicamente el mundo y mantener los ciclos de vida. Estas comunidades son la waca o deidades, la sallqa o naturaleza y la runa o comunidad humana⁴⁴.

En esta lógica de interacción con el mundo, podemos notar que los seres humanos no se consideran superiores o dominadores de la vida, ni están enfrentados a ella, sino que son colaboradores de su reproducción, por lo que no es una motivación social alterar drásticamente sus ciclos. Para esta organización social, el núcleo de acción es la colectividad y no el individuo, aquí cada miembro de cualquier comunidad tiene un valor semejante, ya que todo es ayllu, tanto

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ *Ibíd.* 27.

el entorno, como los cerros, la familia, los parientes, los otros miembros de la misma comunidad cercana, los animales, las plantas, las piedras, los cultivos, etc.⁴⁵

El ayllu lo compone y le dota de identidad y tradición dinámica (adaptativa) a la organización indígena, logrando un sistema de vida en el que el desarrollo no posee tensiones sociales destructivas ya que está protegido por un sentimiento de comunidad cooperante y por una estructura social sostenible y sustentable que no pone en riesgo la seguridad alimentaria⁴⁶, pues es precisamente esta visión de reproducir los ciclos de vida la que garantiza un trabajo colectivo orientado a la consecución de dicho objetivo.

Este sistema de organización ancestral continúa presentándose en la actualidad en el área andina, con mayor intensidad en algunos lugares y con menor en otros pese a las presiones y cambios a los que ha sido sometido desde la conquista⁴⁷ hasta la actualidad, como en el reciente proceso de sindicalización forzada de ayllus y comunidades en La Paz impulsado por la reforma agraria y las exigencias tributarias a las que han logrado resistir ayllus como los del norte de Potosí y sur de Oruro⁴⁸.

El ayllu aymara actual, por ejemplo, se divide en dos mitades complementarias (Sayaña-Saraqa y Aynuqa-Qallpa). La Sayaña es el lugar para estar, y donde se encuentra la residencia habitual del núcleo familiar doméstico y del ganado. Este espacio no es privado sino comunitario, aunque es operado por la familia nuclear⁴⁹. Ahora bien, dependiendo del lugar y de la comunidad, la Sayaña puede ser grande o chica. En las comunidades pastoriles, puede ser de 100 hectáreas o más y, en aquellas que habitan cerca del lago Titicaca, puede ser de apenas

⁴⁵ Ibíd. 26-27.

⁴⁶ Ibíd. 27-28.

⁴⁷ Ibíd. 29.

⁴⁸ María Eugenia Choque, “El ayllu una alternativa de descolonización”, en Conocimiento Indígena y Globalización, Ethel Wara Alderete (Quito: Abya Yala, 2005) 65.

⁴⁹ Restrepo Arcila, “Saberes de vida. El saber-hacer andino y las tecnologías apropiadas para el desarrollo”, 29-30.

cuatro metros cuadrados. En épocas originarias, no podía ser vendida ni enajenada⁵⁰, pero, en la actualidad, sí cabe esa posibilidad.

Por otra parte, la Saraqa está formada por terrenos no cultivables de uso común donde opera la familia extendida con sus relaciones de reciprocidad, que, en las comunidades pastoriles, pueden ocupar casi todo el terreno del ayllu y, en las agrícolas, incluye las laderas, alturas, totorales, entre otros espacios⁵¹.

La qallpa son terrenos comunitarios que están destinados a la agricultura diversificada y estacionalmente al pastoreo, donde su cultivo rotacional dura entre tres a cuatro años, seguido de un descanso de cuatro a ocho años. Esta qallpa actualmente se divide en parcelas familiares que corresponden a terrenos comunitarios que no se venden ni se enajenan. Es por ello que una familia de la comunidad puede tener de 20 a 60 parcelas en distintos lugares del allyu, de forma que cuente con diferentes climas y condiciones, y pueda así garantizar la seguridad alimentaria de la comunidad. Finalmente, las aynuqas son la unión de qallpas durante el periodo de descanso, donde pastan los rebaños de todos indistintamente⁵².

Este modelo sigue aplicándose en los sitios donde se conserva el tamaño adecuado de los ayllus que posibilitan la rotación de los cultivos y el descanso mediante las aynuqas⁵³, ya que en esta forma de organización indígena se busca tener una diversidad de suelos, climas y niveles de altitud para satisfacer sus necesidades⁵⁴.

La organización comunitaria indígena actúa en base al diálogo, reciprocidad, redistribución y completitud, esto se debe a que los espacios son vistos como seres sagrados que

⁵⁰ Ibíd. 29.

⁵¹ Ibíd. 29-30.

⁵² Ibíd. 30

⁵³ Ibíd.

⁵⁴ Choque, “El ayllu una alternativa de descolonización”, en Conocimiento Indígena y Globalización, Wara Alderete, 66.

pueden cuidar a la comunidad humana, defenderla, alimentarla y criarla tal como esa comunidad humana cuida y cría los espacios, de lo contrario, estas entidades sagradas también pueden traerles carencias y enfermedades⁵⁵, por este motivo, el indígena busca permanentemente comunicarse con sus pares, entre los que se encuentra el entorno, de manera que no se pierda la relación de buen trato, respeto y reciprocidad entre las comunidades para permitir la continuidad en los procesos de renovación de los ciclos de vida y bienestar.

Entonces, el diálogo en esta forma de organización no simplemente se realiza entre la comunidad humana, ya que el indígena también dialoga con su entorno y comprende sus mensajes y necesidades.

Esto lo hace mediante los indicadores astronómicos, agroclimatológicos o naturales que se manifiestan por diversas fuentes, como el sol, la luna, las estrellas, los animales, las plantas, etc., lo que le permite al indígena ajustar su proceder⁵⁶ para mantener la armonía con el resto de comunidades.

Lo antes dicho nos ayuda a comprender mejor la estructura de la sociedad indígena, la cual se desarrolló por varios siglos al margen de la influencia y de las concepciones sociales especialmente europeas que extensas sociedades actuales han heredado; y acaba con el mito de que todas las sociedades siguen un único y lineal proceso de esclavismo para pasar al feudalismo y proseguir con la industrialización capitalista, etc.

La organización indígena nos lleva a reconocer la existencia de formas distintas de organización social, especialmente diferentes de la moderna respecto al acceso a los recursos por parte de las familias, quienes, en las estructuras indígenas, tienen la obligación de prestar servicio al ayllu mediante un sistema jerárquico de turnos de distinto cargo (autoridades,

⁵⁵ *Ibíd.* 30.

⁵⁶ *Ibíd.* 32-33.

presteríos, trabajos), cuidar y defender la integridad de la comunidad y de sus habitantes, y ser solidarias con los ayllus colindantes y similares⁵⁷, último elemento que ha sido posible gracias a que las prácticas comunitarias han producido excedentes suficientes para el trueque y el comercio con ayllus vecinos y materias primas o manufacturas con otros distantes⁵⁸ donde el comercio no se realiza con ánimo de lucro o acumulación de riqueza sino que se destaca por ser un comercio de complementariedad y ayuda recíproca para la renovación de los ciclos en los respectivos ayllus.

En este punto es precisa una aclaración para no confundir el ayllu con el ayni, ya que este último es una de las formas en que se encuentra estructurada la realización del trabajo entre los pueblos indígenas. El ayni se refiere al intercambio de trabajo o reciprocidad donde se fortalecen los lazos familiares extendidos⁵⁹. Por otra parte, también existe la minka, que es el trabajo que la comunidad realiza para los necesitados, ancianos, mayordomos y autoridades que se retribuye mediante productos. Y, la yanapaña o faena que es el trabajo (ayuda) que se realiza sin esperar retribución alguna por los bienes colectivos como los caminos, acequias, puentes, producción agropecuaria, etc. que cuando se realiza para temas de agricultura se la conoce como chucu, en la construcción de casa es utachaña y en la preparación de rituales y fiestas se la llama phist luraña; la yanapaña llega a incluir a los compadres, los consuegros, los parientes lejanos y hasta los vecinos, comunidad y quienes habitan en los otros pisos ecológicos⁶⁰.

Es importante destacar que en ninguna de estas actividades, el trabajo se hace bajo un cálculo de deudas o haberes, ya que quien así trabaja recibe comida y bebida por parte de las distintas unidades familiares, sin embargo, la comunidad lleva en su memoria (no en listados)

⁵⁷ Simón Yampara Huarachi, "Economía comunitaria andina", en *Saberes de vida. El saber-hacer andino y las tecnologías apropiadas para el desarrollo*, Roberto Restrepo, UNESCO (Bogotá: Siglo del Hombre, 2004), 117.

⁵⁸ Restrepo Arcila, "Saberes de vida. El saber-hacer andino y las tecnologías apropiadas para el desarrollo", 32.

⁵⁹ *Ibíd.* 33.

⁶⁰ *Ibíd.* 33-34.

quienes han ayudado con los trabajos colectivos, no como único requisito para recibir o pedir ayuda de la comunidad en el futuro, pero sí para educar respecto a que, en algún momento, cada uno necesita del otro y que la reciprocidad es un valor que debe conservarse⁶¹.

Así, se puede notar que el concepto de familia entre las sociedades indígenas es más amplio que el genético, llegando a lo mítico como las deidades y la naturaleza; que las relaciones de cooperación entre los habitantes trascienden lo local pues abarcan a otros ayllus y comunidades más amplias; y, especialmente que, alrededor de este tipo de organización, la acumulación es prácticamente inexistente⁶².

Finalmente, debemos indicar que la organización indígena no está exenta de conflictos. Sin embargo, la forma en que generalmente los resuelven al sur de la Abya Yala es a través del tinku, donde se busca el consenso y el balance con los hechos que motivan el conflicto⁶³. En el tinku no se persigue como elemento de corrección a la sobrecarga impositiva ni a un sentimiento de derrota, de esta manera cada proceso de resolución de conflictos resulta creativo y ejemplarizante⁶⁴, lo cual nos habla incluso del nivel de salud social que la organización indígena posee, distinta a las manifestaciones delictivas de las sociedades “modernas”.

Entre las formas indígenas de administración de justicia se puede destacar el caso del orden observado entre las comunidades indígenas quichuas que aún a pesar de su permanente contacto con la modernidad tratan de continuar practicando un sistema que no necesita de un aparato institucional específico de autoridades y funcionarios, de un conjunto de leyes, de agentes de coacción y de lugares exclusivos de reclusión para ser mantenido⁶⁵. En estas

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² Olivia Harris, “Economía étnica”, en *Saberes de vida. El saber-hacer andino y las tecnologías apropiadas para el desarrollo*, Roberto Restrepo, UNESCO (Bogotá: Siglo del Hombre, 2004), 35.

⁶³ Restrepo Arcila, “Saberes de vida. El saber-hacer andino y las tecnologías apropiadas para el desarrollo”, 32.

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ Fernando García y Vanesa Saltos, “Formas Indígenas de Administración de Justicia”, en *De la participación a la Exclusión*, Angélica M. Bernal, compiladora (Quito, Abya Yala, 2000) 73.

comunidades los principales problemas se derivan de la falta de entendimiento, acuerdo, comprensión o respeto, las cuales son tratadas con el propósito de recuperar la armonía⁶⁶.

Es importante dejar indicado que para el derecho positivo es jurídico todo aquello que cae bajo el amparo de la ley, mientras que en varias comunidades indígenas la violación a una costumbre reconocida y compartida por el grupo y su sanción es lo que permite restablecer la armonía interna del grupo, siendo violaciones a la costumbre por ejemplo el chisme, los celos conyugales, las disputas religiosas y otras que puedan ser motivo de desorden⁶⁷; y, cuando se trata de faltas graves como el robo, el asesinato o el abigeato (donde los actores de las faltas también suelen ser mestizos y externos a la comunidad) la comunidad y no solo las autoridades juzgan en procesos de transparencia comunal e intercomunal.⁶⁸

Por eso, la parte medular de las sanciones quichuas por ejemplo es llegar a un compromiso moral de las partes para no volver a romper el orden social y cultural, y si se desea a petición de una de ellas se firma un acta de conciliación que sirve de antecedente para castigar más severamente en caso de reincidencia⁶⁹.

En esta breve aproximación a la organización y las estructuras sociales indígenas, se puede comprender que su funcionamiento responde a una lógica distinta de la aplicada por el modelo de trabajo individual, producción competitiva, acumulación privada, relación con el entorno y lógica lineal (no de reproducción de ciclos) que se ha implementado en la mayoría de sociedades en la actualidad. Pero, en cuanto al tema que nos ocupa, nos permite analizar que el conocimiento y su aplicación responde a la forma de organización social en el que se gesta. Por ello, el conocimiento tradicional indígena responde a sus formas de vida e intereses sociales, y su

⁶⁶ Ibíd. 74.

⁶⁷ Ibíd.

⁶⁸ Ibíd. 87.

⁶⁹ Ibíd. 81.

reconstrucción, mantenimiento, desarrollo, aplicabilidad y gestión están directamente relacionados con la continuidad de su forma de vida ancestral.

1.3 Sistema de conocimiento indígena

El conocimiento indígena y el sistema de conocimiento indígena se encuentran fuertemente vinculados, lo que el pensamiento indígena ha sido capaz de plasmar responde en gran medida a la organización social que ya hemos visto anteriormente, pues la naturaleza y contenido del primero expresan no solo las necesidades indígenas sino su cosmovisión del mundo y de cómo se relaciona la comunidad humana con él, este sistema aún mantiene viva su raíz, especialmente entre el campesinado y las comunidades “apartadas”, y al igual que en muchos otros grupos humanos, no es estático. Por el contrario, responde a las circunstancias internas y externas que lo influyen y le dotan de dinamismo y continuidad.

El conocimiento indígena responde a una visión del mundo encaminada a mantener la armonía entre las comunidades y los entornos, en el que se promueve un equilibrio dinámico a través de las interrelaciones⁷⁰ donde el pensamiento de cada grupo no compite por constituirse en el único u obtener el reconocimiento del mejor, gracias a ello es posible la existencia de metaperspectivas que son posibles mediante el mundo de los intercambios que recrean la multiplicidad de sistemas de identidad mirados desde cada una de las perspectivas de los actores en relación⁷¹.

La oralidad y la práctica colectiva del conocimiento han sido las principales vías para garantizar la continuidad del saber indígena. Entre los indígenas los conocimientos son

⁷⁰ Carlos Pinzón, “Procesos de conocimiento de salud y enfermedad en la Amazonía”, en Salud y Población Indígena de la Amazonía, Eduardo Estrella y Antonio Crespo (Quito: IMPRETEC, 1993) 287.

⁷¹ Arhem, en “Procesos de conocimiento de salud y enfermedad en la Amazonía”, Carlos Pinzón, en Salud y Población Indígena de la Amazonía, Eduardo Estrella y Antonio Crespo (Quito: IMPRETEC, 1993) 288.

mantenidos, reproducidos y transformados por la comunidad más que por los individuos⁷². De esta forma, la generación de conocimiento no se atribuye a particulares ni se espera un sujeto monopolizador para la creación del mismo, ya que el conocimiento es de acceso y gestión pública, no permitiéndose que permanezca separado o apartado de la vida y el saber comunitario. Así, se previene la ignorancia sobre como recrear la vida, atenderla y protegerla tanto para los runas como con las wacas y sallqa. Entonces, la exclusión o discriminación de miembros por la tenencia de conocimientos no se torna en una constante.

Adicionalmente, la cosmovisión indígena ha generado un sistema de conocimiento en el que no se ven las cosas de forma aislada sino que se comprende y se hace considerando el contexto general. En otras palabras, en este proceder se potencializa un pensamiento de síntesis, contrario al pensamiento segmentario que descompone el contexto en partes para tratarlas por separado mediante el análisis⁷³. El conocimiento indígena trabaja entonces bajo la concepción de red o urdimbre⁷⁴. Aquí los problemas son tratados y resueltos para proteger y sanar el todo, para darle bienestar y continuidad a la vida comunitaria en pleno. De esta manera, los problemas se resuelven para todo lo que ellos involucran o afectan y no se acumulan, mucho menos se desplazan o se trasladan de un segmento de la realidad a otro, donde la siguiente víctima se haga cargo del conflicto particularizado. Esto, sin embargo, no significa que una misma forma de proceder ante un problema sea aplicada irreflexivamente a cualquier otro similar. Por el contrario, en el conocimiento indígena, especialmente andino, no se habla de una respuesta absoluta o universal. Nunca un campesino andino se atreve a indicar lo que debe hacerse en otra

⁷² Segundo Fausto Yumisaca Jiménez, “Erosión de conocimientos ancestrales en los productores de papa en cinco comunidades de la UCASAJ” (Quito: Universidad Politécnica Salesiana, 2013) 32.

⁷³ Restrepo Arcila, “Saberes de vida. El saber-hacer andino y las tecnologías apropiadas para el desarrollo”, 55.

⁷⁴ *Ibíd.* 54.

chacra (tierra), sino que solamente relata su experiencia, lo que ha sucedido en el espacio-tiempo que conoce⁷⁵.

Entonces, no solo se produce un amplio bagaje de experticias y conocimientos que se comparten y no que se imponen, sino que además, no hay el predominio de los especialistas intelectuales sino la actividad de colectividades sabias en gestión interconectada. En esto, es importante notar que la transferencia de saberes y conocimientos no es un acto planificado sino natural, de compromiso, sensitivo y emotivo donde participan las distintas generaciones⁷⁶, en el que las tutorías, el compartir habilidades, las redes de ayuda y reciprocidad, la tecnología y los relatos que se transmiten constituyen la base de la regeneración de la vida de las comunidades⁷⁷.

Se aprecia, en consecuencia, que el conocimiento se entrega a quien lo necesite y su aplicación si requiere de ayuda se da mediante los distintos mecanismos de trabajo (ayni, minka o yanapaña) donde la gran mayoría de la comunidad es conocedora, aprensora y ejercitante del conocimiento, aunque en ella destaquen conocedores prácticos con habilidad al momento de compartir saberes, estos últimos no son privatizadores que restrinjan y secreticen el saber, pues la labor que se les reconoce es precisamente la de ayudar con la aplicación del conocimiento por cuya experiencia se pide su presencia, sin embargo, estos no juegan un rol de dominio en la sociedad sino más bien de servicio o delegación a quienes jóvenes, niños y adultos pueden acudir⁷⁸, como en el caso de los yachags (sabios)⁷⁹.

En este sistema los conocedores habilidosos y prácticos, no se han separado del resto de la colectividad y mucho menos han separado a la comunidad de su conocimiento, pues eso

⁷⁵ Ibíd. 56.

⁷⁶ Yumisaca “Erosión de conocimientos ancestrales en los productores de papa en cinco comunidades de la UCASAJ”, 32.

⁷⁷ Doris Guilcamaigua y Edwin Chancusic, “Soberanía Alimentaria y la Descolonización del Saber” (Chimborazo: HEIFER, 2008) 58.

⁷⁸ Ibíd. 63.

⁷⁹ Ibíd. 11, 26 y 55.

implicaría que tampoco pudieran recibir ayni, minka o yanapaña cuando lo necesitaran, ratificando nuevamente que las relaciones entre indígenas guardan la reciprocidad como un valor central. Por ello, estos conocedores son más bien garantes del retorno y vigencia del conocimiento en la comunidad, y se hacen presentes cada vez que la comunidad y sus miembros se lo piden, constituyéndose en retroalimentadores, pero también en actualizadores y recolectores de otros conocimientos fruto del mundo de los intercambios. La autoridad que se les reconoce a estos sabios es la del conocimiento experimentado, operativo, no teórico⁸⁰. Por ello, el “mérito” proviene de la vida práctica y de cómo ha externalizado sus habilidades para la comunidad, entonces el conocimiento se manifiesta y es evidente en las acciones reales.

Además, a diferencia de cómo la sociedad moderna atribuye el mérito de una creación a un individuo titular, en varias sociedades indígenas, el creador no necesariamente es una persona física, sino que puede considerarse que esta creación es producto del mundo espiritual⁸¹ o que se trata de una cooperación que las wacas o la sallqa brindan a los runas en su conjunto.

Gracias a esta forma de ver el mundo, de gestionar y aplicar el conocimiento, donde evidentemente no hay un sentido de propiedad sobre los saberes, ya que estos responden al trabajo colectivo de circulación y actualización permanente, es que la diversidad de conocimientos se ha logrado mantener. El respetar la variedad de valores y saberes gracias a que no se pretenden universales ha permitido que las localidades construyan sus propias realidades adecuadas a sus necesidades, puesto que no hay un saber globalizante, único o alienante que destruye la diversidad⁸².

⁸⁰ Restrepo Arcila, “Saberes de vida. El saber-hacer andino y las tecnologías apropiadas para el desarrollo”, 56.

⁸¹ Darrell A. Posey, “Más allá de la propiedad intelectual: Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales” (Ottawa: IDRC Books, 1999) 64.

⁸² *Ibíd.* 74-75.

Por otra parte, el enfoque de crianza de la vida para que regenere su ciclo, distinto al de dominar la vida y luchar contra ella, ha permitido que el conocimiento posea estabilidad. Y no hablamos de que el conocimiento se encuentre paralizado porque, como hemos visto, es dinámico, sino que nos referimos a un conocimiento cuya aplicación posee periodos de eficacia duraderos y no porque las circunstancias no varíen sino porque no se construye con la intención de romper la reproducción circular del bienestar general como sí sucede en la visión lineal de avance que permanentemente está creando nuevas necesidades y problemas, donde el conocimiento es inestable y se aplica a zonas de bienestar particularizadas. Esto implica un parámetro distinto para soportar los criterios de calidad del conocimiento indígena, el cual se mantiene logra efectividad gracias a su previsión de contexto. Lo cual diferencia al conocimiento indígena de un conocimiento que crece motivado solo por el afán de crecer, aquel donde la generación de nuevas variables problemáticas resultan sistemáticamente rentables y lucrativas. Por el contrario, el conocimiento indígena marca una preocupación por cómo no afectar los ciclos de vida para el bienestar de las tres comunidades (runas, wacas y sallqa), donde la satisfacción del conjunto se realiza sin arriesgar innecesariamente a ninguna de ellas.

Lo antes indicado se debe en gran parte a la relación histórica que los pueblos indígenas han mantenido con la tierra, cuya visión se ha trasladado a la forma de aplicar el conocimiento. Los indígenas marcan un contraste con, por ejemplo, culturas caracterizadas por la siembra del trigo o la cebada, alimentos que son sembrados al voleo y que requieren de poco cuidado en la crianza, cuya principal preocupación es al final “separar el grano bueno del malo” lo que incluso ha sido reproducido en la enseñanza judeocristiana de que algo se mejora cuando se separa de él lo que se considera malo⁸³(discriminándolo).

⁸³ César Carrillo Trueba, “Pluriverso: un ensayo sobre el conocimiento indígena contemporáneo” (Quito: Abya Yala, 2008) 44-45.

En el entendimiento indígena, existe una relación distinta con la tierra y sus hijos, por lo que el conocimiento no se concibe para dominar y destruir los ciclos de vida sino para cooperar y cuidar su reproducción, visión en gran parte proveniente del cultivo de su cultura que está más ligado con los tubérculos que requieren una minuciosa preparación del terreno, cuidadosa crianza y cosecha. Esto ha llevado a comparar al ser humano con un vegetal el cual debe ser cuidado en su crianza, condiciones y el medio en el que crece y que, en cada cosecha, obtiene individuos distintos a causa de la hibridación⁸⁴. Esta diferente relación hace que el énfasis del conocimiento no esté dirigido a la cantidad y a la generación incontrolable acumulativa del mismo, sino a la calidad para la custodia del entorno, del cual el ser humano también hace parte. De esta manera, cada miembro indígena que aplica su cultura y conocimiento no es un simple técnico supeditado a los intereses de grupos de poder⁸⁵, sino un gestor de la vida en sí que se encuentra en permanente diálogo con y en todo, por ejemplo, en el mundo aymara todo está dotado de un espíritu que se comunica, por eso es posible hablar con los ríos, cerros, la lluvia, las plantas y los animales, distinta de la visión que tiene el Estado-nación y los mercaderes de capital donde la naturaleza está muerta (no habla) pero es rica en minerales⁸⁶.

Por su cosmovisión, los indígenas conectan la multiplicidad de tiempos y espacios de los circuitos de hombres, animales y plantas propiciando ciclos de interacción y planificación a largo plazo, sin dejar de utilizar aquellos recursos que se encuentran disponibles por sus ciclos de maduración, lo que hace parte de sus estrategias de biodiversidad⁸⁷ y manejo de recursos, entonces, el conocimiento responde a una lógica de tiempos calmados, donde la vida no se

⁸⁴ *Ibíd.* 45-46.

⁸⁵ Restrepo Arcila, “Saberes de vida. El saber-hacer andino y las tecnologías apropiadas para el desarrollo”, 76.

⁸⁶ José Luis Ayala Olazával, “Cosmovisión ancestral y contemporánea”, en *América Latina en Debate*, Julio Mejía Navarrete, editor (Lima: Universidad Ricardo Palma, 2012) 499.

⁸⁷ Parker y Posey, en “Procesos de conocimiento de salud y enfermedad en la Amazonía”, Carlos Pinzón, en *Salud y Población Indígena de la Amazonía*, Eduardo Estrella y Antonio Crespo (Quito: IMPRETEC, 1993) 289.

encuentra en competencia con el tiempo, ni los seres humanos agreden al entorno por un afán de éxito individual que considera que la existencia es corta y que valoran al tiempo en oro; sino que vida y tiempo, humanos y naturaleza, forman parte de un todo como complementarios y cooperantes. Es por tanto, en su comprensión del mundo, innecesaria la producción acelerada de recursos para la generación de excedentes, desgaste y acumulación de recursos y el consumo masivo, pues estos desequilibran los ciclos vitales, lo cual se opone a uno de sus valores que motivan la acción espiritual, moral, normativa, sensitiva e intelectual en sus culturas.

Entre los indígenas se debe tener claro que el proceso de conocimiento no se separa del proceso de producción ni lo interpreta⁸⁸, lo cual se explica porque todo es vivido como un proyecto de interacción entre comunidades bióticas dirigido a crear identidades múltiples donde el crecimiento y la preservación de las comunidades biológicas es posible junto al de la diversidad cultural⁸⁹.

Estos son, entonces, los breves rasgos del sistema de conocimiento indígena, un sistema que está abierto al cambio y a colaborar, que no se cree único ni universal y que se empeña en el bienestar colectivo a través de la complementariedad sin descuidar el contexto. Un sistema no mercantil, ni competitivo, ni monopólico, sino más bien, de acceso público, de bienestar social, de ejercicio concretizado mediado por lo sensible y lo espiritual. Si es ciencia o no al estilo occidental, no es el problema, la realidad es que es un conocimiento válido y operativo con logros históricos de milenios y con efectividad actual que demuestra que lo que parece imposible o muy costoso para la tecnología occidental⁹⁰ estos pueblos lo han hecho y lo siguen haciendo.

⁸⁸ Carlos Pinzón, "Procesos de conocimiento de salud y enfermedad en la Amazonía", en *Salud y Población Indígena de la Amazonía*, Eduardo Estrella y Antonio Crespo (Quito: IMPRETEC, 1993) 288.

⁸⁹ *Ibíd.* 189.

⁹⁰ Restrepo Arcila, "Saberes de vida. El saber-hacer andino y las tecnologías apropiadas para el desarrollo", 77-78.

1.4. Circunstancias externas que influyen en la existencia del conocimiento tradicional indígena

Los indígenas resistieron y resisten a la colonización de su conocimiento que, como hemos visto, es a la vez la reproducción de sus sistemas de vida y organización social. Muchas de las circunstancias generales externas que inciden en la existencia de su conocimiento aún se conservan y otras, incluso, van ganando espacio e influencia. A continuación, explicaremos estas circunstancias, especialmente aquellas sobre las que acusamos generan mayor impacto hacia el conocimiento tradicional en los siguientes puntos:

1.4.1. El desarraigo, la servidumbre y la esclavitud

No es desconocido que la Abya Yala, en su conjunto, desde el sur hasta el norte del continente, sufrió la invasión extranjera y un proceso de modificación violento de su sistema social que hasta la actualidad mantiene múltiples consecuencias y que se ha interiorizado en el comportamiento global. El desarraigo y exterminio de la gran mayoría de los pueblos indígenas, estuvo marcado por la separación obligada del indígena respecto a las wacas (dioses) y la sallqa (naturaleza), consecuentemente, forzados a abandonar su pensar y sentir, y con ello, el valor y aplicación de su conocimiento comenzó a ser relegado y acallado.

Quitarles a los indígenas sus tierras estaba fundamentado en la concepción de que “lo más sano para el orden social y económico es arrancar los terrenos de manos del indígena ignorante y atrasado sin medios, capacidad ni voluntad para cultivarlos, y pasarlos a la emprendedora, activa e inteligente raza blanca”⁹¹, claro que para ello, había que transformar al indígena en un trabajador, donde dicho sea de paso resulta irrelevante la cantidad remunerativa a la que accedía por su labor en los pocos casos en que esta remuneración se entregaba, pues la

⁹¹ José Vicente Dorado, en “El ayllu una alternativa de descolonización”, María Eugenia Choque, Conocimiento Indígena y Globalización, Ethel Wara Alderete, 65.

pretensión superior era el afianzamiento de un sistema socio-económico que no se vea amenazado por la existencia de otros, lo cual pudo llevarse a cabo en gran parte por un sistema legal que dotaba a los conquistadores-poseedores con derechos y hacía de los indígenas entes con obligaciones en circunstancias de indefensión.

Si hay una cosmovisión común entre los pueblos originarios es la relación que mantienen con la tierra a la cual están vinculados espiritual y materialmente⁹². Entre los mapuche por ejemplo, existe una relación existencial y espiritual con la tierra en que han nacido, de forma que cuando son juzgados por el consejo del “lof” (comunidad) por la comisión de transgresiones, la máxima pena es el destierro que se impone cuando el sujeto ha reincidido y ha experimentado penas menores, ya que al quebrar la relación vital con la tierra pierden al mismo tiempo el soporte espiritual y social de existencia⁹³, lo cual nos demuestra que para el indígena la tierra no es un recurso material más como para las sociedades industriales.

En otros aspectos, a pesar de que hoy la esclavitud podría creerse superada como se la conoció durante la conquista, no hasta hace mucho, en 1970, se seguía informando que la policía, por ejemplo, en el estado de Pernambuco (Brasil), había detenido a 210 campesinos que serían vendidos a propietarios rurales del estado de Minas Gerais a 18 dólares por cabeza⁹⁴. Incluso en pleno 2010, en Bolivia, la Asamblea del Pueblo Guaraní (APG) sigue denunciando condiciones de esclavitud de miles de indígenas en las casas y haciendas de patrones para los que realizan trabajos forzosos, aún sometidos a los terratenientes y hacendados, que la misma OEA y ONU

⁹²Luis D. Heredia, “La administración de justicia en los pueblos originarios: El caso de Argentina”, en América Indígena, Milka Castro Lucic y María Teresa Sierra, coordinación (México: Instituto Indigenista Interamericano. Organismo Especializado de la OEA, 1999) 242.

⁹³Ibíd.

⁹⁴France Presse, 21 de abril de 1970, en “La venas abiertas de América Latina”, Eduardo Galeano (Colombia: Tercer Mundo, 1995), 112.

han establecido como formas de servidumbre donde existe pobreza extrema, castigos y trabajo infantil⁹⁵.

La marginación de los pueblos originarios de los espacios que habitaban, sobre los que existía un fuerte simbolismo que los tornaba sagrados a unos más que otros, y muchos de los cuales ya no retornaron a su uso ancestral, marcó una ruptura en las relaciones típicas que ellos mantenían con el mundo, los recursos y la calidad de su entorno; por lo que el sentir, el saber y el hacer indígena fueron gravemente desviados. Al quitarles a los pueblos indígenas la tierra, la cual para ellos no es un mero recurso sino un espacio que posibilita la reproducción total de la comunidad indígena donde se refleja su ideología y valores⁹⁶, y, por otro lado destinarlos a la esclavitud y más actualmente a la servidumbre, se los ha apartado de su contacto y libertad para aplicar su conocimiento tradicional, poniendo en riesgo la continuidad de sus saberes.

Pero además, otro efecto de haberles privado a los indígenas de los recursos y someterlos a condiciones de explotación, es el desplazamiento forzado que se traduce en un desarraigo, migración y emigración obligada por circunstancias coercitivas de responsabilidad humana, lo que en los últimos tiempos ha implicado que aquellos miembros indígenas que aún se encontraban en los entornos donde podían recrear su cultura tradicional o parte de ella se vean principalmente cooptados por el modelo actual de centros urbanos⁹⁷ o por ruralidades privatizadas.

⁹⁵ Agencia EFE, “Guaraníes bolivianos denuncian que al menos 1.049 familias viven en esclavitud” (Madrid: EFE News Services, 2010).

⁹⁶ Rebolledo, en “El ayllu una alternativa de descolonización”, María Eugenia Choque, Conocimiento Indígena y Globalización, Ethel Wara Alderete, 64.

⁹⁷ En México el 90% de indígenas que han emigrado a Monterrey viven en su zona metropolitana y la mayoría no está asentada en comunidades formales. Secretaría de Desarrollo Social de Nuevo León (Sedesol), en “Miles de indígenas dejan atrás sus pueblos y emigran al norte de México”, Javier Estrada (México: CNN, 2010), <<http://mexico.cnn.com/nacional/2010/11/28/miles-de-indigenas-dejan-atras-sus-pueblos-y-emigran-al-norte-de-mexico>>. Consulta: 3 de agosto, 2014.

Ese es el caso de nahuas, huastecos, otomíes, mixtecos, mazahuas y huicholes⁹⁸ que han emigrado del sur y centro de México hacia el estado industrial de Nuevo León al norte de este país⁹⁹ debido a políticas económicas que han desfavorecido sus circunstancias de trabajo y educación, a los efectos de cambio climático sobre sus sitios de asentamiento y el inaccess a suficientes recursos básicos¹⁰⁰, en estos emigrantes es visible la pérdida de su conocimiento tradicional incluso en su lenguaje (que no es solamente la forma de hablar, sino que refleja concepciones culturales y mantiene viva la cosmovisión y aplicación de conocimientos) llegando a ser tan alarmante como en el caso del Distrito Federal donde solo 118 mil indígenas hablan su idioma nativo¹⁰¹ de los 8 millones de indígenas que habitan en esta ciudad¹⁰².

Colombia también es otro ejemplo de desplazamiento forzado de pueblos indígenas, allí estas comunidades se encuentran entre los principales grupos humanos afectados por conflictos armados¹⁰³ aumentado las cifras de indígenas desplazados forzosamente a tal punto que la supervivencia de 32 grupos indígenas está gravemente amenazada debido a estos conflictos, proyectos económicos a gran escala y a la falta de apoyo estatal¹⁰⁴. Niños y niñas indígenas son reclutados para la lucha armada y las declaraciones del Estado han estigmatizado a los indígenas

⁹⁸ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), en “Miles de indígenas dejan atrás sus pueblos y emigran al norte de México”, Javier Estrada (México: CNN, 2010), <<http://mexico.cnn.com/nacional/2010/11/28/miles-de-indigenas-dejan-atras-sus-pueblos-y-emigran-al-norte-de-mexico>>. Consulta: 3 de agosto, 2014.

⁹⁹ Javier Estrada, “Miles de indígenas dejan atrás sus pueblos y emigran al norte de México” (México: CNN, 2010), <<http://mexico.cnn.com/nacional/2010/11/28/miles-de-indigenas-dejan-atras-sus-pueblos-y-emigran-al-norte-de-mexico>>. Consulta: 3 de agosto, 2014.

¹⁰⁰ Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en “Miles de indígenas dejan atrás sus pueblos y emigran al norte de México”, Javier Estrada (México: CNN, 2010), <<http://mexico.cnn.com/nacional/2010/11/28/miles-de-indigenas-dejan-atras-sus-pueblos-y-emigran-al-norte-de-mexico>>. Consulta: 3 de agosto, 2014.

¹⁰¹ Instituto Nacional de Estadísticas y Geografía, “II Censo de Población y Vivienda 2005. Perfil sociodemográfico de los Estados Unidos Mexicanos” (México: INEGI, 2008) 69.

¹⁰² Javier Estrada, “Miles de indígenas dejan atrás sus pueblos y emigran al norte de México” (México: CNN, 2010), <<http://mexico.cnn.com/nacional/2010/11/28/miles-de-indigenas-dejan-atras-sus-pueblos-y-emigran-al-norte-de-mexico>>. Consulta: 3 de agosto, 2014.

¹⁰³ Amnistía Internacional, “La lucha por la supervivencia y la dignidad” (Madrid: Editorial Amnistía Internacional, 2010) 2.

¹⁰⁴ *Ibíd.* 5.

como guerrilleros creando un clima en el que se toleran, alientan o facilitan los abusos contra los derechos humanos de los pueblos indígenas¹⁰⁵.

Al observarse las condiciones de los párrafos precedentes queda claro que la recuperación, recreación y conservación del conocimiento tradicional se ve claramente restringida, pues en un sistema en que las personas son extremadamente explotadas; la libertad para pensar y actuar estará cohibida de manifestarse como en otros tiempos, en que la plenitud de sus lógicas no estaba imposibilitada de llevarse a la práctica; estas condiciones de vida a las que han sido sometidos los habitantes indígenas son entonces un elemento agresor de los conocimientos tradicionales, condiciones que no han terminado, sino que se mantienen sobre los descendientes de estos pueblos, de los que los mestizos también hacen parte.

1.4.2. *La propiedad*

Ha quedado claro que los pueblos indígenas no concebían la apropiación de las fuentes de recursos como la naturaleza. Estos recursos eran seres sagrados con los que existía una relación de reciprocidad para recrear la vida, donde la comunidad de runas (humanos) asumía bajo su cuidado espacios en una especie de delegación, en la que las familias ayudaban y eran ayudadas por la colectividad, accediendo por ello a los medios de vida suficientes para su bienestar.

En este contexto, la pobreza y la riqueza son conceptos que ven muy afectada su existencia y vigencia. Esto se debe a varios factores que pueden ser comprendidos con lo mencionado anteriormente, como el hecho de que los objetos manufacturados son más bien de tipo ceremoniales o símbolos de expresión estética que no juegan un rol económico importante, ya que incluso en su faceta de herramientas no tienen un uso exclusivo-posesivo.

¹⁰⁵ *Ibíd.* 4.

También, es la forma de comercio que está principalmente referida al intercambio entre ayllus la que ofrece un mecanismo de control a la sobreproducción, pues resulta infructífero producir más allá de lo que se podrá transar. Cada etnia sabe lo que produce y lo que producen otros y mantiene la memoria de los intercambios¹⁰⁶. De esta manera, no se genera un desbalance entre lo que se da y lo que se recibe, y se cubre suficientemente lo que se necesita, pues ya se conocen los requerimientos entre ayllus, de tal modo que encontrar alguien interesado en el intercambio no es un problema; y así, tampoco se arriesgan los ciclos de renovación con producciones agotables, intensivas o de gran escala, ni se afecta la cohesión social con el ánimo de posesión.

Además, en el contexto indígena, estar a cargo de mayor cantidad de espacios y de recursos es tener mayores responsabilidades con la comunidad. Ser autoridad indígena se traduce como servicio¹⁰⁷. Entonces, el acaparamiento de estos espacios y recursos no es un objetivo de los miembros de la sociedad, en cambio, sí es un interés de ellos que las tareas se repartan equitativamente en comunidad.

Todo lo anterior nos lleva a notar que hay un prácticamente homogéneo acceso a los recursos, y que no es la acumulación de bienes lo que determina la participación de la gente en el bienestar, ni es esto lo que marca el status de sus miembros, pues es su actividad socializada y de servicio a lo público la que se reconoce por la sociedad y lo que conlleva la ampliación de sus fuentes de satisfacción. Por otra parte, las circunstancias de necesidad interna están cubiertas por la sociedad en pleno, la cual apoya al necesitado. Así, la diferencia entre los recursos con los que

¹⁰⁶ Carlos Pinzón, "Procesos de conocimiento de salud y enfermedad en la Amazonía", en Salud y Población Indígena de la Amazonía, Eduardo Estrella y Antonio Crespo (Quito: IMPRETEC, 1993) 288.

¹⁰⁷ Choque, "El ayllu una alternativa de descolonización", en Conocimiento Indígena y Globalización, Wara Alderete, 68.

pueden contar los necesitados y no necesitados resulta escasa y superable, en oposición a lo que pasa entre ricos y pobres en la modernidad donde existen marcados y distantes extremos.

Por lo tanto, con la introducción de un paradigma de propiedad tan acentuado como el moderno, lo que se ha hecho entre muchos pueblos indígenas es provocar la destrucción de sus concepciones sociales, ejemplo de ello es la fragmentación de tierras que cuentan con presencia indígena ancestral¹⁰⁸, la cual se hizo posible mediante normas legales de los Estados que establecían que la tierra no trabajada será expropiada, sin entender la aplicación del conocimiento y las técnicas indígenas sobre el manejo de tierras, como en el caso de las aynucas, lo cual ha provocado que muchas de estas áreas actualmente sean más pequeñas y han forzado al indígena a tener que sembrarlas, sin darle la posibilidad de descanso a la tierra, obteniendo de ellas menos cantidad y calidad de alimentos¹⁰⁹, políticas con las que se ha interfiriendo en la cosmovisión de estos pueblos sobre la renovación de ciclos.

Otro ejemplo de este problema se encuentra en la hoja de coca, la cual era y es utilizada por los indígenas con fines curativos y culturales, planta que para 1900 alcanzó una cifra alta de importación legal por los Estados Unidos (entre 600 a 1.000 toneladas métricas al año) desde el Perú, esto debido a que los médicos anglosajones y las compañías farmacéuticas aprendieron del conocimiento andino respecto a la utilidad de ella para tratar la neurastenia, cólera, fiebre de heno, epilepsia y su aplicación como anestésico local para cirugías de complejidad¹¹⁰; sin embargo, este tipo de comercio no respondía a la lógica de complementariedad y truco de la tradición indígena, sino a un comercio lucrativo y por acumulación propio de la lógica mercantil,

¹⁰⁸ Los espacios de tierra donde existió o existe la presencia de grupos indígenas o quienes se reconocen como sus descendientes son los que el presente trabajo denomina territorios o tierras ancestrales, tradicionales o indígenas.

¹⁰⁹ Restrepo Arcila, "Saberes de vida. El saber-hacer andino y las tecnologías apropiadas para el desarrollo", 30.

¹¹⁰ Paul Gootenberg, "Entre la coca y la cocaína" (Perú: Instituto de Estudios Peruanos, 2003) 7-8.

por lo que Estados Unidos estimuló la siembra intensiva de la planta¹¹¹, lo que hizo que una concepción indígena de acceso público a la salud mediante su práctica de cooperación con la naturaleza se convirtiera en un elemento en el que el indígena era impulsado a ingresar en la lógica del monocultivo y la mentalidad privatizadora sobre su entorno, y con ello la privatización de su conocimiento asociado al recurso. Es más, la lógica de uso de esta planta se ha invertido y descontextualizado a tal punto que en la actualidad hace parte de los conocimientos y prácticas discriminadas y perseguidas afectando no solo a los indígenas sino a otros grupos humanos.

En un nivel más general donde también se puede notar la agresión a los conocimientos tradicionales por parte del paradigma de propiedad se encuentra el proceder privatizador en la colonización agraria que ha servido para extender la “civilización”, como en el caso de Brasil, donde se le ofreció a cada campesino 10.000 hectáreas de superficie si sobrevivía a las enfermedades de la selva y mientras apoyara la creación de la carretera transamazónica para penetrar la selva, ofrecimiento con el que se incentivaba a 6.000.000 de campesinos sin tierras del nordeste¹¹² a migrar sobre tierras de culturas humanas ancestrales. Resulta evidente que con este proceder se buscaba extender el sistema de propiedad, especialmente el de propiedad privada, pero que también le permitía al Estado ampliar su poder y dominio territorial para lo cual colocó en competencia por la acumulación y acceso a recursos a estos millones de campesinos con otras 15.000 personas que en base a la apropiación colonizadora para ese momento ya eran dueñas de la mitad de la superficie total¹¹³.

En los Estados Unidos, se complementaba el actuar privatizador con una política de disimulada apropiación en la que para 1964 todo ciudadano norteamericano tenía derecho a reclamar 30 acres de tierra gratuitamente garantizados por la Constitución de ese país, con ella

¹¹¹ *Ibíd.* 9-10.

¹¹² Eduardo Galeano, “La venas abiertas de América Latina” (Colombia: Tercer Mundo, 1995) 113.

¹¹³ *Ibíd.*

algunos afrodescendientes comenzaron a tener derecho a la propiedad de la tierra, pero no sucedió así con los habitantes indígenas originarios¹¹⁴, sin embargo, al mismo tiempo existió el derecho de estar armado como parte del llamado Régimen de la Libertad¹¹⁵. Esto encontró una traducción perversa en la realidad, pues existieron enfrentamientos y persecuciones de los asumidos propietarios de la tierra sobre los grupos vulnerables y particularmente sobre las diversidades étnicas.

En la provincia de Jujuy, en Argentina, la desintegración de la comunidad indígena y su paso a un campesinado arrendatario ilustran procesos muy similares donde están presentes el genocidio y el uso de la fuerza en todo el continente¹¹⁶ con los que el concepto de propiedad se impuso hasta llegar hoy a estar legitimado y protegido como un derecho, y que ha hecho del conocimiento indígena y de su cultura en general una víctima histórica y actual, con riesgo de extinción o por lo menos de inaplicabilidad en buena proporción.

En estos ejemplos se puede notar como el conocimiento indígena (saberes, técnicas, aplicaciones, comprensiones, creencias, etc.) mediante la lógica de la propiedad experimenta un proceso de apartamiento y separación del espacio público, este proceder en el primer caso coloca al conocimiento en el riesgo de ser eliminado y en el segundo apropiado y refuncionalizado con fines privados; de esta manera se torna problemática la transferencia del conocimiento, pues se convierte en un requisito para su acceso la entrega de propiedad. En consecuencia, se pierde su libertad de intercambio, acceso y práctica, y se restringen sus oportunidades de desarrollo y gestión. Además, el sentir proteccionista se encripta en lo privado, el cual en algún momento

¹¹⁴ Alberto Jorge Lapolla, “Evolución e influencia del régimen latifundista en Argentina. Socialización, desindustrialización, genocidio y latifundio” (Argentina: El Cid, 2006) 8.

¹¹⁵ *Ibíd.* 7.

¹¹⁶ Guillermo Madrazo, “Hacienda y encomienda en los Andes”, en *Privatización de la propiedad, riqueza y desigualdad en las "tierras altas" de Jujuy* (Argentina), Cecilia A. Fandos (Colombia: Universidad de los Andes, 2013) 47.

requerirá de la coacción física, distinto de lo que sucede cuando el conocimiento es de acceso, transferencia y protección pública.

1.4.3. La educación alienante

La educación no solamente es la asistencia a un centro formal de aprendizaje, llámese escuela, colegio, universidad, cursos, etc. También forman parte de ella la familia, el trabajo, los medios de comunicación y las herramientas, bienes y servicios de distinto tipo, la publicidad, el arte, la religión, entre otros, cuya influencia sobre la vida social e individual de las personas es innegable. Sin embargo, es importante reconocer los horizontes de pensamiento, de hacer y de ser que estos componentes educativos abren o cierran, en especial cuando se consideran los únicos ejercibles, los más correctos o los superiores.

Es claro que toda educación (tanto la moderna como la indígena y otras) crean nuevos contextos humanos que nos apartan y nos limitan de vivir otras realidades, ya sea porque conscientemente el colectivo desea y siente necesario apartarse de esos otros contextos o porque existen unos cuantos individuos que pretenden imponer y consolidar determinadas circunstancias sobre las colectividades. Es esta última forma de proceder la que se convierte en un elemento que agrade a la diversidad y, entre ella, al conocimiento tradicional, cuando convierte a la educación en algo plano y lineal con una única voz oficial desprovista de interlocutores, lo que anula la posibilidad de que exista un diálogo de conocimientos.

El comportamiento de los colonizadores es ejemplo de ello, pues no solamente buscaban el enriquecimiento a costa de la esclavitud y la violencia de exterminio en contra de quien se defendía y oponía, sino que intencionalmente destruían las culturas y los conocimientos tradicionales indígenas, como en los casos de la prohibición y quema de documentos, soportes y respaldos de información. No se puede ignorar al respecto que, el conocimiento indígena ha

debido soportar varias acciones destructivas. Entre ellas, vale mencionar la efectuada por los Frailes Franciscanos y Juan de Zumárraga, quienes viendo en los códices figuras del mal y para quitarle la idolatría al pueblo, se apoderaron de los archivos de Tenochtitlan y Tlatelolco para quemarlos en una hoguera que debió ser tan abundante que ardió por un periodo de ocho días¹¹⁷ o los actos de Diego de Landa, quien quemó cien mil códices mayas¹¹⁸ por lo que hoy el conocimiento sobre esta cultura documentalmente apenas proviene de 4 libros que han sobrevivido hasta los tiempos modernos¹¹⁹.

Pero ya en la modernidad, tal como otros lugares, el Ecuador es ejemplo de una agresión disimulada a través de políticas de carácter paternalista cuyo interés principal era integrar a los pueblos indígenas a modalidades de civilización y cultura justificadas en reencontrar su alma con el evangelio, que superen el oscurantismo colonial para transformarlos en las manos de obra que el desarrollo económico del Estado¹²⁰ requiere. En este aspecto no se puede dejar de precisar que la única fuente educativa por mucho tiempo fue la iglesia. La educación formal dependió de ella totalmente a lo largo del periodo previo a la independencia¹²¹, sin contar que ella también educaba a la familia y a los “dueños” de los medios de producción a través de la religión, determinaba el tipo de arte y las formas de expresión permitidas, entre otros aspectos.

Ya en la época republicana, la educación, incluso vestida de bilingüe (quichua) o intercultural, tenía el propósito de aculturizar. Ésa es la cosmovisión de la educación en y de la modernidad, que explica como sus medidas son “necesarias” para articular y lograr reformas

¹¹⁷Rayón, 1854, p. 979, en “El desastre de la documentación indígena durante la invasión-conquista española en Mesoamérica”, Felipe Meneses Tello (Monterrey: Crítica Bibliotecológica, 2011) 25.

¹¹⁸Arízpe y Tostado, 1993, p. 69, en “El desastre de la documentación indígena durante la invasión-conquista española en Mesoamérica”, Felipe Meneses Tello (Monterrey: Crítica Bibliotecológica, 2011) 25.

¹¹⁹Coe, 1987, p. 161, en “El desastre de la documentación indígena durante la invasión-conquista española en Mesoamérica”, Felipe Meneses Tello (Monterrey: Crítica Bibliotecológica, 2011) 25.

¹²⁰ Raúl Useche Rodríguez, “Educación indígena y proyecto civilizatorio en Ecuador” (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Abya Yala y Corporación Editora Nacional, 2003) 74-75.

¹²¹ Julio Tobar Donoso, “La iglesia, modeladora de la nacionalidad” (Quito: La Prensa Católica, 1953) 216-219.

económicas y políticas¹²² eliminando de paso a otros saberes, sentires, conocimientos, exterminando la diversidad educativa.

Actividades aparentemente inocentes, como la alfabetización y “la escolarización del indio” que redujeron las cifras hasta el 12% en el Ecuador¹²³, resultan ser elementos riesgosos al conocimiento tradicional. Solo basta con preguntarse qué tipo de textos y literatura se enseñaban a leer, qué ideas e ideologías estaban contenidas en estos documentos y en el esfuerzo alfabetizador para visibilizar el acallamiento mental, el cual se expresaba desde la creencia de ayuda del superior al inferior al que se le debía mostrar el camino hacia la ilustración.

Este tipo de educación, de enseñanza adoctrinante, ha consolidado una particular idea de progreso que aún no es capaz de ver y plantearse otras formas de organización, ni sus consecuencias a largo plazo y sobre “los otros”; y su intento de unificar las diversas culturas a patrones y modelos considerados universales junto con el afán de poder gobernar a las masas¹²⁴, se ha traducido en indicadores económicos y de dominio como posteriormente observaremos.

De esta forma, los modelos educativos dirigidos a los pueblos indígenas han partido desde el concepto de que estos pueblos no tienen cultura, se encuentran atrasados, son salvajes, necesitan ayuda que los haga “iguales” a los extranjeros (con sus formas de vida superior) y consideran a su conocimiento (si lo tienen) como primitivo. Este desprestigio se yergue como una barrera para el intercambio y la aplicación del conocimiento no oficial, aquel que no goza del reconocimiento y calificativo de científico o racional, el que no se enseña en los centros

¹²² *Ibíd.* 75

¹²³ Galo Ramón Valarezo, “Estado plurinacional: una respuesta innovadora atrapada en viejos conceptos”, en *Pueblos Indios, Estado y Derecho*, Enrique Ayala Mora (Quito: ILDIS, Corporación Editora Nacional, Abya Yala, CORPEA y TCC, 1992) 17-18.

¹²⁴ Carlos Paladines Escudero, “El pensamiento pedagógico ilustrado” (Quito: ICAM, Editores Universidad Politécnica Salesiana, 1996) 76.

formales y que no se convierte en un elemento meritocrático como sí lo es un título académico, pero que sin duda es un conocimiento de vida.

En estas circunstancias el conocimiento vulgar y tradicional es visto con desprecio, pues ha resultado hasta el momento intrascendental a escala global transparentar su rescate y reflexión. Sin embargo, las circunstancias de necesidad le comienzan a devolver aplicabilidad a pesar del paradigma “Estado”, y del aislamiento sistemático y vejamen del que aún es víctima, demostrando que es resistente y capaz de retomar vigencia sin sucumbir ante agresiones violentas y de largo plazo pues aún existe una buena cantidad y calidad de conocimiento indígena que no se ha perdido y al cual los descendientes de los pueblos indígenas aún acceden y, además, conservan, transmiten e incluso recuperan al mismo tiempo de generar nuevos saberes.

1.4.4. Las enfermedades introducidas

Según varios estudios, las epidemias antes de 1492 poseían la misma intensidad en la América aborigen que las epidemias europeas¹²⁵. Estos estudios apuntan a que la principal causa de morbilidad y mortalidad entre los pueblos indígenas precoloniales eran las enfermedades respiratorias y gastrointestinales, y que estas enfermedades también eran la principal causa de muerte en el resto del mundo¹²⁶. Incluso “el viejo y el nuevo mundo” pudieron haber compartido por lo menos 2 enfermedades epidémicas (el tifus y la influenza)¹²⁷ antes de 1492.

Ahora bien, también los estudios destacan que, antes de la conquista en la Abya Yala, las hambrunas no eran frecuentes, y que cuando ocurrían se daban sobre todo en áreas de clima

¹²⁵ Suzanne Austin Alchon, “Las grandes causas de muerte en la América precolombina” (México: Red Papeles de Población, 2006) 202-204.

¹²⁶ *Ibíd.* 208 y 218.

¹²⁷ *Ibíd.* 204.

particularmente severo, como el Ártico y el Subártico, y en las regiones más secas del sureste de Estados Unidos y del norte de México¹²⁸.

Con esto, se puede asumir que, las sociedades de la Abya Yala tenían problemas de salud tan complejos como los europeos o los del resto de la humanidad. Entonces, los pueblos indígenas también tenían sus formas de afrontar y superar estos inconvenientes. Por ejemplo, la evidencia arqueológica sugiere que la tuberculosis estuvo presente en este territorio por lo menos hace 2.000 años¹²⁹, sin embargo, esta enfermedad ocurría raramente¹³⁰. La leishmaniasis y la trypanosomiasis americana, que eran infecciones protozoarias que prevalecían en las áreas tropicales, y la bartonellosis del norte de Sudamérica, transmitida por flebótomos, eran enfermedades crónicas pero raramente mortales¹³¹, de igual forma que la leptospirosis, transmitida por agua, tierra y comida contaminada¹³²; es precisamente porque el ciclo de la vida indígena se veía afectado por las enfermedades, que estos pueblos tienen conocimientos médicos y formas de tratamiento del tipo de circunstancias que los afectaban, conocimientos con los que iban generando la actualización en sus aplicaciones y usos, pero, lógicamente no sobre enfermedades inexistentes y desconocidas como las foráneas que fueron y que continúan siendo introducidas entre sus poblaciones.

En este contexto existen varios informes que intentan utilizarse para negar la existencia de conocimiento sobre enfermedades o medicina por parte de los indígenas, como aquellos documentos que suponen que los habitantes aborígenes tenían una expectativa de vida de hasta 22 años, por lo que afirman que es debido a este factor que no se hacían presentes las

¹²⁸ *Ibíd.* 205.

¹²⁹ Buikstra, en “Las grandes causas de muerte en la América precolombina”, Suzanne Austin Alchon (México: Red Papeles de Población, 2006) 207.

¹³⁰ McGrath, en “Las grandes causas de muerte en la América precolombina”, Suzanne Austin Alchon (México: Red Papeles de Población, 2006) 207.

¹³¹ Suzanne Austin Alchon, “Las grandes causas de muerte en la América precolombina”, 207.

¹³² *Ibíd.*

enfermedades degenerativas crónicas asociadas al envejecimiento, de tal forma que la mortalidad proveniente de enfermedades era baja¹³³. Esto nos llevaría a pensar que eran sociedades de gente joven pero con estructuras sociales y lógicas de trabajo pensadas en sostenibilidades a largo plazo, entre las que contemplaban una especialmente dedicada a grupos vulnerables o preferenciales donde se encontraban los ancianos llamada *minka*, lo cual resulta de cierta forma contradictorio.

Sin embargo, existen trabajos que se oponen a estas afirmaciones y que, por lo menos, duplican la expectativa de vida de los indígenas de hace más de 500 años. Así, tenemos los trabajos realizados por Gerszten y Allison, quienes indican que, en muchas de las 23 culturas precolombinas por ellos estudiadas, al menos el 40% de la población vivía hasta después de los 40 años¹³⁴.

Otros en cambio argumentan que las enfermedades no ocupaban un lugar determinante entre las causas de morbilidad y mortalidad de los pueblos indígenas pues afirman que las principales eran los conflictos bélicos. No obstante, no se ha probado la existencia de enfrentamientos que hayan dejado restos humanos equiparables porcentualmente a los muertos en territorios europeos de aquella época y que puedan considerarse una constante en las relaciones entre estos pueblos. Tampoco se ha probado la existencia de batallas genocidas cuyos vestigios no sean circundantes a la llegada europea y a la época colonial, y también hay que considerar que el arsenal armamentístico de los habitantes aborígenes no respondía ni responde a lógicas de exterminio y de destrucción a gran escala.

De la misma manera, no se puede alegar que las enfermedades no hayan tenido mayor impacto en la población aduciendo que los pobladores precoloniales de la *Abya Yala* fueran

¹³³ *Ibíd.* 205.

¹³⁴ Gerszten y Allison, 1991:259, en “Las grandes causas de muerte en la América precolombina”, Suzanne Austin Alchon (México: Red Papeles de Población, 2006) 210.

pocos para aquella época. En efecto, de acuerdo con los estudios realizados por Woodrow Borah o Henry F. Dobyns, la población nativa en la Abya Yala se encontraba entre los 90 a 110 millones de individuos¹³⁵. No obstante, historiadores como Karl Theodor Sapper, Paul Rivet, Herbert Joseph Spinden y William M. Denevan presentan cifras más moderadas en la que estiman que la población se encontraba entre los 40 y 75 millones¹³⁶. También existen posturas como la de Ángel Rosenblat quien calcula que la población llegaba a los 13.3 millones y de Alfred Louis Kroeber quien afirma que la población llegaba a los 8.4 millones de personas¹³⁷. Por lo cual, utilizando el promedio de los valores indicados, la población indígena antes de la colonia debió encontrarse en alrededor de los 54.3 millones de habitantes, cifra muy similar a la europea de antes de 1492, que también llegaba a alrededor de 56.5 millones de habitantes¹³⁸.

Empero, esta equidad poblacional entre europeos y abya yalenos se ve drásticamente alterada durante la colonia, no solamente por la violencia empleada para la conquista, sino y en gran medida por las enfermedades foráneas, a tal punto que, en la actualidad, la población estimada de indígenas en todo el continente abya yaleno es de un poco más de 54 millones de personas, llegando a representar el 7% de la totalidad de habitantes en el continente¹³⁹. Esto, además, nos indica que el resto de habitantes en el continente que se asumen como mestizos, afrodescendientes o blancos está compuesto por aproximadamente 771 millones¹⁴⁰, donde el 36% son caucasoides¹⁴¹ (pigmentariamente blancos).

¹³⁵ Paul Stuart, "Nations Within a Nation: Historical Statistics of American Indians" (Westport: VNR AG, 1987) 51.

¹³⁶ *Ibíd.*

¹³⁷ *Ibíd.*

¹³⁸ Isaías Covarrubias Marquina, "La economía medieval y la emergencia del capitalismo" (Eumed, 2004) 86.

¹³⁹ Roque Roldán, "Desarrollo de las economías rurales en América Latina y el Caribe: manejo sostenible de recursos naturales, acceso a la tierra y finanzas rurales" (Fortaleza: Banco Interamericano de Desarrollo, 2002) 31.

¹⁴⁰ *Ibíd.*

¹⁴¹ Francisco Lizcano Fernández, "Composición Étnica de las Tres Áreas Culturales del Continente Americano al Comienzo del Siglo XXI", (México: UAEM, 2005) 216-221.

Se debe complementar estos datos con las crónicas aportadas por narradores de la época de la conquista como Bartolomé de las Casas, quien expresaba que las epidemias de enfermedades provenientes de Europa causaron infinidad de muertes entre los aborígenes¹⁴², o Fray Domingo de Betanzos, quien el 11 de septiembre de 1545, indicaba que, durante los últimos 8 meses anteriores a su carta, diariamente morían “1000 indios” solamente en México¹⁴³. A ello, se deben añadir investigaciones como las del ecólogo Jared Diamond, quien indicó que, a lo largo de América, las enfermedades introducidas por los europeos se extendieron de tribu a tribu mucho antes de la llegada de los propios europeos, matando a un porcentaje estimado del 95% de la población nativa americana existente a la llegada de Colón¹⁴⁴.

Sin duda, en cualquiera de estos escenarios, la presencia de enfermedades y epidemias es una constante. Sin embargo, se debe reconocer que fue el pueblo indígena el que fue expuesto a patógenos extracontinentales y no la población indígena la que llevó los organismos que afectaban a su salud a tierras europeas.

Por otro lado, la existencia de enfermedades que a pesar de ser graves y complicadas raras veces causaban la muerte a los indígenas precoloniales cuya cantidad de habitantes era muy similar a la europea para aquella época nos lleva a ratificar la existencia de valiosos conocimientos tradicionales. Conocimientos y prácticas tan efectivos como para permitir la supervivencia y bienestar de millones de habitantes durante milenios, donde se pueden apreciar saberes y costumbres vinculados a las áreas preventivas, curativas y paliativas de la medicina, gestión de la salud y organización social de estos pueblos.

¹⁴² Bartolomé de las Casas, en “Relatos y Relaciones de Hispanoamérica Colonial”, Otto Olivera (Austin: University of Texas Press, 2004) 49.

¹⁴³ Joaquín García Icazbalceta, Colección de documentos para la historia de México.

¹⁴⁴ Jared Diamond, “Guns, germs and steel”, (New York: W. W. Norton, 1997) 77-78.

En la actualidad, las enfermedades en general, pero especialmente las foráneas o las producidas por la transferencia de comportamientos foráneos, tal como hace 500 años, siguen representando una agresión para la existencia del pueblo indígena y para su conocimiento. Pues en los pueblos indígenas la propagación de enfermedades forasteras en ocasiones accidentalmente provocadas, pero en otras veces intencional e indiferentemente “compartidas”, se continúa dando a sabiendas de las fuentes del problema y sus consecuencias, justificándolas en lógicas comerciales y científicos de orientación productivista.

Este es el caso de los agroquímicos, las industrias contaminantes, la degradación ambiental, los productos alterados, el cultivo y manipulación de semillas virulentas y propagación de organismos modificados liberados al ambiente, las experimentaciones, manipulación e investigaciones de alto riesgo (que han sido realizadas sin conocimiento ni consentimiento pleno, libre e informado en territorios y en miembros indígenas)¹⁴⁵, la misma tecnología que genera nuevas necesidades de consumo masivo acompañada por la publicidad de acaparamiento que incentiva la demanda de recursos, el narcotráfico y la militarización, la lógica del éxito individual que han modificado el comportamiento respecto a la noción de la vida y el tiempo que han alentado la presión, sobrecarga laboral, la explotación, el estrés, entre muchos otros aspectos, son ejemplos claros de fuentes de enfermedad foráneas que están siendo transmitidas a los descendientes indígenas o han modificado el contexto ambiental o social, y que tienen claras repercusiones en la salud de estos y otros pueblos.

Varias de estas enfermedades, como se observa, no necesariamente o exclusivamente pasan por tratamientos y métodos curativos de aplicación de compuestos físicos o sustancias materiales, sino que aluden a una salud colectiva cuyo tratamiento está transversalmente vinculado a la

¹⁴⁵ Por ejemplo el caso de extracción de genes Huaorani. Diario El País, “Expedición científica al Alto Amazonas para analizar la resistencia de los nativos a las enfermedades más usuales”, New York, 1983.

organización social y a las, relaciones y comportamientos de la colectividad, lo que revaloriza el enfoque de la sanación indígena, donde los métodos curativos físicos son complementados con los procesos espirituales, área en la que los indígenas tampoco han dejado de destacarse y nutrir.

Estas enfermedades propias y provocadas por una lógica de sistema de producción y mercado distinta del enfoque indígena, a las que han sido arrastrados los pueblos ancestrales, su entorno y los seres a los que se encuentran vinculados, ponen en grave amenaza a estos grupos humanos, a sus fuentes de conocimiento, a su particular forma de desarrollarse y por lo tanto al conocimiento tradicional como tal.

Finalmente, cabe reflexionar sobre el pasado y aprender de él. Podemos retomar la información de que enfermedades como la viruela, el sarampión y la peste bubónica no existían en la Abya Yala aborígen y cobraron una gran cantidad de víctimas¹⁴⁶ que no estaban inmunitariamente preparadas para este contacto forzado a diferencia de otros que ya habían adquirido resistencia. Esto nos lleva a considerar que, cuando se generan y provocan contextos de contacto entre sociedades que han vivido aisladas, es necesario el inmediato y emergente intercambio de saberes, como una forma de ayuda mutua y recíproca, la que además tiene que hacer todos los esfuerzos posibles y necesarios para no violentar los contextos culturales de los pueblos que entran en contacto.

Este aspecto entonces nos lleva a establecer que es una relación de contacto y no de invasión, que debe ser trabajada entre iguales aunque distintos y que requiere de la voluntariedad y planificación mutua de pleno consentimiento. En efecto, la historia nos demuestra que las justificaciones en buenas intenciones de ayuda, regalo o subvención provenientes de una estereotipada y unilateral mirada de progreso y desarrollo no son más que otra forma de violencia y dominación, en que pocos de lado y lado salen realmente ganando.

¹⁴⁶ Jared Diamond, "Guns, germs and steel", 77-78.

Es posible incluso que la vinculación de estos patógenos que habían tenido por mucho tiempo caminos separados de “evolución” (supervivencia) y que a cada sociedad le representaron un reto a su conocimiento, inteligencia, ideas, sensibilidades, interpretaciones y organización, cuando entraron en contacto, hayan encontrado nuevos caminos para mutar su naturaleza y expresar sus efectos en la salud humana y ambiental, con lo que se ratifica que un proceso de colonización del saber no es la estrategia más sensata para solucionar los problemas sociales sino que son necesarios vínculos comunicativos de saberes.

Por lo tanto, son igualmente agresivas las enfermedades por su propia naturaleza como por las fuentes antrópicas ligadas a la forma en que se accede y aplica el conocimiento, que lamentablemente tanto en la colonia como en la actualidad son apropiativas. De este modo, se aumentan las limitaciones que se han cernido sobre el conocimiento tradicional, aspecto que nos dedicaremos a explicar en el próximo capítulo, donde se apreciará la actual relación del conocimiento indígena, particularmente el medicinal, el derecho internacional y la economía, comercio y mercados de conocimiento.

1.4.5. *La extracción de recursos*

Para cerrar este escenario de circunstancias generales que inciden en la existencia de los conocimientos tradicionales, nos referiremos a algo que, de alguna manera, ya ha quedado indicado en los puntos anteriores: la lógica industrial propia del paradigma de productividad intensiva para la generación de excedentes, sobrexplotación y acumulación acaparadora de recursos, en la que el extractivismo es uno de los pilares sistémicos.

La industria extractiva es otro comportamiento heredado de la época colonial. En ella, el ansia por los metales y piedras “preciosas”, nacidos como símbolos arbitrarios de riqueza, motivaban la invasión de territorios para apropiarse de recursos naturales. Por ejemplo, Francisco

Pizarro capturó a una de las principales autoridades incas (Atahualpa) para pedir un rescate que pesaba veinte mil marcos de plata fina y un millón trecientos mil escudos de oro fino. Sin embargo, cuando esta cifra fue pagada, lo degolló de todas formas¹⁴⁷. Entre 1545 y 1558, se descubrieron las fértiles minas de plata de Potosí, las Zacatecas y de Guanajuato. Y ya para el siglo XVII, este metal representaba el 99% de las exportaciones minerales de América¹⁴⁸, la extracción de recursos en esta época era un comportamiento monárquico incentivado por los miembros prestamistas de otras naciones como la alemana, genovesa, flamenca y española con quien la Corona se encontraba comprometida en deudas¹⁴⁹ en las que hipotecó recursos de territorios de los que se apropiaba mediante el exterminio de culturas y, con ellas, de su conocimiento.

Pero, la extracción de metales no es la única actividad extractivista conocida. En Brasil, por ejemplo, durante el primer periodo de la colonización, se extraía la madera¹⁵⁰, aunque luego comenzaron a llover los aventureros y cazadores de fortuna atraídos por el oro que apenas comenzaba a descubrirse en esa zona. Esto generó que, de 300.000 habitantes en 1700, un siglo después pasaran a ser 3.300.000 personas¹⁵¹. En estas fechas, se comienza ya a ver con más claridad cómo un sistema de mercado y comercio extractivo se estaba configurando, y la forma en que se utilizaba al derecho como herramienta para la concentración de los recursos naturales, convirtiendo a unas sociedades en esencialmente extractivistas y a otras en principalmente industriales. Muestra de esto es que Portugal firmó el Tratado de Methuen con Inglaterra en 1703, que resulta en un acuerdo comercial que, en definitiva, conlleva al pago de las

¹⁴⁷ Miguel León Portilla, en “Las venas abiertas de América Latina”, Eduardo Galeano (Colombia: Tercer Mundo, 1995) 23.

¹⁴⁸ J.H. Elliot y Earl J. Hamilton, en “Las venas abiertas de América Latina”, Eduardo Galeano (Colombia: Tercer Mundo, 1995) 27.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, 29.

¹⁵⁰ Eduardo Galeano, “Las venas abiertas de América Latina”, 65.

¹⁵¹ Celso Furtado, “Formación económica del Brasil”, en *Las venas abiertas de América Latina*, Eduardo Galeano, (Colombia: Tercer Mundo, 1995) 66.

manufacturas británicas (productos industriales) a cambio del oro¹⁵² (del extractivismo en tierras de la Abya Yala).

Es importante destacar que es la misma práctica extractiva destructiva del hábitat de pueblos y de ecosistemas la que posibilita el pago de mano de obra con la cual logra mantener su modelo de “desarrollo”. En los tiempos de la colonia, dicha mano de obra provenía en gran parte de esclavos africanos contrabandeados por Inglaterra y Holanda, países que así amasaron grandes fortunas¹⁵³. Es decir, los recursos naturales fueron convertidos en una fuente de fuerza para el sistema, que le permitió la reproducción de la dominación en los mismos oprimidos que trabajaban para él, desestimulando la cosmovisión indígena de convivencia y relación cooperante para la reproducción de la vida entre iguales.

Luego de la “independencia” de América (no de la Abya Yala), la lógica de extracción de recursos de forma intensiva y, por ella, la invasión de territorios ocupados por pueblos indígenas ha continuado. Entre 1890 y 1910, las exportaciones de caucho en Brasil pasaron del 10% al 40%. Esta industria incluso dejó su marca en enfrentamientos bélicos entre Bolivia y Brasil por el territorio donde dicho recurso se encontraba (el Acre)¹⁵⁴, zona amazónica que muchos pueblos indígenas habitan como los kashinawa, jaminawa, shamenawa, madiha, ayine, asahaninka, entre otros. Varios de estos pueblos indígenas se resistieron a la invasión de las tierras y recursos donde habitaban y con los que se relacionaban, en donde se puede observar que ya no eran las autoridades monárquicas europeas sino los criollos de discurso independentista los “nuevos” colonizadores aunque con las mismas viejas ideas y prácticas de conquista y dominio de motivación económica, con lo que se da continuidad al exterminio de las culturas ancestrales.

¹⁵² Eduardo Galeano, “Las venas abiertas de América Latina”, 71.

¹⁵³ *Ibíd.*

¹⁵⁴ *Ibíd.* 115

Además, si por la fuerza no lo conseguían, los programas “inclusivos” en que los indígenas terminaban como esclavos civilizados y evangelizados, deudores y mano de obra barata y maltratada hacían el resto de la labor¹⁵⁵.

En toda esta época de la colonia propiamente dicha y la posterior a ella se acentúa la creencia de que el desarrollo se mide en dinero, de que no hay posibilidades de educar, de dar salud, vivienda, alimentación, de construir, etc. sin una motivación valorable en un soporte físico no perecedero. Pero, esta idea, como hemos visto, no es imprescindible para motivar la acción, el bienestar o la organización social entre los pueblos indígenas, cuya medida de satisfacción no se encontraba en lo económico sino en un conjunto de elementos donde lo empírico hace parte de lo espiritual.

En la actualidad, la extracción de recursos como el oro, la plata, la madera y el caucho continúa existiendo y provocando la invasión de los hábitat de pueblos indígenas y con ella su aculturación donde la pérdida en algunos casos y la refuncionalización en otros de su conocimiento como ya se ha visto inciden en la existencia y forma de existencia del mismo. A estos recursos objeto de extracción se han añadido el carbón y el gas, principales fuentes de energía en el mundo antes del petróleo, y recientemente otros elementos extraídos para la industria nuclear, militar y tecnológica. Así, Estados Unidos es uno de los países con mayor dependencia del extractivismo. Por ejemplo, en el 2008, importó el 100% de aluminio que su mercado requiere (11 millones 600 toneladas métricas de bauxita y 2 millones 600 mil toneladas de alúmina) desde Jamaica, Brasil, Guyana, Guinea, Australia, entre otros países¹⁵⁶. Muy seguramente pronto impulsará un mayor patrón extractivo de estos materiales en Sudamérica y el

¹⁵⁵ Wade Davis, “El río: exploraciones y descubrimientos en la selva amazónica”, (Bogotá: Fondo de Cultura Económica, Banco de la República, El Ancora, 2001) 285.

¹⁵⁶ Gian Carlo Delgado Ramos, “La gran minería en América Latina-impactos e implicaciones” (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011) 34.

Caribe donde se encuentra el 46% de la reservas de bauxita del mundo¹⁵⁷. Algo similar le ocurre con el zinc, del cual importa el 73% desde Perú, México, Irlanda, Australia, Canadá y Corea¹⁵⁸, al igual que en los casos de muchos otros elementos como el níquel, cobre, arsénico, cesio, indio, manganeso, niobio, tierras raras, rubidio, estroncio o tantalio¹⁵⁹, materiales que su economía y su industria militar requieren.

Por otra parte, el consumo de energía a partir de combustibles fósiles procedentes del extractivismo es realmente alto en países como China cuyo 88% de energía provino de este tipo de recursos en el 2011¹⁶⁰. De la misma manera, el Reino Unido tiene como fuente principal de energía a este tipo de combustibles llegando en el 2010 al 88%. En el 2011, los combustibles fósiles representaron para Rusia el 91% de energía y en el caso de Japón en el 2012 estos combustibles fósiles significaron casi el 95%¹⁶¹.

Ese uso de energía fósil y minerales de los países antes mencionados entre otros está de múltiples formas conectado con Sudamérica, donde no se ha implementado cualquier tipo de industria, sino que es precisamente la industria de extracción de recursos en zonas donde habitan pueblos indígenas la que se ha intensificado y potenciado, ocupando en muchos de estos países los primeros lugares en sus productos de exportación. En el caso de Chile, el cobre refinado y los minerales de cobre y sus concentrados representan el 49,55% de sus exportaciones¹⁶². En Bolivia, son los gases de petróleo, los minerales y sus concentrados, el zinc, el estaño, la plata, el

¹⁵⁷ *Ibíd.*

¹⁵⁸ *Ibíd.* 34-35.

¹⁵⁹ *Ibíd.* 36.

¹⁶⁰ Banco Mundial, Indicadores de consumo de energía, <<http://datos.bancomundial.org/indicador/EG.USE.COMM.FO.ZS/countries>>. Consulta: 05 de julio, 2014.

¹⁶¹ *Ibíd.*

¹⁶² Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Serie SIGCI, Principales productos de exportación, Chile, <http://www.cepal.org/comercio/serieCP/eclctrade/serie_spanish_106.html>. Consulta: 05 de julio, 2014.

plomo, el petróleo crudo y el oro los que representan el 79,57% de sus exportaciones¹⁶³. En Ecuador, es el petróleo crudo el producto de mayor exportación con el 52,81%¹⁶⁴. En Brasil, son el hierro, sus concentrados y el petróleo crudo los que representan una quinta parte aproximadamente de sus exportaciones (18,19%)¹⁶⁵. En Colombia, el petróleo crudo, carbón, oro y las ferroaleaciones significan el 60,53% de sus exportaciones¹⁶⁶. Para Venezuela, el petróleo crudo ocupa prácticamente el 67% de sus exportaciones¹⁶⁷.

Por otro lado, Argentina no reporta ser un gran exportador de recursos no renovables, pero esto no significa que no se encuentre inmerso en el modelo extractivista pues muchos de estos recursos sirven para su propio mercado interno. Desde el 2007, el consumo de combustibles fósiles como principal fuente de energía en este país nunca ha descendido del 89%¹⁶⁸, además de que existen en este país distintas zonas de extracción de oro, plata, cobre, molibdeno, magnesio, plomo y otros elementos en yacimientos como el Bajo de la Alumbrera, Calcatreu, Campana Mahuida, Cerro Vanguardia, Gonzalito, Las Capillitas, y muchos otros que suman más de 30 minas de extracción, con previsión para abrir nuevos centros de extracción en

¹⁶³ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Serie SIGCI, Principales productos de exportación, Bolivia, <http://www.cepal.org/comercio/serieCP/eclactrade/serie_spanish_106.html>. Consulta: 05 de julio, 2014.

¹⁶⁴ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Serie SIGCI, Principales productos de exportación, Ecuador, <http://www.cepal.org/comercio/serieCP/eclactrade/serie_spanish_106.html>. Consulta: 05 de julio, 2014.

¹⁶⁵ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Serie SIGCI, Principales productos de exportación, Brasil, <http://www.cepal.org/comercio/serieCP/eclactrade/serie_spanish_106.html>. Consulta: 05 de julio, 2014.

¹⁶⁶ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Serie SIGCI, Principales productos de exportación, Colombia, <http://www.cepal.org/comercio/serieCP/eclactrade/serie_spanish_106.html>. Consulta: 05 de julio, 2014.

¹⁶⁷ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Serie SIGCI, Principales productos de exportación, Venezuela, <http://www.cepal.org/comercio/serieCP/eclactrade/serie_spanish_106.html>. Consulta: 05 de julio, 2014.

¹⁶⁸ Banco Mundial, Indicadores de consumo de energía, <<http://datos.bancomundial.org/indicador/EG.USE.COMM.FO.ZS/countries>>. Consulta: 05 de julio, 2014.

la Puna de Atacama, el Salar del Hombre Muerto, el Cuyana, el Incahuasi en Catamarca, La Carolina en San Luis, Esquel en Chubut, entre otras¹⁶⁹.

Los conflictos que este tipo de industria ha tenido en los últimos tiempos con los pueblos indígenas y sus descendientes son diversos. En Guatemala, por ejemplo, las comunidades indígenas Maya Queqchi se encuentran opuestas a la minería de níquel en la zona de Estor, actividad que se ha desarrollado desde 1959, y un conflicto en el que han sido violados derechos de seguridad, integridad personal y medio ambiente sano en el que actualmente se encuentran involucradas empresas canadienses y estadounidenses¹⁷⁰. En el Perú, 6 concesiones mineras que involucran a 54 kilómetros cuadrados para la extracción de 63 millones de onzas de plata por año durante 11 años han provocado que la Coordinadora Nacional de Comunidades Quechuas y Aymara, la Confederación Nacional de Comunidades del Perú afectadas por la Minería, las poblaciones de Huacullani y Kelluyo, el Frente de Defensa de Recursos Naturales de la zona sur del Puno y el Movimiento de Amnistía y Derechos Fundamentales de Puno articulen sus esfuerzos para oponerse a la actividad extractiva¹⁷¹. El caso de Ecuador nos muestra que existen mayores incentivos financieros para derribar bosques¹⁷² y exterminar culturas que para su conservación. Allí, en la zona del Parque Nacional Yasuní, los comerciantes de madera se han aprovechado de indígenas huaoranis colonizados y de colonos en la zona a quienes pagan para atacar a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, de forma que esto les permita llevar a

¹⁶⁹Enciclopedia libre, Minería en Argentina, <http://es.wikipedia.org/wiki/Miner%C3%ADa_en_Argentina>. Consulta: 05 de julio, 2014.

¹⁷⁰ Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina, El níquel de El Estor, <http://basedatos.conflictosmineros.net/ocmal_db/?page=conflicto&id=13>. Consulta: 23 de julio, 2014.

¹⁷¹ Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina, Cancelan concesiones mineras a Bear Creek luego de fuerte rechazo comunitario, <http://basedatos.conflictosmineros.net/ocmal_db/?page=conflicto&id=227>. Consulta: 23 de julio, 2014.

¹⁷² REED+, El valor de los bosques, 8vo párrafo, <<http://www.pnuma.org/informacion/comunicados/2014/20140324/index.php>>. Consulta: 02 de julio, 2014.

cabo la extracción de cedro¹⁷³, actividad que se está realizando en una zona que posee la calidad de intangible creada como tal en 1999 en virtud de la existencia en ella de pueblos no contactados, sobre la que también existen medidas cautelares otorgadas por la CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos) desde el 10 de mayo de 2006¹⁷⁴.

Más todavía, en el caso del Ecuador, la situación se agrava actualmente con las acciones del gobierno para ampliar en la zona antes indicada la extracción del petróleo, en donde es notorio que los errores del pasado continúan cometiéndose. Otro caso lo encontramos en los indígenas Sarayaku, también de la Amazonía ecuatoriana, quienes debieron incluso movilizar a sus pobladores, hombres, mujeres, jóvenes y niños para resguardar su territorio de los denominados Campos de Paz y Vida con los que, a su momento, se hizo posible el ingreso armado de la empresa CGC y el ejército a su territorio¹⁷⁵. Este pueblo que ha venido soportando atentados y amenazas contra su vida, la integridad física de miembros, salud, alimentación, educación, cultura, espiritualidad¹⁷⁶ y libre determinación, por estas mismas circunstancias, hoy enfrenta graves problemas para la continuidad de sus prácticas y conocimientos indígenas. Han sido víctimas de acciones como el impedimento de libre tránsito por el Río Bobonaza, recurso no solo de vida como es el agua sino medio de transporte, con lo que se los presionaba para que accedieran a una negociación forzada¹⁷⁷ o el despiadado abandono de más de tonelada y media de pentolita (explosivo de alto poder) en 146 puntos, material que fue llevado para la actividad

¹⁷³ Carlo Andrés Vera, El exterminio de los pueblos ocultos, Minuto 31:30, <<http://vimeo.com/35717321>>. Consulta: 03 de julio, 2014.

¹⁷⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares otorgadas por la CIDH durante el año 2006, <<http://www.cidh.org/medidas/2006.sp.htm>>. Consulta: 03 de agosto, 2014.

¹⁷⁵ Mario Melo, Aportes Andinos No. 15 Derecho a un ambiente sano, El Caso Sarayaku: una lucha por el ambiente y los derechos humanos en la Amazonía ecuatoriana (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2006), 1.

¹⁷⁶ *Ibíd.*

¹⁷⁷ *Ibíd.* 3.

extractiva y que da cuenta que este tipo de industria requiere un amplio poder destructivo sobre la zonas naturales para poder llevar a cabo su actividad¹⁷⁸.

De esta misma forma, podríamos mencionar otros casos en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana Francesa, Honduras, México, Nicaragua, Panamá Paraguay, Perú, República Dominicana, Trinidad y Tobago y Uruguay que suman alrededor de 212 conflictos por minería¹⁷⁹ —cifra donde no se encuentran incluidos los conflictos por extracción de petróleo, madera, entre otros materiales—. En muchos de estos casos, territorios ancestrales, pueblos indígenas o quienes se reconocen como sus descendientes se encuentran involucrados.

Todo lo antes dicho no parece compatible con la idea de que el extractivismo motive la salida de la pobreza de estos pueblos, ni bienestar o dignidad y claramente tampoco un ambiente para el libre y sano desarrollo. Así, el extractivismo ha traído mayor conflictividad y problemas sociales, criminalizando a los pobres (o a quienes son calificados de pobres), condenándolos a ser perseguidos, expulsados, adoctrinados o asediados como obstáculos al desarrollo, o a una forma única de presentar el desarrollo. El extractivismo, que ha logrado funcionar con “éxito” durante este corto tiempo de 500 años, y más intensivamente en los últimos 200 años, comienza a presentar síntomas de agotamiento, logrando sostenerse hasta el momento por las implementaciones tecnológicas, que sin embargo aún no son capaces de recrear la complejidad y calidad de los ecosistemas como las suficientes fuentes y recursos para brindar bienestar general a la población, donde se ve más cercano el exterminio de los recursos y las culturas que la capacidad para regenerarlos o de crear otros ecosistemas sociales y naturales.

¹⁷⁸ *Ibíd.*

¹⁷⁹ Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina, Base de datos de conflictos mineros, proyectos y empresas mineras en América Latina, <http://basedatos.conflictosmineros.net/ocmal_db/>. Consulta: 23 de julio, 2014.

Esta industria extractiva es, entonces, otra circunstancia agresora a los pueblos indígenas, su cosmovisión y su conocimiento, mismo que de ser rescatado y nutrido especialmente en cómo el ser humano se relaciona con el entorno y logra la satisfacción de sus necesidades, se constituiría en una alternativa (no en una imposición) que dote de sostenibilidad y sustentabilidad a la vida global.

CAPÍTULO DOS

El conocimiento tradicional frente al sistema de propiedad intelectual de comercio internacional

Actualmente, la propiedad intelectual (P.I.) es uno de los sectores económicos de mayor crecimiento en el mundo. Solamente en el 2010, el número de solicitudes sobre marcas¹⁸⁰, patentes¹⁸¹, diseños industriales¹⁸² y modelos de utilidad¹⁸³ sumó los 8.732.000 en todo el planeta¹⁸⁴. Y, dos años después (durante el 2012) las solicitudes para obtener derechos de propiedad industrial¹⁸⁵ llegaron a sumar 10.977.500¹⁸⁶. Es decir, el número de solicitudes de concesión de derechos de propiedad intelectual crece cada año, a una velocidad equiparable al

¹⁸⁰ Es cualquier signo o combinación de signos que son aptos para distinguir los bienes o servicios de una empresa de las de otra empresa. Abstracción del artículo 15 # 1 del ADPIC (Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio).

¹⁸¹ Las patentes son invenciones de producto o de procedimientos que poseen como requisitos ser nuevas, provenientes de actividad inventiva y susceptible de aplicación industrial para conferir el derecho exclusivo a su titular de impedir que terceros sin su consentimiento fabriquen, usen, oferten o importen un producto o utilicen un proceso patentado. Abstracción de los artículos 27 # 1, 28 literal a y b del ADPIC (Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio).

¹⁸² Los dibujos o modelos industriales (también denominados diseños industriales) se aplican a una amplia variedad de productos u obras de artesanía. Hacen referencia a los aspectos ornamentales o estéticos que otorguen una apariencia especial a un producto u obra. Abstracción del concepto de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI, “Datos y cifras de la OMPI sobre P.I. - Serie de la OMPI Economía y Estadística” (Ginebra: OMPI, 2012) 6 (edición electrónica).

¹⁸³ Los modelos de utilidad son adaptaciones e innovaciones en productos ya existentes. Abstracción de la OMPI – “¿Qué es un modelo de utilidad?” <http://www.wipo.int/sme/es/ip_business/utility_models/utility_models.htm>. Consulta: 17 de agosto, 2014.

¹⁸⁴ 5.588.000 solicitudes de marca, 1.979.000 solicitudes de patente, 669.000 solicitudes de diseño industrial y 496.000 solicitudes sobre modelos de utilidad. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI, “Datos y cifras de la OMPI sobre P.I. - Serie de la OMPI Economía y Estadística” (Ginebra: OMPI, 2012) 12 (edición electrónica).

¹⁸⁵ La propiedad intelectual abarca principalmente a los derechos de autor y derechos conexos, la propiedad industrial y a las obtenciones vegetales. La propiedad industrial a su vez por lo general comprende a las patentes de invención, marcas, modelos de utilidad y diseños industriales; de ella resaltan especialmente las patentes como las más riesgosas formas de apropiación de conocimientos tradicionales por sus efectos de exclusividad para su explotación comercial, motivo por el cual son el centro de análisis del presente capítulo, sin embargo, eso no significa que dentro de los derechos de autor (obras) y las obtenciones vegetales no se puedan generar perjuicios importantes contra la protección de los conocimientos tradicionales como pueden observarse en el Anexo 1.

¹⁸⁶ 6.580.000 de marcas, 2.350.000 de patentes, 1.220.000 diseños industriales y 827.500 de modelos de utilidad. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI, “WIPO IP Facts and Figures- Economics & Statistics Series” (Ginebra: OMPI, 2013) 4 (edición electrónica).

nacimiento anual de una séptima parte de los seres humanos en el mundo (76.923.076 personas por año aproximadamente)¹⁸⁷.

Como otro dato importante, los ingresos en concepto de tasas por regalías y licencias a nivel internacional pasaron de 2.800 millones de dólares estadounidenses en 1970 a 27.000 millones de dólares estadounidenses en 1990, y a 180.000 millones de dólares estadounidenses en 2009, superando el crecimiento del PIB en el mundo¹⁸⁸.

De esta manera, la propiedad intelectual ha ido ganando importancia y se ha convertido, no solo en un espacio referencial para promover la creación y transferencia de conocimientos de distinto tipo, sino que le ha abierto nuevas posibilidades de expansión al mercado, incrementando los horizontes de crecimiento económico con lo que hoy se denominan bienes intangibles (no físicos).

Ahora bien, nadie puede negar que el sistema de propiedad intelectual es útil para la generación de conocimientos, así como tampoco nadie puede negar que existen otros sistemas con sus particulares niveles de efectividad en la creación y aplicación de conocimiento, como se explicó en el capítulo anterior. En efecto, tanto el sistema de conocimiento indígena como sus conocimientos propiamente dichos han servido de ejemplo de que no existe conocimiento superior o inferior, sino conocimientos que responden a necesidades, realidades y cosmovisiones distintas, que poseen su respectivo valor, aplicabilidad, importancia y funcionalidad para cada pueblo y grupo humano; y también efectos derivados sobre el resto de la sociedad.

¹⁸⁷ Cálculo realizado en base a la afirmación de UNFPA (Fondo de Población de las Naciones Unidas) de que, en 13 años, la humanidad aumentará en 1000 millones de personas. Barbara Crossette, “Estado de la población mundial 2011” (New York: UNFPA, 2011) 4.

¹⁸⁸ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI, “Informe sobre la propiedad intelectual en el mundo - Serie de la OMPI Economía y Estadística” (Ginebra: OMPI, 2011) 10 (edición electrónica).

Entonces, la tensión entre los sistemas de conocimientos tradicionales y especialmente el sistema de conocimiento indígena de esta región de la Abya Yala con el sistema de conocimiento vía propiedad se encuentra en que este último ha aumentado los riesgos de eliminación y apropiación de otros espacios de gestión y continuidad de conocimientos, entre ellos el indígena, restándole al mundo pluralidad en la creación y ejercicio de conocimientos.

Esto se debe a que el sistema de propiedad intelectual trata al conocimiento de la misma manera como a cualquier mercadería contemporánea, de forma que accede a él quien puede pagarlo y el resultado derivado del mismo no se distribuye a la generalidad de la población, la cual además ha perdido la noción de como producirlos y replicarlos con calidad y sustentabilidad recursiva sin depender de sujetos particulares distanciados de su realidad; circunstancia que como se ha visto no sucede en varios sistemas de conocimiento tradicional donde el conocimiento aún se vive con practicidad comunitaria en la cotidianidad.

En este capítulo reflexionaremos entonces si la propiedad intelectual impulsa un modelo segmentado de saber en el que pocos son propietarios del conocimiento y se institucionaliza y exige responder a una matriz privada para controlar la producción y el reparto de los beneficios del intelecto en el que las necesidades y los necesitados significan en función del lucro que representan.

Para plantear dicha reflexión utilizaremos al proceso legislativo internacional puesto que se debela como uno de los elementos que permite ratificar la existencia de esta lógica de mercado de conocimientos y describe la forma como esta es vivida por la sociedad actual, pero además, un elemento que permite ver la relación y el trato que le otorga a los otros sistemas de conocimiento y a sus resultados. Por esta razón, pasaremos a indicar los principales aspectos de

esta relación entre lo tradicional y “lo moderno”, a través de un análisis de contenidos de los instrumentos globales de normatividad al intelecto más extendidos y vinculantes al respecto.

2.1. Análisis de los principales instrumentos jurídicos globales que afectan o inciden sobre la protección de los conocimientos tradicionales

En 1986, en el marco de la Ronda Uruguay de negociaciones del GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio) que posteriormente daría origen a la OMC (Organización Mundial del Comercio), se pidió especialmente por parte de los Estados Unidos la formulación de un acuerdo mínimo para la protección de derechos de propiedad intelectual. Dicha protección fue incluida como parte de las negociaciones, de las cuales surgió el ADPIC o TRIPs (Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio)¹⁸⁹.

Este proceso involucró instrumentos jurídicos internacionales que habían sido generados hace más de 100 años desde la perspectiva europea de considerar al conocimiento y su aplicación como un objeto de propiedad particular y que, en su contenido, le otorgan esta calidad al ejercicio del intelecto como en el caso del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas generado en 1886¹⁹⁰ cuyas disposiciones son vinculantes en la actualidad para 168 países en el mundo¹⁹¹ o el Convenio de París para la protección de la propiedad industrial de 1883¹⁹² mismo que fue actualizando su contenido normativo sin modificar el pensamiento europeo sobre el intelecto¹⁹³ tal como se podrá notar en el análisis.

¹⁸⁹ Darrell A. Posey, “Más allá de la propiedad intelectual: Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales” (Ottawa: IDRC Books, 1999) 112.

¹⁹⁰ OMPI, “Reseña del Convenio de Berna”, <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/summary_berne.html>. Consulta: 15 de octubre, 2014.

¹⁹¹ OMPI, “Tratados administrados por la OMPI”, <http://www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?lang=es&treaty_id=15>. Consulta: 15 de octubre, 2014.

¹⁹² OMPI, “Reseña del Convenio de París”, <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/paris/summary_paris.html>. Consulta: 15 de octubre, 2014.

¹⁹³ Las revisiones al Convenio original se encuentran contenidas en las actas de Bruselas 1900, Washington 1911, la Haya 1925, Londres 1934, Lisboa 1958 y Estocolmo 1967

Observar los instrumentos que continúan rigiendo el proceder normativo global del intelecto¹⁹⁴ y que inciden sobre el ejercicio y protección de los conocimientos tradicionales como el Convenio de París al cual obedecen 176 países en la actualidad¹⁹⁵ o los instrumentos creados recientemente como el ADPIC emitido en 1994 al cual se rigen 160 países Miembros actualmente^{196 197}; y el Convenio de Diversidad Biológica (CDB) de 1993 mismo que cuenta en la actualidad con 193 Partes (Estados Miembro)¹⁹⁸ el cual se encuentra muy relacionado con los aspectos de propiedad intelectual desde el ámbito de los recursos genéticos y el conocimiento que las comunidades poseen sobre ellos considerados muy útiles para la generación de patentes, nos permitirá visualizar el marco y enfoque normativo mundial al que se encuentran remitidos los pueblos, comunidades y naciones locales; de esta forma estaremos en posibilidad de conocer si las disposiciones de estas normas intelectuales han tomado en cuenta y salvaguardado el espacio suficiente de protección de los derechos humanos que asisten a los gestores históricos del conocimiento tradicional como por ejemplo al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989¹⁹⁹, pero en especial nos colocará en posibilidad de evaluar el contenido de las últimas propuestas que en el escenario global se han presentado sobre protección de conocimientos tradicionales.

Para analizar el contenido del ADPIC, el Convenio de París, el CDB y el PCT se ha realizado una clasificación de sus disposiciones respecto a la obligatoriedad de su cumplimiento,

¹⁹⁴ Entre los instrumentos normativos globales analizados en este capítulo se encuentra el Convenio de París, otros aspectos de propiedad intelectual como marcas, derechos de autor, obtenciones vegetales, etc. usted los puede encontrar en el Anexo 1.

¹⁹⁵ OMPI, “Tratados administrados por la OMPI”, <http://www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?lang=es&treaty_id=2>. Consulta: 15 de octubre, 2014.

¹⁹⁶ OMC, “¿Se aplica el Acuerdo sobre los ADPIC a todos los miembros de la OMC?” <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/tripfq_s.htm#Who'sSigned>. Consulta: 15 de octubre, 2014.

¹⁹⁷ OMC, “Miembros y observadores”, <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm>. Consulta: 15 de octubre, 2014.

¹⁹⁸ ONU, “Día internacional de la Diversidad Biológica”, <<http://www.un.org/es/events/biodiversityday/convention.shtml>>. Consulta: 15 de octubre, 2014.

¹⁹⁹ Por más de 100 años posterior al Convenio de París, 4 años anterior al CDB y 5 años anterior al ADPIC.

modelo económico que interioriza o contenido ideológico, el tipo de derechos que defiende o reconoce, las excepciones que se pueden aplicar sobre estos derechos y el establecimiento de aquellas disposiciones que podrían concordar con algunos elementos del sistema de conocimiento tradicional indígena o que impulsan un enfoque parcialmente reivindicativo sobre él²⁰⁰.

Luego de dicha clasificación se puede apreciar que este tipo de instrumentos internacionales promueven y defienden el ejercicio de un único sistema de conocimiento, lo cual es contrario a tener un enfoque plural de convivencia de sistemas. Además, es la corriente de pensamiento legal europea la que se posiciona en contenido y aplicabilidad como predominante dentro de la estructura de estas normas, que respecto al conocimiento deja notar una fuerte intención de vincularlo con la figura de propiedad privada defendida y protegida por los conceptos Estado y Unión de Estados.

Pero, antes de continuar, es importante aclarar que la preeminencia de un único sistema legal sobre conocimientos no es un problema exclusivo para los grupos comunitarios e indígenas claramente identificados, sino que se prolonga sobre sus descendientes y terceros interesados (quienes deseen implementar otro sistema de conocimiento). En efecto, en países como Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Perú, los mismos Estados Unidos y Canadá, entre otros, se viven en la actualidad procesos de rescate, construcción y formación de la identidad donde se encuentra en debate la herencia y los aportes indígenas con aplicación individual, colectiva y social²⁰¹, y aunque, en estos procesos se está tratando de sanear las

²⁰⁰ Ver Anexo 2.

²⁰¹ No ha faltado el debate de lo tradicional y lo indígena, en especial respecto a formas de vida y estructuras y formas de organización colectiva alrededor de los movimientos sociales que proponen un cambio de sistema y están buscando alternativas como Occupy Wall Street en Estados Unidos, los pingüinos en Chile, los movimientos campesinos en toda la región andina, el movimiento “Yo soy 132” en México, los ejemplos de economía solidaria como en el caso de Porto Alegre en Brasil y la Red Global de Trueque en Argentina y otros movimientos

imposiciones coloniales, también se reconocen y revalorizan varios de los aspectos y concepciones de la tradición europea, pero en esta ocasión dentro de procesos voluntarios. Por ello, el riesgo de tener instrumentos jurídicos internacionales sobre intelecto con un enfoque único de propiedad sobre el conocimiento implica un problema de disminución de posibilidades de elección para la población global.

Los cuadros anteriores nos muestran el recorrido de cómo esta corriente de pensamiento legal sobre privatización del conocimiento se ha ido infiltrando e interiorizando en diferentes espacios sociales a través del uso de la figura del Estado, el cual asimila, entiende y declara como sus representados por ejemplo a comunidades y pueblos indígenas sin entender sus cosmovisiones y en muchas ocasiones sin ni siquiera haber obtenido su consentimiento para representarlos, no obstante, extiende los efectos de sus declaraciones y normas sobre ellos. Esto se aprecia en el Art. 1 del ADPIC donde se establece que cada país es libre para decidir el método de aplicación de las disposiciones del Acuerdo en su sistema y práctica jurídica. Sin embargo, a pesar de que se deje abierta la posibilidad de elección de método, se cierra la posibilidad de elección de contenido y esto involucra infiltrar un sistema legal para reemplazar unas prácticas socio-jurídicas por otras.

Además, el Art. 41 determina que una de las obligaciones de los Estados miembros es asegurar que en su legislación de alcance nacional se observen²⁰² los derechos de propiedad intelectual y, si recordamos lo observado en el capítulo 1 respecto al sistema de conocimiento indígena, se puede reconocer que la “inclusión” de un enfoque de propiedad en la forma cómo

contemporáneos como el “movimiento de indignados” y el “movimiento humanista” presentes en diversas partes del mundo.

²⁰²En la versión en Inglés del ADPIC el término es enforcement que incluso implica ir más allá de la observancia, como cumplimiento o ejecución; aunque la forma en que fue traducido al Español implica similares consecuencias ya que indica que es obligación de los Estados garantizar que se observen las normas, con lo cual se impone una acción de hacer valer y respetar algo.

estas comunidades interactúan con su conocimiento implica irrumpir la continuidad de sus sistemas de vida.

Al respecto, tampoco se puede decir que el sistema y práctica jurídica de los Estados es fiel representante o idéntico al sistema jurídico indígena, ya que, por el contrario, poseen y trabajan con pluralidad de concepciones que los hacen diferentes. Es por este motivo que aplicar esta disposición del ADPIC conduce inevitablemente a la inaplicabilidad y exclusión a largo plazo de uno de los dos (ya sea del sistema indígena de conocimiento o del sistema de propiedad del conocimiento). No obstante, esto no quiere decir que en diferentes espacios ambos y otros más podrían desarrollarse y mantener una relación de diálogo permanente para compartir sus resultados, y propiciar la participación voluntaria en ellos de sus correspondientes miembros.

Esta diferencia entre sistemas y prácticas jurídicas se ratifica incluso en el Art. 66 del ADPIC donde se identifica que existen limitaciones para aplicar las disposiciones del Acuerdo especialmente en los países menos adelantados, interpretando que estas limitaciones son de tipo económicas, financieras y administrativas. Sin embargo y aunque el Acuerdo no lo manifiesta, las limitaciones también son de tipo cultural y social, dado que continuar aplicando y rescatar sus propios sistemas tradicionales de conocimiento hubiera encontrado menor resistencia que el modificar los comportamientos sobre el conocimiento y ajustarlos a un modelo extranjero, dificultad equiparable a la que hubiera experimentado el modelo de propiedad sobre el intelecto si la intención hubiera sido mutar su naturaleza y convertirlo en uno de conocimiento comunitario abierto.

Por otra parte, el ADPIC compromete a los Estados miembros a brindar un trato igual de favorable a los nacionales de otros Estados en propiedad intelectual que a sus nacionales²⁰³. Sin embargo, carece de una disposición para que los nacionales (particulares) no puedan dar un trato

²⁰³ Art. 3 del ADPIC.

menos favorable al resto de Estados contratantes (a su población y pueblos o comunidades) que el que dan a su propio Estado, ausencia normativa que atenta contra el propio objetivo de equilibrio establecido en su Art. 7.

El ADPIC y el Convenio de Paris también nos permiten constatar la intención por globalizar el pensamiento de una localidad, en este caso del pensamiento europeo que a su debido momento también se expandió e infiltró por distintas vías en Estados Unidos y Japón²⁰⁴ y que hoy forma parte de los intereses y visiones sobre relaciones interestatales normativas conjuntas; las cuales tienen la pretensión actual de consolidarse aún más en esos territorios y terminar de extenderse sobre el resto de la Abya Yala y otras regiones mediante acciones externas pero también internas. La misma propuesta de un instrumento mínimo de alcance global y enfoque comercial sobre aspectos de intelecto al que apoyaron Estados Unidos, Europa y Japón el cual se transformó en el ADPIC es ejemplo de este pensamiento local globalizado.

Así, el primer instrumento nutre su contenido de instrumentos jurídicos anteriores que son menos globales y más locales como el Convenio de Berna, el de Roma y el de París, y el segundo se nutre de las Actas de Bruselas, Lisboa, Londres, La Haya, Estocolmo, etc. Es por ello que el mundo comienza a significar en torno al pensamiento europeo transmutado a Norteamérica y entre ambas parcialidades al resto del mundo como si se tratara de un sistema universal desprovisto de intencionalidad cuando no lo es.

En varios artículos, el ADPIC menciona que los Estados pueden establecer limitaciones a los derechos de exclusividad que protege la propiedad intelectual²⁰⁵, los que claramente implican el derecho de monopolio sobre el ejercicio del conocimiento. Sin embargo, condiciona a que estas limitaciones deben ser compatibles con lo dispuesto en el Acuerdo e indica que las

²⁰⁴Por ejemplo mediante población colona en Estados Unidos o mediante medidas de rescate económico para el desarrollo de enfoque industrial y comercial del Japón luego de la Segunda Guerra Mundial.

²⁰⁵ Arts. 8, 14#6 y 30 del ADPIC.

restricciones no pueden limitar de manera injustificable el comercio, lo que pone en evidencia el interés por no permitir el cambio y asegurar en el mundo un modelo económico de comercio intelectual privatizado ya que, de lo contrario, se encontraría en oposición a lo establecido en el Acuerdo.

Esto nos permite reflexionar la necesidad de renegociar la aplicación de un sistema normativo que, llevado a la generalización, amplía los riesgos sobre la autodeterminación de los pueblos y genera el exterminio de sistemas culturales y, mucho más grave, el exterminio de quienes habitan en estos sistemas distintos, comprometiendo su futuro con consecuencias irreversibles, y que por otra parte, mantiene una actitud de vigilancia y eliminación temprana de cualquier intento de formar sistemas organizativos diferentes²⁰⁶.

De ser justificable limitar el comercio para contrarrestar el exterminio cultural (genocidio social) e incrementar la posibilidad para ejercer el potencial que le ofrece al mundo mantener vivos modelos alternativos de organización social y si el ADPIC modificara su disposición de que las limitaciones sean compatibles con su contenido ideológico, existiría la posibilidad de iniciar una reforma estructural al sistema global de conocimientos.

El Art. 10 del ADPIC deja de manifiesto cómo una idea particular trata de extender su interpretación como si se tratara de una concepción inequívoca, definitiva y totalizante que se legitima y afirma como invariable en cualquier normativa legal. Este artículo afirma que las compilaciones que constituyan creaciones de carácter intelectual serán protegidas como tales, entendiéndose por ello que siempre una compilación intelectual “como tal” es protegida con propiedad como si ese siempre fuera la única forma de proteger este tipo de trabajos

²⁰⁶ Sistemas alternativos que podrían rescatar o replicar consecuencias del tipo de organización como las vistas en el capítulo 1 de muchos pueblos indígenas en donde la pobreza y destrucción de ecosistemas no constan como problemas derivados propiamente de la aplicación de sus estructuras sociales, pues sus relaciones organizativas entre ellos y con el entorno responden a otros enfoques de vida que los han mantenido distantes de esas circunstancias.

intelectuales. Algo que el sistema de conocimiento indígena nos permite poner en duda ya que ha demostrado que el conocimiento no necesariamente es propiedad y a pesar de ello no pierde en su aplicabilidad niveles de calidad, la que, se comprende, se ha manifestado en haber hecho viable la subsistencia en bienestar de estas comunidades y sus miembros por miles de años en armonía con su entorno.

El artículo anterior también nos muestra cómo la fuerza gubernamental e internacional se ha configurado para hacer respetar la propiedad del conocimiento como un valor universal ligándolo a la sociedad de forma permanente sin opción de variar su mirada al respecto y estar remitida a mantener principalmente este tipo de relaciones de propiedad sin que sean detectadas como un riesgo para la cohesión colectiva como sí lo sería en el caso indígena. La normativa internacional presenta a la propiedad de conocimientos como un derecho que se deriva de la actividad individual por lo que su titularidad no se amplía a la colectividad sino que se acumula desigualmente en tenedores considerados de buena fe frente a desposeídos intelectuales.

Así mismo, el lenguaje del ADPIC revela el contenido ideológico que se va consolidando como el ideal de comportamiento social. De esta forma, tenemos el caso de la declaración de defensa a la conducta de explotación, la cual es calificada como normal²⁰⁷²⁰⁸, o la protección a la actitud competitiva²⁰⁹²¹⁰, o la manera de medir que un avance técnico es importante en virtud de

²⁰⁷ Arts. 13, 26 # 2 del ADPIC.

²⁰⁸ Es la selección del término explotación para dotarle de una connotación positiva dentro de un texto normativo global bajo el cual se forman en derechos mucho habitantes del mundo la que se observa, pues no es un concepto neutral ya que claramente no implica utilización sostenible del conocimiento o de la expresión de este, además, calificada de normal dentro de un enfoque comercial puede entenderse el derecho de explotarlo lo más intensivamente posible según las posibilidades del titular o tal como es usual que se explote o se use no significando esto que sea sostenible o responsable respecto a algo o a la generalidad de sus efectos.

²⁰⁹ Arts. 31 lit. c, k; 40 del ADPIC.

²¹⁰ En realidad es la competencia lo que se protege en el artículo, pero para ello es claro que se requiere incentivar una actitud competitiva la cual no es una actitud cooperativa, de tal forma que se orienta al mundo bajo la corriente ideológica de valorar las acciones individuales de competencia y no las colectivas de complementariedad, lo cual entra en conflicto con valores sociales e intelectuales de muchas comunidades.

su importancia económica²¹¹. Estos conceptos no hacen parte de las prácticas propias de sociedades como la indígena y tampoco motivan su actividad colectiva, por lo que no son defendidos en sus estructuras organizativas, lo que nos demuestra que no son valores universales y deben ser reflexionados como mecanismos idóneos para compartir y aplicar el conocimiento a nivel mundial.

La legislación internacional también muestra que no puede ser totalmente estricta y necesita cierto margen de permisibilidad, para liberar la tensión social que aumenta en épocas de necesidad social donde sostener un sistema de aplicación restringida al ejercicio del conocimiento por parte de un particular podría poner en riesgo al modelo económico y social de intereses privados protegidos por estructuras estatales. Un ejemplo de ello es el Art. 31 lit. b del ADPIC donde las situaciones de “emergencia nacional” o “circunstancias de extrema urgencia” hacen posible el uso del conocimiento patentado sin la autorización de su titular, tema sobre el que regresaremos en el capítulo 3 al realizar observaciones a las perspectivas más actualizadas de protección global a conocimientos tradicionales que propone la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual).

Los mismos instrumentos internacionales clasificados durante este capítulo nos han otorgado la posibilidad de poner en duda la imparcialidad del sistema judicial con el que justifican su universalización y aplicación global, lo cual deja por fuera otros valores de sistemas jurídicos diferentes incluidos los sistemas de conocimiento tradicional cuyas lógicas no tienen cabida en estos instrumentos “universales”.

Éste es el caso del Art. 31 lit. k, donde se indica que los Estados no están obligados a cumplir con los requisitos establecidos para el uso no autorizado por su titular de una patente si se lo hace para poner remedio a prácticas anticompetitivas y las autoridades judiciales hayan

²¹¹ Art. 31 lit. l sublit. i del ADPIC.

declarado así a una actividad. Sin embargo, por lo visto respecto a la organización y estructuras sociales de los pueblos indígenas, sus autoridades judiciales no alentarían al comportamiento competitivo como un valor social por lo que si esta declaración dependiera de un enfoque jurídico distinto se tornaría inaplicable. Esto nos da muestras, no sólo de cómo los sistemas judiciales también incluyen una visión parcial de lo que es justicia para cada sociedad, sino de la inexistencia de un real pluralismo jurídico en los instrumentos internacionales y de la falta de presencia de autoridades judiciales y gubernamentales que representen a otras corrientes de pensamiento jurídico, en este caso sobre los conocimientos, su protección y usos.

En relación con lo anterior, es preciso recordar que la validez de toda decisión jurídica en propiedad intelectual según este Acuerdo está sujeta a revisión por una autoridad superior y diferente del mismo Estado miembro²¹², no obstante, esa autoridad superior estará condicionada a utilizar los instrumentos jurídicos internacionales antes vistos cuyo enfoque prefiere por regla beneficiar la competitividad del mercado y por excepción el interés social, los cuales aun cuando pretendan justificar que la competencia leal es una forma de evitar el monopolio comercial o de motivar la creatividad, no por ello justifican la no adopción de otras formas de relación respecto al conocimiento en el derecho internacional como las ya mencionadas cooperación y complementariedad; y a pesar de ello mantienen en el discurso normativo que la competitividad y el interés social inequívocamente significan lo mismo terminando por excluir a otros contextos y matrices lógicas como los modelos organizativos indígenas, en los que dichos valores implicarían comportamientos radicalmente opuestos respecto a sus conocimientos y de la forma en que entienden al interés social.

Pero, además, esta parcialidad compromete el oficio de los abogados en la defensa del ideal de justicia, pues se autoriza a las partes a estar representadas por un abogado independiente

²¹² Art. 31 lit. I del ADPIC.

lo cual forma parte del derecho humano a la defensa, sin embargo, esta autorización se otorga para lograr la observancia de los derechos de propiedad intelectual²¹³, por lo tanto, comprometiéndolos a defender el enfoque de competitividad comercial y propiedad privada del conocimiento, ante lo cual estarían impedidos de argumentar aspectos “extralegales” respecto al conocimiento que pudieran recatar otros sentidos de justicia como los valores del sistema de conocimiento tradicional. De esta forma la práctica de defensa del abogado queda intrínseca e irreflexiblemente comprometida en una labor parcial a la que se ha remitido la actividad intelectual.

El ADPIC nos habla de compensación y resarcimiento adecuado. Sin embargo, determina que se realizarán mediante pago por violentar un derecho de propiedad intelectual²¹⁴. Pero, una compensación en dinero no se ajusta al pensamiento indígena que interpreta como adecuado otro tipo de actividades y comportamientos compensatorios, ante lo cual no se han previsto alternativas de solución, en las que, además, se tome en cuenta que el titular del derecho es un sujeto difuso ya que está conformado por diversidad de individuos y hasta de colectividades, diferente a compensar a un único particular.

Esto nos lleva a señalar la presencia de un sistema burocrático²¹⁵ el cual en el caso de los indígenas se constituye en una exigencia impuesta que deben superar para poder lograr que se los considere y reconozca como titulares de derechos, sin la cual estarán imposibilitados de reclamar derechos de propiedad intelectual y muchos menos derechos de intelecto con otro enfoque ni siquiera previstos. Este requerimiento de burocratizar a cualquier reclamante de derechos termina exigiendo su involucramiento en el paradigma de propiedad sobre el intelecto, lo cual permite explicar que muchos pueblos indígenas no hayan hecho uso de dicho sistema dado que se

²¹³ Art. 42 del ADPIC.

²¹⁴ Arts. 44 # 2 y 45 # 1 del ADPIC.

²¹⁵ Ejemplo de ello son los Art. 50 # 3 y 57 del ADPIC.

encuentra apartado de su lógica respecto al conocimiento, misma que no ha sido comprendida desde la normatividad internacional ya que transforma a un ejercicio cotidiano en un proceso de tramitología de carácter legal.

No se puede dejar de observar que el ADPIC internaliza para la solución de diferencias entre Estados en temas de intelecto a los métodos utilizados por el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)²¹⁶, con el objetivo de garantiza la existencia de coercitividad ante incumplimientos por parte de los Estados de manera que no puedan realizarse acciones contrarias que aquellas establecidas en el instrumento, las cuales están marcadas por un enfoque que aporta a la consolidación de un sistema de conocimiento de libre empresa, como el que se promueve en disposiciones como el artículo 65 numeral 3.

Este enfoque se ratifica en la indicación de que los “Estados desarrollados” incentiven a las empresas e instituciones de su territorio para transferir tecnología a los países menos adelantados²¹⁷ y de la cooperación técnica y financiera que estos facilitarán con el propósito de hacer aplicable el Acuerdo en los llamados países en desarrollo²¹⁸; las cuales son disposiciones que involucran una división entre los países que se entienden como productores de conocimiento tecnológico y desarrollados para aplicar sus ideas (especialmente de industrialización) vía empresa privada con el financiamiento y ayuda de fondos públicos (estatales) en los países que la globalidad asume como desposeídos de intelecto tecnológico y subdesarrollados que requieren un sistema de conocimientos privados como el implementado por el ADPIC.

Lo anterior, en definitiva, significa instaurar el modelo industrial de producción intensiva y de comercio acumulativo en países cuya tradición social respondía a otra forma de estructurar sus sociedades, ampliando en el proceso la magnitud del mercado y las fuentes de recursos que

²¹⁶ Art. 64 # 1.

²¹⁷ Art. 66 # 2.

²¹⁸ Art. 67.

permiten aumentar los niveles de ingreso para las empresas. Las empresas que actúan bajo la figura de instituciones de cooperación tecnológica una vez asentadas en estos nuevos territorios, transforman las relaciones de sus habitantes y, tal como se pudo ver en el capítulo anterior en lo referente a las comunidades, terminan convirtiéndolas en trabajadores asalariados particularizados, donde el conocimiento y sus factores que posibilitan la aplicación no llega a ser de dominio comunitario ni nacional.

Cabe destacar que la tecnología se revela también como un instrumento parcializado, lejano de la imagen de ser una herramienta y producto imparcial, ya que, tal como ocurre entre los indígenas, del tipo de tecnología depende en gran medida el ejercicio eficiente de un determinado modelo social. La tecnología indígena, por ejemplo, respondía a los intereses de su modelo social que busca la continuidad de los ciclos naturales, distinto a lo que ocurre con la tecnología de los autodenominados países desarrollados que busca permanentemente alejarse del presente e innovar sin mantener la estabilidad en el efecto de sus creaciones. Por ello, una disposición como la de incentivar la transferencia de un determinado tipo de tecnología involucra cambios estructurales al sistema social en el que se implanta.

Sobre esto mismo, es importante notar que el ADPIC dispone incentivos para las empresas y los entes institucionalizados propios del modelo burocrático estatal. Sin embargo, no advierte la necesidad de medidas que respalden una adecuada transferencia de tecnología de pueblos como los indígenas y del sistema de conocimiento que posibilita su ejercicio al resto de posibles interesados en el mundo, precisamente porque ello representaría un riesgo al afán de universalización del sistema mercantil de conocimiento desde el que se ha calificado con prejuicio a quienes no encajan en este patrón de comportamiento, como los subdesarrollados, de los

cuales no es posible el aprendizaje oficializado y relaciones de cooperación mutua sino un vínculo bajo la imagen de ayuda que los torna dependientes en un trato jerarquizado.

El ADPIC, (Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio) como su nombre mismo lo indica, es un acuerdo internacional que se refiere al intelecto para ligarlo a la idea de propiedad y tornarlo comercial. Sin embargo, es reduccionista al tratar el comercio como si este solo fuese posible mediante la competitividad, la acción fragmentaria de individuos y la explotación de todo incluido el intelecto sin excepción, siendo este el único modelo de comercio que llega a ser protegido en esta normatividad y con lo cual se acentúa un proceso para anular del panorama global otros modelos de transferencia y desarrollo de conocimientos o del reparto social de beneficios del intelecto como el de acción preferentemente colectiva, de intercambio y complementariedad tan merecedor de protección como el modelo de comercio de libre mercado de conocimientos u otros.

Pero, el ADPIC no está inconexo con muchas otras normas internacionales de obligatorio cumplimiento para la gran mayoría de países en el mundo en donde su población es involucrada. Así, tenemos el caso del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB), en el que las colectividades e individuos indígenas también soportan los efectos de ser “incluidos” y asumidos como representados en este tipo de instrumentos legales.

El Art. 12 del CDB establece, por ejemplo, que las Partes Contratantes para atender las necesidades especiales de los países en desarrollo mantendrán programas de educación y capacitación científica y técnica para identificar, conservar y utilizar sosteniblemente la diversidad biológica, y este apoyo será entregado fijándose en las necesidades específicas de los países en desarrollo. Ahora bien, este artículo y el 16 # 2, 3 y 4 del CDB se refieren exclusivamente a educar y no incluye el aprender, diferencia importante si tomamos en cuenta lo

apreciado en el capítulo 1, donde se observó la necesidad de que la educación y la transferencia de conocimiento no sea un proceso en el que existe una única voz oficial que emite conocimiento, en el que quien conoce asume que no puede aprender nada de quien es instruido y mucho menos aplica un trato entre iguales, que a pesar de ser distintos no son superiores o inferiores. La posición de único educador de valor general impide un proceso de diálogo de conocimientos por falta de interlocutores e involucra una relación jerárquica de dominación, advirtiéndose entonces que, en la norma, se oficializa la pretensión de un mundo con una sola forma de comprender, pensar, hacer y ser; negando o invisibilizando a otras.

Los artículos del párrafo anterior aprovechan el discurso de necesidad de ayuda y de sostenibilidad para representar la voz de los países que se consideran han alcanzado el desarrollo con la intención de hacer que los países calificados como aquellos que aún no llegan al desarrollo introduzcan en sus modelos de relaciones sociales la tecnología que responde a una forma de organización industrial de mercado intensivo, desplazando así sus antiguas prácticas mientras se impulsa su pérdida de aplicabilidad y vigencia. De esta manera, esta corriente, no sólo se posiciona globalmente en el pensamiento abstracto de los “pueblos en desarrollo” como si existiera una única forma de entender al desarrollo y de lograrlo, sino que marca el ejercicio social del conocimiento, transmutando el sentido de qué es necesario y qué no es necesario conocer.

Además, estos artículos sirven de justificativo para autorizar el acceso de los “países desarrollados” a material genético, que, complementándolo con los artículos 10 lit. e y 16 # 4 del CDB, sobre cooperación entre autoridades gubernamentales y sector privado en la elaboración de métodos para la utilización sostenible de los recursos biológicos para beneficio mutuo (gubernamental y privado), le permiten al empresariado interesado en “invertir” en investigación

el obtener conocimiento sobre recursos genéticos al que podrá transformar en propiedad particular y desarrollar industrialmente con afán lucrativo.

En esta cooperación de los Estados con el sector privado resultan involucradas las comunidades con sus conocimientos tradicionales sobre su hábitat sin contar para ello como se verá en el próximo capítulo con normas globales mínimas de protección ante los efectos de extracción de recursos y del abuso en el uso de sus conocimientos que pudieran transferirse durante los procesos de acercamiento investigativo, en los que no existe claridad respecto a las condiciones de su uso comercial.

Es lógico esperar que luego de una investigación privada sobre recursos genéticos se busque obtener no solo el derecho de utilización sino la propiedad exclusiva del conocimiento y del recurso ligado al conocimiento, de tal forma que el nexo entre la propiedad intelectual y la cooperación entre gobiernos y sector privado va encajando en la intencionalidad de mercantilización y explotación de tangibles e intangibles donde el empresariado buscará los mecanismos para obtener el control del recurso que en origen era público y que en el proceso para obtener el derecho de aplicarlo se transformará en privado, por lo que el acceso de las personas tanto al recurso como al ejercicio del conocimiento estará en virtud de su capacidad de pago y no en su disposición y acción de cooperar con los objetivos colectivos y finalidades sociales, cosa distinta a la forma de acción y relaciones de las sociedades indígenas.

Ante esto hay que hacer notar que se incentiva el levantamiento de información de los recursos de países en desarrollo pero no así de los recursos de los llamados países desarrollados.

También se debe tener en cuenta que no por ser conocimiento implica necesariamente una mejora a las condiciones de vida humana y general. Muchas aplicaciones han resultado ser realizadas con enfoque militar, otras para aumentar la cantidad productiva de corto plazo

alterando espacios a largo plazo con efectos irreversibles e incluso desconocidos que colocan en riesgo la continuidad de los ciclos de vida, o que han resultado en productos cuyos efectos atentan a la salud humana, animal, vegetal o ecosistémica, entre muchos otros ejemplos, que no por ello dejan de ser lucrativos tanto como fuentes de problemas como de soluciones a esos problemas creados.

Por otra parte, la aplicación de la tecnología de las comunidades indígenas para el cuidado de la diversidad biológica no es declarada como un objetivo de aplicabilidad global como sí se hace en el caso de la tecnología de los “países desarrollados”. Por el contrario, se deja a decisión optativa de cada Parte Contratante para que una vez filtrada por los procedimientos de legislación nacional en la medida de lo posible respete, preserve y mantenga dichas tecnologías según los artículos 8 lit. j y 10 lit. c. En estas disposiciones, el respeto y preservación del conocimiento de las comunidades indígenas, que como se ha visto involucra la protección de su modelo de organización social, deja de ser una obligación incondicional para convertirse en una opción con la ambigüedad de que se lo realice en la medida de lo posible. Así, se ratifica que existe la intención de establecer un solo modelo socio-económico tecnológico que desea hacerse de obligatoriedad globalizada, aunque en realidad sea merecedor de la misma opcionalidad no solo para su mantenimiento sino para su acogimiento que la indicada en el primer aspecto para los conocimientos indígenas.

El CDB también legitima a nivel mundial que la participación de la población en general en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y por ende de la aplicación de tecnología y de conocimiento en la actividad humana que se vaya realizar deje de ser obligatoria para los gobiernos en cada país contratante del Convenio, y, en su lugar, acoge el carácter de optativo para que el Estado permita esta participación de la población, ya que indica que, en la

medida de lo posible y cuando proceda, se permitirá la participación del público en estos procedimientos²¹⁹. Lo dicho nos permite apreciar que el pueblo no siempre estará facultado para participar y que no es soberano en ello, sino que está intermediado por el legalismo estatal para el ejercicio de su derecho y es apartado del conocimiento aplicado a la vivencia cotidiana.

El Art. 20 del CDB, en su # 2, establece que los países desarrollados proporcionarán recursos financieros nuevos y adicionales para que los países en desarrollo puedan sufragar íntegramente los costos que entraña la aplicación de las obligaciones del Convenio. Esto nos permite apreciar que innegablemente la aplicación del Convenio genera la dependencia de los países llamados en desarrollo respecto a los denominados desarrollados, la cual, según el Art. 21 # 1, estará regulada por la Conferencia de las Partes que determinará la política, la estrategia, las prioridades programáticas y los criterios para el acceso a esos recursos y su utilización.

Lo dicho nos lleva a confirmar que la práctica de aportes económicos y entrega de flujo monetario los gobiernos la recibirán mientras se sujeten a la tendencia global, convirtiéndose por tanto en una estrategia económica con finalidades políticas inmersa en un discurso legal sobre aspectos sociales y ambientales que asegura un modelo planetario de mercadería de recursos, y que, en por ejemplo naciones con alta presencia de grupos indígenas y descendientes de ellos, afecta las relaciones de intercambio cooperativo y gestión de las necesidades mediante organización colectiva, cambiándola por una capitalización económica.

Así también, el # 4 del Art. 20 introduce el concepto de pobreza como algo común a los llamados países en desarrollo, evaluado dicha circunstancia de acuerdo a los criterios de la modernidad en que la riqueza implica acumulación de recursos y tecnología para producción industrial, de forma que es un concepto que llevado a la realidad comunitaria indígena donde no se emplean prácticas acumulativas a gran escala ni se aplican tecnologías con el propósito de

²¹⁹ Art. 14 lit. a del CDB.

sobreproducir. Esta perspectiva entendería que siempre se trata de poblaciones pobres, por lo que de acuerdo al Convenio requerirían la intervención de los países desarrollados para modificar sus prácticas sociales entre las que se encuentra su conocimiento.

De la misma manera, el Convenio de París sobre propiedad industrial ratifica la existencia de una única línea de pensamiento comercial protegida por instrumentos legales totalizantes, como los instrumentos jurídicos observados anteriormente.

Así, por ejemplo, en los Art. 10bis y 10ter, los gobiernos se han comprometido a defender el sistema competitivo (referente a propiedad de conocimientos y su aplicación) con acciones de represión eficaz mediante los recursos legales que fueran apropiados, pero, ya sea que defiendan la competitividad de lo conceptualizado como usos honestos o por alentar la innovación de capacidades y contra las circunstancias monopólicas²²⁰, continua reflejando un entendimiento reducido sobre las múltiples formas de comercio, el cual expulsa ciegamente de instrumentos normativos con efectos globales a otros sistemas de conocimiento que no establecen la competencia como valor social pero que a pesar de ello no son menos válidos para evitar el monopolio de saberes y de aplicaciones, ni para incentivar el desarrollo de conocimientos y la capacidad creativa con un enfoque incluso más amplio de lo que entienden actualmente estos instrumentos por uso honesto, además de reportar efectos positivos para la sostenibilidad de recursos y en la repartición de beneficios del conocimiento.

Es por ello que instrumentos jurídicos internacionales con este tipo de enfoque limitan las posibilidades de recuperación y desarrollo de otros sistemas sociales y de conocimiento como los

²²⁰Criterio que no es del todo cierto si consideramos la posición de autores como Rothbard quien consideran que otorgar un monopolio sobre conocimientos es afectar el derecho de propiedad, como en el caso de las patentes que constituyen privilegios de monopolio exclusivo otorgados por parte del Estado que invaden derechos de propiedad dentro del mercado, por lo que para conceptualizarlos no deberían invocar un derecho de propiedad. Citado por Gina Chávez, “Propiedad intelectual y conocimientos tradicionales”, en De la Exclusión a la Participación, Angélica M. Bernal, compiladora (Quito: Ediciones Abya Yala, 2000) 114-115.

sistemas indígenas, ya que, como se observa, el libre uso abierto del conocimiento como lo hacen las comunidades indígenas implicaría un atentado al valor competitivo.

Por este motivo, a los grupos indígenas y otros grupos sociales se apuesta por hacerlos, en el mejor de los casos, nuevos competidores que se inserten e incrementen el flujo de capital en la lógica de mercantilización de sus conocimientos y recursos a los que se encuentran vinculados, donde el usuario en general (la población) es obligado a pagar por obtener los beneficios del conocimiento, en el cual la relación de cooperación está significativamente más apartada de la solidaridad social que del interés comercial particular; apuesta que se confirma en las propuestas y perspectivas globales más actuales que se tiene sobre protección de conocimientos tradicionales de comunidades y grupos indígenas donde se las anima a convertirse en nuevos proveedores de saberes para la industria comercial, las cuales se examinan en el tercer capítulo.

El Convenio de París incluso restringe las posibilidades de proceder judicialmente o ante autoridades administrativas, pues dispone que los organizaciones sociales deben poseer una existencia que no sea contraria a las leyes de su país²²¹ tan solo para presentar acciones con el afán de conseguir justicia dentro de su propio sistema legal que, como hemos observado, está ideológicamente marcado para beneficio del comercio. Esta exigencia implica un proceso de institucionalización para hacer que el reconocimiento popular no sea suficiente y requiera aprobar un filtro legal, ya que, de lo contrario, su existencia es inferiorizada. Este proceso, entonces, responde a una lógica de burocratización que resulta de mayor interés a sindicatos y asociaciones industriales y comerciales que a comunidades indígenas, pues, no sólo exige su “incursión” en el sistema, sino que violenta las prácticas indígenas para cooperar sin ánimo de lucro con su conocimiento y recibirlo en las mismas condiciones sin necesitar involucrarse con la

²²¹ Arts. 7bis # 1, 2 y 3 y 10ter # 2 del Convenio de París.

idea de propiedad, la cual se aprecia busca consolidarse como requisito para acceder al reconocimiento y uso de derechos.

Una particularidad que resalta en el Convenio de París es que éste divide a los artículos en dos grandes parcialidades para la adhesión a libre elección de los Estados suscriptores o de ambas si lo desearan²²². Pero, a pesar de ello, no pone en riesgo la configuración del sistema de mercantilización global del conocimiento como única forma de transferir y acceder al mismo, pues, quien no adhiere o se ratifica en los aspectos de fondo como disposiciones sobre patentes, marcas, modelos de utilidad, derechos y obligaciones en aspectos de propiedad intelectual²²³, entre otros, estará adhiriendo a financiar, formar parte de la Asamblea de la Unión de los países suscriptores y poder votar sobre la utilización de fondos internacionales²²⁴. Y, viceversa, quien no desee financiar y poseer la posibilidad de incidir desde el interior del mismo sistema estará simplemente comprometido al cumplimiento de las disposiciones normativas de fondo, lo que en definitiva significa cumplir con la aplicación del sistema comercial mercantil de conocimiento o promocionarlo o ambos.

Y a pesar de que tanto la adhesión y ratificación como la denuncia en este Convenio responden a un procedimiento fácil, no es tan sencillo desestimular su aplicación mundial cuando, a su debido momento, logró cautivar a muchos Estados²²⁵ que ejercieron acciones de fuerte impacto social para internalizar en sus territorios y poblaciones el modelo comercial del que ahora son dependientes. Por esta razón, la denuncia misma ya no basta para recuperar otros

²²² Art. 20 # 1 lit. b y c del Convenio de París.

²²³²²³ Arts. 1 a 12 del Convenio de París (contenido de fondo sobre propiedad industrial).

²²⁴ Arts. 13 a 17 del Convenio de París (elementos administrativos y de financiamiento del Convenio).

²²⁵ En 1970 el Convenio de París tuvo una gran promoción internacional que incentivo su suscripción llegando a 75 Partes Contratantes (Estados), para 1980 sumó 12 miembros más, y en el 2000 obtuvo un crecimiento amplio llegando a tener 160 Partes Contratantes, y en la actualidad (2014) cuenta con 176 Estados. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI, “Estadísticas de los Tratados”, <http://www.wipo.int/treaties/es/StatsResults.jsp?treaty_id=2&lang=es>. Consulta: 15 de octubre, 2014.

sistemas de generación, gestión, transferencia, aplicación y acceso al conocimiento, tal como sucede en el caso indígena.

2.2. Análisis sobre la normativa relativa a conocimientos tradicionales de la Comunidad Andina de Naciones (CAN)

Si tomamos en cuenta el pensamiento normativo antes analizado contenido en el ADPIC, el Convenido de París sobre Propiedad Industrial y el Convenio de Diversidad Biológica, llegaremos a notar que las concepciones jurídicas sobre el intelecto de estos instrumentos globales han sido emuladas en muchas de las disposiciones normativas de organismos subregionales.

Uno de los casos más representativos y próximos en la región al respecto es el de la CAN, la cual para regular las expresiones del intelecto al interior de los Estados miembros de esta agrupación de países²²⁶, ha acogido a plenitud el contenido de estos instrumentos aún a pesar de que sus sociedades presentan un alto nivel de composición indígena²²⁷ y descendiente de ella, además de importantes elementos históricos que conforman un patrimonio milenario para la humanidad, lo cual reafirma la necesidad de no acoger únicamente como herramienta normativa sobre el intelecto a las disposiciones de estos instrumentos jurídicos occidentales, sino la necesidad de gestionar un sistema de pluralismo jurídico para el intelecto que garantice su ejercicio práctico.

²²⁶ Actualmente está compuesta por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Los cuatro Estados son suscriptores, han ratificado y se encuentran obligados a cumplir con las disposiciones del ADPIC, Convenio de París y CDB.

²²⁷ Para el 2002 la población indígena de estos países era de alrededor de 24.959.013 personas, casi la mitad de la población indígena existente entre el Centro y Sudamérica que para esa fecha sumaba alrededor de los 52.182.499 personas; ubicándose el resto de la población indígena de estas dos regiones especialmente en Guatemala, México, Nicaragua, El Salvador, Honduras, Chile, Venezuela, Argentina, Brasil y Paraguay. Roque Roldán, “Desarrollo de las economías rurales en América Latina y el Caribe: manejo sostenible de recursos naturales, acceso a la tierra y finanzas rurales”, 137.

Por otro lado, si bien la CAN ha acogido estos instrumentos homogeneizadores del pensamiento jurídico que tratan al intelecto como propiedad particular a nivel global y los ha emulado en gran medida en sus Decisiones normativas como veremos a continuación, esto no quiere decir que no existan aportes al pensamiento jurídico de parte de estos Estado-naciones con los cuales se incide sobre la protección de los conocimientos tradicionales, la vida de estas comunidades y naciones locales y el ejercicio del intelecto de estos grupos humanos y sus potenciales practicantes dentro de la subregión.

Antes de iniciar este análisis es importante tener en cuenta que el ordenamiento jurídico comunitario andino es de aplicación inmediata, de efecto directo y de aplicación preferente, esto quiere decir que las normas subregionales por regla general obligan a los Países Miembros desde la fecha en que son aprobadas; son aplicables y exigibles incorporándose al ordenamiento interno de estos países desde la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo sin necesidad de ninguna otra formalidad a menos que la misma norma que se pretende aplicar disponga otra cosa; y, que dichas normas obligan a los países a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar su cumplimiento comprometiéndolos a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación^{228 229}.

Una de las normas más emblemáticas de la CAN que incide directamente sobre la protección y ejercicio de los conocimientos tradicionales es la Decisión 391 sobre el Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos de 1996; en ella se ratifica que los países son

²²⁸ Art. 2, 3 y 4, Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

²²⁹ En varios pronunciamientos de la Comisión de la Comunidad Andina y sentencias y criterios del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se ha reiterado que las normas comunitarias andinas poseen una aplicación preferente sobre las normas nacionales sin importar el rango normativo de la norma interna, lo que genera la suspensión y no la derogación de la norma interna para dar paso a la aplicación de la norma comunitaria. Fabián Novak Talavera, “La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico”, en Derecho Comunitario Andino, Pontificia Universidad Católica del Perú (Instituto de Estudios Internacionales, Perú, 2003) 72-77.

soberanos en el uso y aprovechamiento de sus recursos²³⁰ y en consecuencia determinan las condiciones de su acceso²³¹, además de la conservación y utilización sostenible tal como lo establece el CDB²³²; una postura que no contempla la reserva establecida en el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989, el cual también es jurídicamente vinculante para los 4 países de la CAN²³³ incluso cronológicamente antes que el CDB y la Decisión 391.

A lo largo del contenido de la Decisión, no se considera la posibilidad de consultar vinculantemente y permitir al sistema de justicia, normativo y de administración de la naciones locales, pueblos y comunidades decidir sobre el acceso a los recursos genéticos y el componente intangible a los que se hallaren vinculados, a pesar de que los artículos 7 y 8 del Convenio 169 brindan un marco jurídico significativo para cuando menos considerar que la soberanía en territorios de uso u ocupación indígena debe ser ejercida en cooperación con estos pueblos y no exclusivamente por parte del Estado central, lo cual implicaría que las condiciones de acceso, conservación y utilización sostenible de los recursos genéticos de estas áreas geográficas se ejerza mediante una especie de soberanía compartida con estos pueblos.

Esto se ratifica incluso por el hecho de que el Convenio 169 establece que estos pueblos deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades y proceso de desarrollo en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones, bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan²³⁴, debiendo los gobiernos tomar medidas para proteger a los pueblos interesados y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan²³⁵, algo que

²³⁰ Primer considerando, Decisión 391 de la CAN.

²³¹ Art. 5, Decisión 391 de la CAN.

²³² *Ibíd.*

²³³ OIT, Organización Internacional del Trabajo, Convenio No. 169.

<<http://www.ilo.org/indigenous/Activitiesbyregion/LatinAmerica/lang--es/index.htm>>. Consulta: 25 de enero, 2015.

²³⁴ Art. 7 # 1 del Convenio 169 de la OIT.

²³⁵ Art. 7 # 4 del Convenio 169 de la OIT.

eminentemente involucra el control sobre las consecuencias del acceso a recursos genéticos vinculados a los pueblos indígenas, tal como lo indica el Art. 13 segundo numeral del Convenio de la OIT en referencia al expresar que la utilización del término «tierras» deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera, que además reconoce la misma Decisión 391 cuando manifiesta que existe una estrecha interdependencia de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales con los recursos biológicos que debe fortalecerse²³⁶, contrario a lo que significa debilitar la soberanía sobre los recursos que han administrado por milenios mediante la imposición de normas presentadas como abarcadoras y jerárquicamente superiores aun cuando no participaran en su elaboración y pactaran autorizando su aplicación.

La Decisión 391 acoge el criterio del CDB y amplía su declaración de poder soberano de los Estados no solo respecto a los recursos genéticos²³⁷ sino también sobre el componente intangible (conocimiento), así por ejemplo lo muestra los artículos 1 y 32 de la Decisión cuando definen el acceso como la obtención y utilización de los recursos genéticos, de sus productos derivados o sus componentes intangibles y al contrato de acceso como el acuerdo entre la Autoridad Nacional Competente que representa al Estado con otra persona (el solicitante) para establecer los términos y condiciones del acceso a recursos genéticos, sus productos derivados y el componente intangible asociado donde únicamente pueden ser consideradas partes contratantes el Estado y el solicitante²³⁸ dejando en gran medida por fuera a la participación de la nación local, pueblo o comunidad gestora, administradora y ejercitante de conocimientos tradicionales.

²³⁶ Sexto considerando, Decisión 391 de la CAN.

²³⁷ Art. 6, Decisión 391 de la CAN.

²³⁸ Art. 32, Decisión 391 de la CAN.

Además, el mismo artículo 1 de la Decisión remite a los gestores de conocimiento tradicional a la categoría de proveedor del componente intangible conceptualizándolo como la persona que a través del contrato de acceso y por la legislación nacional está facultada para proveer el componente intangible; y no, como la persona generalmente jurídica como en el caso de una nación local, pueblo o comunidad que es soberana para administrar dicho componente y brindar acceso bajo sus propios términos y condiciones al componente intangible y al recurso genético a él asociado.

Aquí debe considerarse también el hecho de que son las naciones locales, pueblos y comunidades quienes debieran según sus propios deseos, normas y prácticas consuetudinarias determinar la(s) persona(s) natural(es) o jurídica(s) facultada(s) para proveer los componentes tangibles e intangibles que inciden en sus formas de vida²³⁹ y no la legislación nacional, al menos no en primera instancia o salvo que hubieran podido participar justa y equitativamente en la construcción de dicha legislación nacional los pueblos indígenas y tribales²⁴⁰; esto especialmente si se pretende viabilizar una participación plena de la población de gestores, administradores y ejercitantes del conocimiento tradicional al momento de proveer de recursos al sistema intelectual, económico, de salud, entre otros.

Por otra parte, a pesar de que en el Art. 7 de la Decisión 391 los Países Miembros reconocen los derechos y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, sobre sus conocimientos asociados a los recursos genéticos, estos derechos y facultades están condicionados al contenido de la Decisión y a la legislación nacional

²³⁹ Art. 7 y 8 del Convenio 169 de la OIT.

²⁴⁰ Criterio que se desprende como una variante a la disposición del literal b del Art. 6 del Convenio de la OIT que manifiesta que se deben establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan.

complementaria de cada país tal como lo indica el mismo artículo, con lo que la posibilidad de autogobernarse de estas naciones locales decae significativamente respecto a sus conocimientos y aún más respecto a temas de recursos genéticos; esto incluso desde antes de producirse una circunstancia que requiriese de la cooperación entre gobiernos en este caso comunitarios con el gobierno nacional sobre estos elementos.

Y aunque en el artículo 35 de la Decisión se indica que el contrato de acceso incorporará un anexo que será suscrito por el proveedor del componente intangible y el solicitante del acceso, en él se establece también que este anexo podrá ser suscrito por la Autoridad Nacional Competente bajo las condiciones que prevea la legislación nacional del País Miembro, pudiendo por tanto, vía legislación nacional ser reemplazada la reducida participación del proveedor del componente intangible por las actuaciones del gobierno sin que la legislación nacional tenga limitaciones claras establecidas por el régimen común andino sobre causales de reemplazo de dicha participación.

Además, dado que la Decisión 391 no establece un procedimiento expreso de consulta y pronunciamiento directo y vinculante de parte de las naciones locales, pueblos, comunidades y sus miembros respecto a los conocimientos y recursos genéticos que ocupan y administran, sino un anexo al contrato suscrito por una persona autorizada por la legislación nacional para proveer el recurso, los derechos de determinación y la participación efectiva en las decisiones sobre aspectos que a estas naciones locales y pueblos les afectan son exponencialmente reducidos respecto a los mecanismo para expresar y hacer respetar directamente su voluntad y decisiones, ya que se los degrada del estatus de nación local o cuasi nación, incluso del estatus de contratantes plenos, remitiéndolos a la calidad de interpretados similar al de representados por

incapacidad, asignándoles una especie de tutores o curadores generales, especiales o adlitem perpetuos, que estancan el aumento ya sea progresivo o inmediato del poder de autogobernarse.

Esta figura de interpretados o representados incluso se ratifica cuando la Decisión manifiesta de forma general que en el contrato de acceso se tendrá en cuenta los derechos e intereses de los proveedores de los recursos genéticos y de sus productos derivados, de los recursos biológicos que los contengan y del componente intangible²⁴¹; pero no se pronuncia sobre el mecanismo de incorporación de dichos intereses y el grado de participación de los proveedores especialmente de las comunidades para la suscripción del contrato de acceso, con lo que se deja a libre interpretación del Estado la forma de incorporación de los mencionados derechos e intereses de los proveedores.

A ello hay que agregar que al ser el anexo un elemento no exclusivo de las naciones locales, pueblos y comunidades y el proveedor del componente intangible ser un sujeto facultado por la legislación nacional y no por estas naciones, pueblos y comunidades; no se puede pretender indicar que son estos los mecanismos que garantizan lo más fidedignamente posible la distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de la utilización de estos componentes²⁴² para los miembros actuales y futuros tanto de las naciones-Estado como de las naciones locales, pueblos y comunidades aun cuando su incumplimiento sea causal de resolución y nulidad del contrato de acceso²⁴³.

Además, debe considerarse que los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales son elementos que por su naturaleza en condiciones ex-situ difícilmente retornan a las condiciones de origen, pues, aun cuando no se queden en el patrimonio monopólico legitimado

²⁴¹ Art. 34, Decisión 391 de la CAN.

²⁴² Art. 35, Decisión 391 de la CAN.

²⁴³ *Ibíd.*

para un sujeto particular pasan con mayor facilidad y menor control al estado de la técnica y sus consecuencias derivadas hacia el comercio y otros escenarios, que a las condiciones in-situ de la fuente; así mismo, no se puede decir que tal como se encuentran diseñados estos mecanismos ofrezcan las mejores y mayores garantías para el desarrollo y protección de los derechos necesarios para que estos pueblos ejerciten y mantengan la vigencia de sus sistemas sociales y de conocimiento, que valga la oportunidad recordar del capítulo 1, pretenden la recuperación y reproducción de los ciclos de la vida natural entre otros propósitos, algo eminentemente forma parte del interés general de la humanidad para fines de sustentabilidad ecosistémica mundial.

Por lo antes anotado, la capacidad y libertad para decidir de estos pueblos entonces se presenta sometida a las disposiciones positivistas que contienen un pensamiento marcadamente occidental proveniente de la normativa global que data de hace más de 100 años como en el caso del Convenio de París y el Convenio de Berna, épocas en las que los diferentes grupos étnicos como los indígenas y las formas de organización y administración local no eran respetados y mucho menos plenamente protegidos por la comunidad internacional y que, a pesar de múltiples actualizaciones y la creación de nuevos instrumentos globales como el ADPIC siguen relegadas del pensamiento normativo sobre el intelecto y las formas de transferencia y comercio del intelecto, dejando por fuera del derecho global mismo que se inserta en el derecho regional y nacional a otras formas de gestión y ejercicio del intelecto existentes y potencialmente aplicables, afectándose la posibilidad y oportunidad de que la humanidad amplíe los efectos bondadosos del uso cotidiano de diversos conocimientos y sistemas de conocimientos sobre sus condiciones y nivel de vida además de la libre determinación respeto a las formas de organización y estructura social para el mundo.

En este punto vale la pena recordar que las normas globales analizadas se han incluido obligatoriamente en las legislaciones internas de los países suscritores entre los que se encuentran los cuatro Estados que conforman la CAN, y que de acuerdo al artículo 7 de la Decisión, estarían condicionando el desarrollo y ejercicio del pensamiento jurídico indígena; siendo por lo tanto, una expresión normativa que no toma en cuenta el sentido más amplio del artículo 8 del Convenio 169 el cual en su primer numeral dispone que al aplicarse la legislación nacional a los pueblos indígenas debe tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario siempre que respete los derechos humanos y fundamentales.

A pesar de todo lo antes mencionado, la Decisión 391 ofrece importantes contribuciones respecto a temas procedimentales de acceso a los recursos genéticos y llama en múltiples ocasiones la atención sobre la responsabilidad ambiental en las actividades vinculadas a los recursos genéticos como parte de un principio esencial de responsabilidad ambiental conocido como sostenibilidad, al cual interpreta como la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione su disminución en el largo plazo para que se mantengan las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras, lo cual se debe indicar no necesariamente implica la conservación de las condiciones in-situ bajo la mínima incidencia posible en la estructura eco sistémica tanto de territorios indígenas como de otro tipo de presencias étnicas y bióticas.

La Decisión presenta variados ejemplos sobre elementos de administración y control de los recursos genéticos, sus derivados y el componente intangible, como la creación de una Autoridad Nacional Competente con la atribución de fiscalizar los contratos de acceso²⁴⁴; recibir, evaluar, admitir o denegar las solicitudes de acceso; negociar, suscribir y autorizar dichos

²⁴⁴ Art. 1, Decisión 391 de la CAN.

contratos y expedir las resoluciones al respecto luego de haberse cumplido todos los requisitos o condiciones procedimentales para el acceso^{245 246}; modificar, suspender, resolver o rescindir los contratos de acceso y disponer su cancelación rigiéndose para ello a los términos de los contratos, a la Decisión y a la legislación de los Países Miembros²⁴⁷; supervisar y controlar el cumplimiento de las condiciones de los contratos y de lo dispuesto en la Decisión; establecer los mecanismos de seguimiento y evaluación que considere convenientes; revisar los contratos que impliquen acceso que ya se hubieran suscrito con otras entidades o personas y llevar adelante las acciones de reivindicación, y, supervisar el estado de conservación de los recursos biológicos²⁴⁸.

Además de lo anterior esta Autoridad está facultada para llevar un Registro Público de Acceso a Recursos Genéticos y sus productos derivados; un directorio de personas o instituciones precalificadas para realizar labores de apoyo científico o cultural; un inventario nacional de recursos genéticos y sus productos derivados²⁴⁹; y, un registro público de las fechas de suscripción, modificación, suspensión y terminación del contrato de acceso, de resoluciones de perfeccionamiento o cancelación y de laudos o sentencias que determinen la nulidad o que impongan sanciones²⁵⁰, entre otras funciones más.

Por otra parte, la Decisión incentiva la existencia de las instituciones nacionales de apoyo, promoviendo la presencia de personas jurídicas nacionales dedicadas a la investigación que acompañen al solicitante y participen junto con él en las actividades de acceso²⁵¹ siendo este

²⁴⁵ *Ibíd.*

²⁴⁶ El procedimiento de acceso establecido en la Decisión involucra la presentación, admisión, publicación y aprobación de una solicitud, la suscripción de un contrato, la emisión y publicación de la Resolución y del registro declarativo de los actos vinculados con dicho acceso. Art. 16, Decisión 391 de la CAN.

²⁴⁷ Art. 50, Decisión 391 de la CAN.

²⁴⁸ *Ibíd.*

²⁴⁹ *Ibíd.*

²⁵⁰ Art. 21, Decisión 391 de la CAN.

²⁵¹ Art. 1, Decisión 391 de la CAN.

un requisito para la presentación de una solicitud de acceso²⁵² que debe ser propuesto por el solicitante y aceptado o rechazado por la Autoridad Nacional Competente, en cuyo último caso se requerirá su sustitución²⁵³. Es importante destacar que este requisito se convierte en un elemento que le permite a la Autoridad Nacional tener mayor seguimiento y control de los recursos genéticos, productos derivados o sintetizados y componentes intangibles asociados puesto que la institución nacional de apoyo está obligada a colaborar de esta manera de acuerdo con el artículo 43 de la Decisión.

Como ya se indicó anteriormente, la CAN en esta Decisión se refiere al valor de la sostenibilidad, por ello se destaca también que los Países Miembros se comprometen a asegurar y facilitar mediante los contratos el acceso²⁵⁴ a tecnologías adecuadas para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica y que no causen daño al medio ambiente²⁵⁵; además, acogen un importante principio conocido como de precaución, que como veremos en el capítulo próximo, tiene la capacidad de evitar daños mediante la detención oportuna de acciones u omisiones sin la necesidad de que se confirme el hecho de que el daño será producido, de manera que cuando exista sospecha razonable de daño dicho principio actué como una especie de medida cautelar contra la fuente del potencial perjuicio; en este aspecto, la Decisión manifiesta que cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces²⁵⁶, sin embargo, la Decisión limita este principio y establece que dichas medidas deberán tomarse de acuerdo a las disposiciones contenidas en el Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena^{257 258}, además

²⁵² Art 26 lit. c, Decisión 391 de la CAN.

²⁵³ Arts. 41 último inciso y 50 lit. h, Decisión 391 de la CAN.

²⁵⁴ Que no implica necesariamente su aplicación.

²⁵⁵ Art. 9, Decisión 391 de la CAN.

²⁵⁶ Art. 13, Decisión 391 de la CAN.

²⁵⁷ *Ibíd.*

de que no se contempla la facultad para que este principio también impida daños sobre las naciones locales, pueblos o comunidades que pudieran resultar involucradas en las consecuencias del acceso y uso de los recursos genéticos o el componente intangible pues solamente se dispone que sean medidas tendientes a impedir la erosión genética²⁵⁹ o la degradación del medio ambiente y de los recursos naturales²⁶⁰.

Cabe recalcar que en la Decisión se establecen importantes condiciones que el contenido de las solicitudes y contratos de acceso deben contemplar, como por ejemplo, mecanismos de transferencia de conocimientos y tecnologías, incluidas las biotecnologías, que sean cultural, social y ambientalmente sanas y seguras²⁶¹; en lo que podemos apreciar se amplía el concepto de sano y seguro al ámbito cultural, lo cual se complementa con la obligación de que estas solicitudes y contratos deban contener condiciones de fortalecimiento y desarrollo de las capacidades de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales con relación a los componentes intangibles²⁶².

Así también se destaca la obligación de poner en conocimiento de la Autoridad Nacional Competente los resultados de las investigaciones realizadas, los términos para la transferencia del material accedido a terceros y el suministro de información sobre antecedentes, estado de la ciencia o de otra índole que contribuya al mejor conocimiento de la situación relativa al recurso genético, su producto derivado o sintetizado y componente intangible asociado²⁶³; y de que, el expediente de acceso contenga la solicitud, la identificación del solicitante, el proveedor del

²⁵⁸ Un programa de liberación de tipo comercial que defiende el interés por aumentar y facilitar el flujo comercial, por lo que al remitirse la Decisión 391 a sus disposiciones deja en segundo plano el interés por impedir la erosión genética o la degradación del medio ambiente y de los recursos naturales de la que habla en su Art. 13.

²⁵⁹ Pérdida o disminución de diversidad genética. Art. 1, Decisión 391 de la CAN.

²⁶⁰ Art. 13, Decisión 391 de la CAN.

²⁶¹ Art. 17 lit. c, Decisión 391 de la CAN.

²⁶² Art. 17 lit. f, Decisión 391 de la CAN.

²⁶³ Art. 17 lit. d, h e i, Decisión 391 de la CAN.

recurso, y la persona o institución nacional de apoyo; la localidad o área sobre la que se realiza el acceso; la metodología del acceso; la propuesta de proyecto; el contrato de acceso en las partes en las que no se hubiere conferido confidencialidad; el dictamen y protocolo de visitas; los estudios de evaluación de impacto ambiental-económico y social o de licencias ambientales; y, los informes de seguimiento y control de la Autoridad Nacional Competente²⁶⁴.

Tal como se observa, entonces, existen aportes trascendentes respecto a elementos ideados para controlar, limitar y supervisar aunque no por parte de las naciones locales, pueblos y comunidades pero si por parte de los Estado-nación de la CAN el contenido y la ejecución de las solicitudes y los contratos de acceso a los recursos genéticos, como la metodología de acceso, el protocolo de visitas, la propuesta del proyecto, los estudios de evaluación de impacto, la negociación y elaboración del contrato una vez aceptada la solicitud y propuesta, y el cumplimiento de la legislación interna o de la estimación de necesidad de la Autoridad Nacional Competente de que el solicitante efectúe las disposiciones ambientales vigentes²⁶⁵.

En otro aspecto, la Decisión si advierte la necesidad de regular y colocar bajo la figura de contratos accesorios a aquellos que suscriban entre el solicitante con el poseedor o administrador del predio donde se encuentre el recurso genético o del recurso biológico donde se encuentre el recurso genético, el centro de conservación ex situ y la institución nacional de apoyo²⁶⁶; esto con el propósito de que no se alteren las condiciones y limitaciones establecidas en el contrato principal de acceso; sin embargo, no determina expresamente si también otorga la calidad de accesorios a los contratos entre el solicitante y personas jurídicas o naturales dedicadas a la bioprospección comercial, a la difusión, a la complementación y soporte técnico, a la

²⁶⁴ Art. 17 incisos finales y Art. 26, Decisión 391 de la CAN.

²⁶⁵ Art. 30 y 31, Decisión 391 de la CAN.

²⁶⁶ Art. 41, Decisión 391 de la CAN.

comercialización propiamente de recursos tangibles e intangibles, entre otras actividades; presentando una descompensación en su poder de control que deja por fuera a este último tipo de personas pero que en cambio sí obliga a los poseedores y administradores del recurso genético.

Diferencia importante si se considera que se manifiesta tajantemente que la celebración de un contrato accesorio no autoriza el acceso al recurso genético o su producto derivado, y que su contenido se sujeta a lo dispuesto en el contrato de acceso²⁶⁷, debiendo estos contratos de acceso incluir una condición suspensiva que sujete su perfeccionamiento al del contrato de acceso²⁶⁸.

Al cierre del análisis de este instrumento normativo subregional es relevante considerar algunas salvaguardas significativas para limitar parcial o totalmente el acceso a los recursos genéticos y sus derivados que han establecido los Países Miembros de la CAN, al manifestar en la Decisión 391 que cuando se trate de endemismo, rareza o peligro de extinción de las especies, subespecies, variedades o razas; o se hallare en condiciones de vulnerabilidad o fragilidad la estructura o función de los ecosistemas que pudieran agravarse por actividades de acceso; o cuando se presente una situación de efectos adversos de las actividades de acceso, sobre la salud humana o sobre elementos esenciales de la identidad cultural de los pueblos; o cuando genere impactos ambientales indeseables o difícilmente controlables sobre los ecosistemas; o por motivos de erosión genética, bioseguridad o recursos o áreas calificados como estratégicos, dicho acceso podrá ser limitado.

Y, por otra parte, también destacamos que este instrumento internacional observa la necesidad de contemplar sanciones que impondrá la Autoridad Nacional Competente de acuerdo

²⁶⁷ *Ibíd.*

²⁶⁸ Art. 42, Decisión 391 de la CAN.

a su legislación interna²⁶⁹ e introduce algunos criterios mínimos de cooperación jurídica en este caso entre sistemas estatales sobre dicho aspecto.

La Decisión indica que será sancionada toda persona que realice transacciones relativas a productos derivados o sintetizados de los recursos genéticos o al componente intangible asociado, que no se encuentren amparadas por los correspondientes contratos sin perjuicio de la suspensión, cancelación o nulidad del acceso, del pago de las reparaciones por los daños y perjuicios que se irroguen, incluidos los causados a la diversidad biológica, y de las sanciones civiles y penales, que eventualmente correspondan²⁷⁰.

Respecto a la cooperación entre Estados se manifiesta que las oficinas nacionales competentes en materia de Propiedad Intelectual exigirán al solicitante la indicación del número del registro del contrato de acceso y copia del mismo como requisito previo para la concesión de un derecho, cuando tengan certeza o indicios razonables de que los productos o procesos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos genéticos o de sus productos derivados de alguno de los Países Miembros²⁷¹; y, en caso de que algún país hubiera otorgado derechos el país miembro que se considere afectado podrá solicitar la nulidad e interponer las acciones que fueren del caso en los países que hubieren conferido derechos u otorgado títulos de protección²⁷².

Además, los Países Miembros se notificarán todas las solicitudes, resoluciones y autorizaciones de acceso, las suspensiones y terminaciones de los contratos, las disposiciones,

²⁶⁹ La Autoridad Nacional Competente podrá aplicar sanciones administrativas, tales como multa, decomiso preventivo o definitivo, cierre temporal o definitivo de establecimientos e inhabilitación del infractor para solicitar nuevos accesos de acuerdo a lo previsto en su legislación interna. Art. 47, Decisión 391 de la CAN.

²⁷⁰ Art. 47, Decisión 391 de la CAN.

²⁷¹ Tercera disposición complementaria, Decisión 391 de la CAN.

²⁷² Segunda disposición complementaria, Decisión 391 de la CAN.

decisiones, reglamentos, sentencias, resoluciones y demás normas y actos adoptados a nivel interno que tengan relación con lo dispuesto en la Decisión; y, cualquier acuerdo bilateral o multilateral sobre la materia, el cual deberá estar conforme también con lo dispuesto en la Decisión 391²⁷³.

En caso de producirse controversias entre los Países Miembros se resolverán conforme a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico andino, pero si fuera con un tercer país parte contratante del Convenio sobre Diversidad Biológica, la solución que se adopte deberá observar, además, los principios de dicho Convenio²⁷⁴; pero también, los Países Miembros podrán ejercer las acciones legales que estimen pertinentes para la reivindicación de los recursos genéticos de los cuales son países de origen, sus productos derivados y componentes intangibles asociados y para el cobro de las indemnizaciones y compensaciones a las que hubiere lugar, indicándose estrictamente que corresponde únicamente al Estado la titularidad de la acción reivindicatoria de dichos recursos genéticos y sus productos derivados²⁷⁵.

Continuando con el análisis de la normativa subregional andina, es importante destacar lo dispuesto en el artículo 3 de la Decisión 486 referente al Régimen Común sobre Propiedad Industrial, en el cual se dispone que los Países Miembros asegurarán que la protección a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales, utilizando para el efecto las disposiciones antes analizadas de la Decisión 391; y aunque en el mismo artículo se señale que se reconoce el derecho de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales para decidir sobre sus conocimientos

²⁷³ Art. 48 y 48, Decisión 391 de la CAN.

²⁷⁴ Primera disposición final, Decisión 391 de la CAN.

²⁷⁵ Tercera disposición final, Decisión 391 de la CAN.

colectivos no sucede así respecto al derecho a decidir sobre los recursos de los territorios que ocupan o administran.

Ahora bien, para fines de interpretación que oriente las decisiones judiciales respecto a los conocimientos tradicionales relacionados principalmente con el mecanismo de obtención del consentimiento de estos pueblos, es meritorio indicar que la Decisión 486 en este artículo señala que la concesión de patentes desarrolladas a partir de material obtenido de dicho patrimonio o conocimientos estará supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional.

Así, con lo manifestado en el párrafo anterior, los Estados miembros de la CAN deben considerar que la obtención del consentimiento para la concesión de patentes debe ser obtenido observándose el ordenamiento jurídico no solo subregional y nacional sino también internacional, además, no únicamente el referente a propiedad intelectual sino a muchas otras ramas del derecho como por ejemplo los que se manifiestan respecto a la protección de los derechos humanos o de grupos específicos como el caso de los indígenas.

Incluso, la mencionada estipulación respecto a utilizar las consultas y canales idóneos para obtener el consentimiento ya ha sido exigida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) en un caso colombiano presentado ante la Corte Constitucional de dicho país y no precisamente respecto a patentes sino en materia de marcas²⁷⁶, esto especialmente porque la interpretación vincula dicha disposición con el artículo 136 de la misma Decisión 486 que prohíbe en su literal g el registrar como marcas aquellos signos que consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, o las denominaciones, las palabras, letras,

²⁷⁶ Interpretación prejudicial 60-IP-2012 de la CAN, 27.

caracteres o signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura o práctica, salvo que la solicitud sea presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso.

Así, el TJCA ofrece un criterio importante para que se respete los derechos y las expresiones de voluntad de los pueblos y comunidades indígenas frente a la concesión de derechos de propiedad intelectual y de acceso a recursos genéticos ligados a estas poblaciones, mediante el mecanismo del consentimiento expreso y no bajo una figura inferior de interpretados o representados incapaces de manifestar soberana y vinculantemente sus decisiones, que como se observó anteriormente continua siendo un riesgo en la aplicación de la Decisión 391, este criterio del Tribunal se ha manifestado al indicar que “los Países Miembros deben utilizar el mecanismo pertinente para lograr el consentimiento expreso, de forma tal, que se consulte de manera adecuada a los pueblos indígenas para lograr la protección efectiva de sus derechos, atendiendo... el desarrollo internacional de la defensa de los derechos humanos”²⁷⁷ entre otras normas.

Esto también coincide con este criterio, lo establecido en la Carta Andina para la Promoción de los Derechos Humanos, misma que reitera en el artículo 36 su compromiso de cumplir y hacer cumplir los derechos y obligaciones consagrados en instrumentos internacionales que tienen como finalidad promover y proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas y los de las comunidades de afrodescendientes, en particular el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, además de lo que se dispone en el artículo 38 de esta Carta donde se manifiesta que estas comunidades tienen derecho a mantener y desarrollar sus identidades y costumbres en lo cultural, espiritual, político, económico y jurídico; a la

²⁷⁷ Interpretación prejudicial 60-IP-2012 de la CAN, 26.

propiedad y posesión de las tierras o territorios que tradicionalmente ocupan; a no ser desplazados de ellos y a retornar en caso de serlo; a conservar sus propias formas de organización social, ejercicio de la autoridad y administración de justicia; a desarrollar y mantener su patrimonio cultural tangible e intangible; y a la protección de sus conocimientos ancestrales colectivos y al ejercicio de sus prácticas tradicionales tomando en cuenta no solo el ordenamiento interno de los países sino también la normativa sobre derechos humanos.

Como se puede observar el aspecto del consentimiento es entonces un elemento crítico que se encuentra pendiente de definir en la región, incluso la misma normativa subregional andina a través de la Estrategia Regional sobre Biodiversidad que se generó en el 2002 reconoce esta falencia, la cual consta en el anexo a la Decisión 523 en el literal e del punto 2.3 donde se indica que un tema central que aún debe ser definido es el alcance y los mecanismos de participación representativa y consulta previa de los pueblos indígenas, comunidades locales y afroamericanas para la protección y recuperación de sus conocimientos y prácticas tradicionales referidos a la biodiversidad.

Por otro lado, esta Decisión (523) se diferencia de las anteriores decisiones analizadas porque no es un instrumento que propiamente establezca derechos y obligaciones en relación a la biodiversidad y su reiterado vínculo con los conocimientos tradicionales sino más bien es una manifestación de propósitos para la institucionalidad de los Estados miembros.

De las estrategias que allí se plantean destaca que con el objetivo de proteger y fortalecer los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales se debe establecer una política común al respecto con la participación y consulta a las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, también un mecanismo para el análisis y

seguimiento de asuntos de protección y fortalecimiento de los conocimientos tradicionales del que participen tanto gobiernos como representantes de las organizaciones de comunidades indígenas, afroamericanas y locales, instituciones científicas y la sociedad civil, así mismo mejorar las posibilidades de negociación como bloque en los foros internacionales relacionados al tema como el CDB, OMC, OMPI, FAO, entre otros y promover la investigación y el desarrollo de registros²⁷⁸.

Y para consolidar las capacidades de estas comunidades respecto a los conocimientos tradicionales referidos a la biodiversidad con el propósito de revertir el proceso de pérdida de sus propios conocimientos, proteger los mismos del uso indebido por parte de terceros y contribuir activamente a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica, la Decisión plantea que se deben generar programas y métodos interculturales donde se capacite a dirigentes y personal técnico de las comunidades en el manejo de bases legales y técnicas para la protección y fortalecimiento de sus conocimientos tradicionales en las negociaciones con terceros; el adiestramiento y formación técnica de jóvenes de las comunidades para el desarrollo de procesos prácticos de recuperación, fortalecimiento y protección de conocimientos tradicionales, y de conservación y aprovechamiento sostenible de la biodiversidad en sus hábitats en base a prácticas tradicionales e innovaciones necesarias; y que brinden el apoyo técnico y financiero a experiencia pioneras que fortalezcan la política común y estrategias nacionales en educación, salud, manejo de áreas protegidas y zonas de amortiguación, ordenamiento territorial y derechos de propiedad intelectual, entre otros²⁷⁹.

²⁷⁸ Línea de acción número 11, Resultado 11.1, 11.2, 11.3 y 11.4 de la Decisión 523 de la CAN.

²⁷⁹ Línea de acción número 12, Resultado 12.1, 12.2, 12.3 y 12.4 de la Decisión 523 de la CAN.

Como se observa, esta es una Decisión que plantea un amplio discurso respecto de algunas actividades que los países deberían hacer para la protección de la biodiversidad y los conocimientos relacionados con dicho propósito, sin embargo, no llega a ser una norma con exigencias de cumplimiento puntuales y mecanismos de obligatoriedad para colocarla en práctica quedándose en un instrumento declarativo de buena fe con posibilidad de generar una ruta de acciones y actividades en caso de obtenerse la suficiente voluntad política al respecto; aspecto que es muy parecido a como se han presentado las propuestas globales de la OMPI sobre protección de conocimientos tradicionales que veremos en el próximo capítulo.

Pero, a pesar de que la Decisión 523 es un instrumento más bien de naturaleza declarativa no se puede dejar de observar el ánimo y espíritu con el que anticipa se concebirían y podrían en práctica las estrategias políticas sobre biodiversidad y conocimientos tradicionales.

Estrategias en ella llevadas a la práctica como las principales o únicas se aprecian como riesgosas para los derechos de las comunidades, así por ejemplo podemos mencionar:

- La conservación ex-situ que muchas veces terminan fuera del control de las comunidades como el caso de los registros del patrimonio intangible.
- La capacitación legal en normativa que interioriza un pensamiento marcadamente occidental con el que se prepara a las comunidades para que las utilicen y los efectos que ello conlleva sobre el uso y desarrollo de los sistemas de justicia y normas propias de estas comunidades sin que tampoco se mencione en la Decisión mecanismos de retroalimentación en el que el sistema normativo y de justicia ordinario (occidental), las instituciones de propiedad intelectual, los funcionarios estatales, el sector privado, entre otros agentes que intervienen en la gestión del intelecto también aprendan y vayan incluyendo fiel y adecuadamente al sistema de

conocimiento indígena y de otros grupos étnicos en el contenido de sus normas y accionar occidental²⁸⁰.

- La estrategia que se refiere a capacitación técnica considera receptoras a las comunidades, y portavoces de capacitación a los especialistas técnicos y científicos de las sociedades industriales, generando como consecuencia una adaptación de estas comunidades a las prácticas de aplicación de la tecnología industrial; pero del otro lado, no se prevé con el propósito de fomentar y proteger los conocimientos tradicionales el incentivar de la misma forma la presencia de capacitadores de las comunidades respecto de sus prácticas tradicionales no solo cuando se relacionan con los técnicos y científicos generalmente vinculados a empresas e instituciones con intereses particulares sino con los miembros “comunes” de las sociedades industriales de forma que el sistema de conocimiento tradicional también pueda ser reproducido y convivir con el industrial en otras localidades del mundo. Debiendo considerándose en este punto que tanto las comunidades indígenas, afrodescendientes y locales receptoras y emisoras como las comunidades industriales receptoras y emisoras deben estar voluntariamente interesadas en mantener una relación recíproca de transferencia.

- El financiamiento privilegiado de planes de biodiversidad y conocimientos tradicionales que fortalecen la política común de los países o las estrategias nacionales, entendiéndose que los planes y programas propios de las comunidades que difieran del enfoque del Estado-nación se encuentran en condición desventajosa para obtener acceso a iguales recursos en caso de que las comunidades se manifestaran interesadas en ellos o necesitaran conseguirlos. Así por ejemplo la desventaja de acceder a recursos cuando la estrategia nacional

²⁸⁰ Un proceso de diálogo necesario entre sistemas normativos y pensamiento sobre el ejercicio y la función social del intelecto.

pretenda incrementar el registro de derechos de propiedad intelectual que como se pudo apreciar en el capítulo primero está lejos de formar parte de los intereses de las naciones locales, pueblos y comunidades para fortalecer el ejercicio y vigencia de su propio sistema de conocimiento y de relación con el entorno.

Para finalizar este recorrido analítico por la normativa andina que incide sobre aspectos de protección a los conocimientos tradicionales es preciso indicar que tal como lo señaló el TJCA en el 2012 la creación de un “Régimen Común Andino para la Protección de los Conocimientos Tradicionales” en consulta y participación con los pueblos indígenas, aún es inexistente²⁸¹ a pesar de que mediante la Decisión 524 se creara la Mesa Permanente sobre Pueblos Indígenas, la cual tiene entre sus funciones establecer posiciones frente a otros foros de carácter internacional en asuntos relacionados con los Pueblos Indígenas, fortalecer a los pueblos indígenas y apoyar el intercambio de conocimientos, vigilar la aplicación adecuada de las políticas públicas, tratados, acuerdos, normas y convenios que promuevan los derechos de los pueblos indígenas y facilitar la participación activa de los pueblos indígenas en el Proceso de Integración Subregional; así como también fue creado mediante la Decisión 674 el Consejo Consultivo de los Pueblos Indígenas de la Comunidad Andina el cual es una instancia que emite opiniones no vinculantes dentro del Sistema Andino de Integración²⁸².

Así entonces, tal como se ha podido observar, las normas con que cuenta la Comunidad Andina de Naciones (Estados) resultan insuficientes para proteger a los conocimientos tradicionales y, en varias ocasiones reiteran la aplicabilidad de lesivas y riesgosas nociones que conforman el ordenamiento jurídico global sin considerar las particularidades y las diversas

²⁸¹ Interpretación prejudicial 60-IP-2012 de la CAN, 29.

²⁸² Comunidad Andina, “Consejo Consultivo de Pueblos Indígenas”, <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=45&tipo=SA>. Consulta: 25 de enero 2015.

necesidades que los sistemas de conocimiento tradicional y sus miembros y potenciales miembros requieren para administrar, conservar, rescatar y desarrollar sus propias formas y efectos del intelecto, y para generar una relación sustentable y mutuamente benéfica y justa en la transferencia de pensamientos, conocimientos, tecnología y recursos; sin embargo, también se puede observar importantes mecanismos promovidos por la CAN que si admitieran la presencia de las decisiones soberanas y vinculantes de las naciones locales, pueblos y comunidades generarían un mayor ambiente de respeto no solo frente a los legítimos intereses de los gestores de conocimiento tradicional sino también un importante aporte para la democratización, pluralidad y mejoramiento de la calidad de vida de la humanidad.

2.3. Algunos ejemplos de apropiación del conocimiento indígena

En 1986, un jefe de la comunidad Secoya intercambió una planta conocida en su idioma como yagé y que popularmente es nombrada como ayahuasca o “científicamente” es mentada como *Banisteriopsis caapi*, a cambio de dos paquetes de cigarrillo Malboro con quien posteriormente se conoció era Loren Miller de la Internacional Plant Medicine Corporation de Estados Unidos. La Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos, según los investigadores Alarcón y Morales, concedió a favor de Loren Miller la patente de planta sobre las muestras que habían sido llevadas con la denominación 5.751²⁸³.

Esta planta medicinal utilizada por los indígenas amazónicos en sus ceremonias curativas durante varias generaciones fue descrita en la misma solicitud de patente como una variedad única de la ayahuasca de Ecuador, basando la solicitud en las características físicas de la cepa y

²⁸³ Roció Alarcón y Manolo Morales, “*Banisteriopsis caapi*”, en *El Cartel de la Biodiversidad*, Joseph Henry Vogel, editor (Quito: CARE, USAID, ECOCIENCIA, SAN REM, FLACSO, 2000) 86 y 87.

no en sus propiedades medicinales²⁸⁴. Al enterarse de esta acción, grupos indígenas sintieron que el uso comercial era un sacrilegio y tuvieron miedo de que la planta algún día se volviera ilícita, controlada y prohibida²⁸⁵ por lo que iniciaron acciones para conseguir la revocatoria de la patente, lo cual lograron en 1999 en virtud de que el Centro para las Leyes Internacionales sobre el Medioambiente (CIEL) demostró que la cepa descrita no se podía distinguir de las cepas silvestres, por lo que no cumplía con los requisitos de patentabilidad. Sin embargo, en el 2001, la patente fue restablecida para el mismo Loren Miller²⁸⁶, aunque también se afirma que cuando se revocó la patente se lo hizo porque muestras de esta planta ya existían anteriormente en un herbario²⁸⁷.

En este caso, se ha defendido que los Estados Unidos no otorgó una patente de comercio sobre la planta de ayahuasca en general sino sobre las muestras particulares llevadas por Miller y que esta protección se brinda para que las plantas puedan ser vendidas a la industria farmacéutica de forma que se puedan llevar a cabo procesos de investigación y desarrollo²⁸⁸, de los cuales surjan compuestos secundarios o plantas descendientes que, satisfaciendo los criterios de novedoso, útil y no obvio, sean los que realmente se constituyan en propiedad de la empresa²⁸⁹ para obtener los derechos de propiedad y comercialización exclusiva de una patente. Además, se alega que Miller supuestamente le habría añadido valor a la planta cuando percibió su potencial farmacéutico, y que la patente sobre las muestras es necesaria, pues de lo contrario cualquiera

²⁸⁴ Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, Biopiratería, <<http://www.propiedadintelectual.gob.ec/biopirateria/>>. Consulta: 07 de septiembre, 2014.

²⁸⁵ Alarcón y Morales, “Banisteriopsis caapi”, en El Cartel de la Biodiversidad, Vogel, 90.

²⁸⁶ Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, Biopiratería, <<http://www.propiedadintelectual.gob.ec/biopirateria/>>. Consulta: 07 de septiembre, 2014.

²⁸⁷ Alarcón y Manolo Morales, “Banisteriopsis caapi”, en El Cartel de la Biodiversidad, Vogel, 91.

²⁸⁸ *Ibíd.* 87 y 90.

²⁸⁹ *Ibíd.* 90.

que hubiera comprado una planta que descienda de “las muestras de Miller” la hubiera podido comercializar evitando los costos fijos en los que incurrió Miller²⁹⁰.

Pero, este tipo de justificativos lo que hace finalmente es alentar a que cualquier persona externa a una comunidad utilice a sus miembros para lograr el acceso sobre las prácticas y usos del entorno en el que habitan y las formas en que emplean estos materiales, concentrándose en lograr la extracción o entrega de muestras sobre las sustancias y compuestos de los que los pueblos indígenas expresan nociones de utilidad, por lo que deducen tener potencial no necesariamente médico sino que puedan levantar suficiente novedad que los torne explotables económicamente. Esto debido a que existen Estados y sistemas legales que admiten transformar en propiedad la toma de recursos vinculados con el conocimiento aplicado de poblaciones indígenas, incluso de aquellas que se encuentran apartadas de su espacio territorial y que desconocen los fines que se dará al conocimiento y materiales que comparten y transfieren con el exterior de forma abierta, solidaria y pública sin barreras aplicativas ni ánimo de lucro, acumulación o sobreexplotación. En muchas ocasiones, al provenir de sus prácticas de intercambio y buena fe cooperativa, caen en la ingenuidad frente a las formas de relación social actuales, comportamiento cooperativo que no encuentra reciprocidad en la conducta de explotación mercantil la cual no garantiza ni mínimamente haber accedido al conocimiento y al recurso mediante el consentimiento previo, libre e informado proveniente de un proceso que permita apreciar en lo posible los efectos y riesgos sobre los pueblos indígenas, la región y la humanidad en general.

De la ayahuasca, además, se elogian distintas probabilidades de aplicación médica, como la erradicación de parásitos y lombrices del cuerpo en forma completa y rápida, también como una sustancia que contrarresta las infecciones, bacterias y amebas, y como un tratamiento para

²⁹⁰ *Ibíd.*

enfermedades y circunstancias con las que se encuentran mucho más familiarizadas las sociedades industriales como el parkinsonianismo post-encefálico, cáncer, psicoterapia, entre otras²⁹¹. Sin embargo, deducimos que muchas de las propiedades de las que se habla no han sido probadas, pues ellas se publicitan antes de realizarse los llamados procesos de “investigación y desarrollo farmacéutico”. No obstante, sean o no ciertas estas afirmaciones y provengan del saber, la lógica o la práctica indígena o de la imaginación de los “investigadores” o de una combinación de ambas, resulta fácil entender que esta publicidad multiplica el valor comercial de la planta y de los derivados que las empresas comercializarán, con todas las consecuencias extractivas y de tráfico de especies y conocimientos que esto acarrea. En ello no podemos olvidar que el conocimiento indígena mediante su práctica milenaria y de vivencia cotidiana prueba la validez y eficiencia de su conocimiento que se aplica directamente en el momento de constatarse la necesidad, diferente a como las sociedades industriales laboratorizan los elementos materiales como fuente de reputación con el que se anticipa la generación de necesidades y deseos de obtener los productos en el mercado de consumidores.

El Perú es otro de los países más megadiversos del mundo, colocándose en primer lugar respecto al número de especies de plantas de propiedades conocidas y utilizadas por la población (4.400 especies) de las que se han domesticado 182 especies de plantas nativas con centenares y hasta miles de variedades, donde 174 son de origen andino, amazónico y costeño y 7 de origen americano que fueron introducidas hace siglos²⁹². Es importante destacar que la población de este país, que hace uso y conoce de las plantas es indígena en un tercio (casi 9 millones de personas de los 28 que conforman su población son indígenas quechuas, aymaras y amazónicos

²⁹¹ Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, Biopiratería, <<http://www.propiedadintelectual.gob.ec/biopirateria/>>. Consulta: 07 de septiembre, 2014.

²⁹² Egg A. Brack, “Biodiversidad: Firmeza necesaria” de la Revista Actualidad Económica, en La experiencia del Perú combatiendo la biopiratería, Anuario Andino de Derechos Intelectuales (Lima: Comunicado de la Delegación Peruana, 2008) 507.

agrupados en 5.812 comunidades campesinas y 1.315 comunidades nativas²⁹³). Su conocimiento está relacionado con un amplio número de especies que poseen aplicaciones industriales, 682 son fuente de alimentación, 1.044 son medicinales, 444 son recursos madereros, 86 son forrajeras, 55 se utilizan para la obtención de abonos, 60 para aceites y grasas, 46 para aromas y perfumes, 75 para productos de cosmetología, 22 para productos curtientes y 128 como colorantes²⁹⁴.

En este país, hay también varios ejemplos de apropiación de conocimientos indígenas. Uno de esos casos es el de sacha inchi o inca inchi como es conocida por su población, llamada por los “científicos” *Plukenetia volubilis* Linneo, la cual fue solicitada como patente por la empresa Greentech S.A. en Francia destacando como principal aplicación su uso en la preparación de productos cosméticos o dermatológicos²⁹⁵, sin mencionar que este uso ya hace parte de las tradiciones indígenas de las ancianas mayurunas, cha- yuhuitas, campas, huitotas, shipibas, yaguas y boras, pueblos indígenas de la amazonia peruana que mezclan el aceite de *Plukenetia volubilis* con harina de esta misma almendra y preparan una crema especial para revitalizar y rejuvenecer la piel²⁹⁶.

Ante esto se presentó una observación a la solicitud FR 2880278 ante el INPI (Instituto Nacional de Propiedad Intelectual de Francia) acusando que no se debería conceder la patente por falta de novedad y adjuntando la documentación de sustento²⁹⁷. Sin embargo, el 12 de

²⁹³ Comunicado de la Delegación Peruana 2007, “La experiencia del Perú combatiendo la biopiratería” (Lima: Anuario Andino de Derechos Intelectuales, 2008) 507-508.

²⁹⁴ Brack, “Biodiversidad: Firmeza necesaria” de la Revista Actualidad Económica, en La experiencia del Perú combatiendo la biopiratería, Anuario Andino de Derechos Intelectuales, 507.

²⁹⁵ Comunicado de la Delegación Peruana 2007, “La experiencia del Perú combatiendo la biopiratería” (Lima: Anuario Andino de Derechos Intelectuales, 2008) 513.

²⁹⁶ Especies vegetales promisorias de los países del Convenio Andrés Bello en La experiencia del Perú combatiendo la biopiratería, Anuario Andino de Derechos Intelectuales (Lima: Comunicado de la Delegación Peruana, 2008) 513.

²⁹⁷ Comunicado de la Delegación Peruana 2007, “La experiencia del Perú combatiendo la biopiratería” (Lima: Anuario Andino de Derechos Intelectuales, 2008) 514.

octubre de 2007 la patente fue concedida al laboratorio Greentech S.A. Empero, la embajada peruana consiguió que el mismo laboratorio pidiera la anulación de esta patente ante el INPI²⁹⁸.

Este caso, no solamente ilustra la apropiación de los conocimientos indígenas por intereses empresariales privados con los que se comercializa globalmente, sino que da muestras de que en muchas solicitudes de derechos de propiedad intelectual no se hace referencia al origen del recurso o conocimiento ni se menciona que han sido utilizados para desarrollar la invención, concediendo derechos de dudosa legitimidad²⁹⁹.

Además, la delegación peruana destaca que cada país cuenta con reglas distintas en lo que respecta a la posibilidad de intervención de terceros ante una solicitud de patente. Incluso existen algunas legislaciones que únicamente prevén la intervención de terceros después de la concesión de la patente, lo cual dificulta las acciones pues se trata de una patente ya concedida. Esto se torna aún más complejo cuando se trata de una solicitud internacional bajo el Sistema PCT, pues este sistema no contempla la posibilidad de observar una patente cuando ésta se encuentra en la fase internacional³⁰⁰.

En Brasil, la evidencia del contrabando de animales y plantas es contundente, y con ello también ha aumentado el número de patentes concedidas sobre productos y procesos relacionados con la biodiversidad brasileña³⁰¹. Según un estudio del Ministerio de Medio Ambiente de Brasil, a 40 especies brasileñas se les concedió un millar de patentes en el extranjero después de 1992 y, en

²⁹⁸ Agencia de Noticias EFE, “Laboratorio francés anula patente de aceite de planta amazónica” (Madrid: EFE, 2009).

²⁹⁹ Comunicado de la Delegación Peruana 2007, “La experiencia del Perú combatiendo la biopiratería” (Lima: Anuario Andino de Derechos Intelectuales, 2008) 514.

³⁰⁰ Comunicado de la Delegación Peruana 2007, “La experiencia del Perú combatiendo la biopiratería” (Lima: Anuario Andino de Derechos Intelectuales, 2008) 515.

³⁰¹ Carlos Alberto Rohrmann y Lyssandro Norton, “Biodiversidade e Propriedade Industrial: Um Exame Jurídico do Conhecimento Tradicional”, en Anuário Brasileiro de Direito Internacional (Brasil: Centro de Direito Internacional, 2009) 79.

este momento, este país está tratando de revertir las patentes de algunos elementos como el cupuaçu, graviola, murumuru, copaiba y jaborandi³⁰².

Sin embargo, la apropiación de conocimientos tradicionales (productos, procesos, prácticas, etc.) no es un comportamiento exclusivo de los gobiernos y empresas extranjeras. También es interno. Ése es el caso de la pripioca, breu branco y cumuru, plantas sobre las cuales ha existido conocimiento indígena anterior a la explotación industrial comercial. La firma Natura Innovación y Tecnología de Productos Ltda. de Brasil ha sido acusada de haber grabado engañosamente entrevistas con mujeres vendedoras de la feria libre tradicional de la ciudad de Belem en Brasil. En dichas narraciones e imágenes se revelan secretos de manipulación de esencias que comprenden conocimientos practicados por los indígenas, sobre los cuales las vendedoras han llegado a tener acceso y conocimiento³⁰³ y que fueron utilizados por Natura para generar una línea de productos³⁰⁴ mercantilizables.

Este caso fue llevado ante el Ministerio Público de Brasil donde se iniciaron acciones no solo contra la empresa Natura sino también contra la Secretaría de Biodiversidad y Foresta de Brasil y la Secretaría Ejecutiva del Consejo de Gestión de Patrimonio Genético por haber autorizado estas investigaciones a la compañía mencionada, además de haber autorizado a todas las empresas que trabajen para ese fin dentro del territorio brasileiro³⁰⁵.

Bernadeth Freire da Costa, una de las vendedoras denunciadas, manifestó que la empresa estaba muy interesada en conocer detalles sobre la manipulación de estas 3 plantas. Expresó también que son conocimientos que ella mantiene gracias a que su abuela, quien aprendió con los indígenas, se los enseñó a su madre quien se los transmitió a ella al igual que ella hace hoy

³⁰² *Ibíd.*

³⁰³ Aline Cristina Nogueira de Freitas, “Biopiratería. Un Estudio sobre la Desaparición de la Biodiversidad Brasileña” (Editorial Académica Española, 2012) 72-73.

³⁰⁴ *Ibíd.* 73.

³⁰⁵ *Ibíd.* 74.

con sus hijos, uno de los cuales también conjuga este conocimiento tradicional con su formación educativa formal de químico³⁰⁶.

Cuando se interpelló a la empresa para que rindiera su versión, esta negó que tuviera la intención de apropiarse del conocimiento sobre estas plantas sin el debido reparto de beneficios con la Cooperativa Mixta de Productores y Extractivistas del Río Iratapuru aceptando la realización de filmaciones a vendedoras, las cuales afirmó se realizaron con el propósito de divulgar su trabajo³⁰⁷. Actualmente, este caso se encuentra sin resolver, pero extrajudicialmente Natura ya ha firmado un contrato con la Cooperativa Mixta de Productores y Extractivistas del Río Iratapuru para la repartición de beneficios, y por otra parte, la Orden de Abogados de Brasil (OAB), la cual ha intervenido como defensora en partes del proceso continúa requiriendo el pago bajo la figura de derechos de autor por las informaciones que la empresa obtuvo sobre estas plantas sin producirse al respecto ningún resultado judicial³⁰⁸.

Además de lo anterior, este caso también muestra el desproporcionado aumento de precios que empresas con ánimo de lucro suelen reflejar sobre el acceso a los beneficios del conocimiento de la sociedad en general y la segmentación en grupos de consumidores en virtud de la capacidad adquisitiva. Por ejemplo, en el caso de la pripioca, que en el mercado es vendida por 2 reales el frasco, una vez que ha pasado por el proceso industrial de Natura eleva su valor a 162 reales el frasco de 30 milímetros³⁰⁹, es decir, 81 veces el precio original.

Este ejemplo nos lleva a reflexionar sobre la validez de aplicar irrestricta y generalizadamente el concepto de las sociedades industriales de considerar propiedad al conocimiento, en cuyo caso el propietario del saber es el generador originario (quien piensa y

³⁰⁶ *Ibíd.* 74.

³⁰⁷ *Ibíd.* 73.

³⁰⁸ *Ibíd.* 75.

³⁰⁹ *Ibíd.* 73.

hace), de tal forma que, bajo este concepto, para encontrar justicia se tendría que investigar quienes fueron los pueblos indígenas que crearon inicialmente estos procesos sobre las plantas pripioca, breu branco y cumuru. Esto requeriría remontarse a muchas generaciones, método que, por cierto, en muchos casos es inviable y por tanto desprovisto de posibilidad de justicia. El caso da claras muestras de que los derechos intelectuales no son propia y exclusivamente de la institucionalizada Cooperativa mencionada ni de las particulares vendedoras filmadas, por lo cual una repartición de beneficios, aunque localmente resulte ventajosa para unos cuantos grupos, conserva en su esencia la apropiación ilegítima y reproduce la injusticia para con el resto de la sociedad, entre los que se encuentran muchos pueblos indígenas.

No obstante, es esta misma reflexión la que nos lleva a recordar que el concepto de justicia en temas intelectuales de las sociedades industriales no es el único que existe, pues, las mismas formas indígenas ancestrales de transferencia y acceso al conocimiento y a sus beneficios plantean posibilidades con sentidos de justicia significativamente menos parcializados en relación con todos los involucrados incluso en relación con aquellos generalmente innombrados como los pueblos indígenas y el interés social general.

Los sistemas judiciales indígenas, especialmente los menos interferidos por la colonialidad, innegablemente ofrecen alternativas para este tipo de conflictos, de tal forma que, de reconocérseles el derecho a juzgar, se abriría la posibilidad no solo a los indígenas sino a la humanidad de retomar y mejorar prácticas ancestrales para compartir el conocimiento de forma verdaderamente cooperativa, abierta y sostenible mediante una aplicación de escala en virtud de la necesidad y no de la acumulación con muchas de las características observadas en el capítulo primero, con lo cual se brinde acceso no solo a los beneficios del conocimiento sino al conocimiento en sí para la población global.

Es oportuno indicar, también, que la posición oficial de los Estados para cooptar a los pueblos indígenas como sus miembros bajo el argumento de que son ocupantes de “su territorialidad y recursos” les ha permitido declararse y ser tomados entre sí mismos como sus representantes internacionales, lo cual ha derivado en el reemplazo de los pueblos indígenas como voz de diálogo y decisores principales en temas de conocimiento indígena por los gobiernos, quienes mantienen como forma de relación e interés a los ingresos económicos, de tal forma que no solo se ha dado continuidad sino intensificación al comercio lucrativo de conocimientos y seres vivos.

Finalmente, no podíamos dejar de mencionar una modalidad distinta de los anteriores ejemplos de apropiación de conocimientos como el caso de las bases de datos institucionalizadas, ya sean de acceso libre o pagado. Entre éstas, por ejemplo, tenemos al caso del Centro de Conocimiento Autóctono para la Agricultura y el Desarrollo Rural (CIKARD) que funciona en la Universidad Estatal de Iowa en los Estados Unidos³¹⁰, el cual ha sido creado con el propósito de entender, registrar, preservar y usar el conocimiento indígena de agricultores y pueblos rurales de todo el mundo, y también para poner este conocimiento a disposición de los profesionales y científicos que se ocupan del desarrollo³¹¹ que, como hemos visto, en países como Estados Unidos, se encuentra en manos del sector privado. Así mismo, el Centro de Redes de Investigación y Asesoramiento Internacional con base en Holanda (CIRAN) es una red compuesta por cuatro centros mundiales, dos centros regionales y 18 centros nacionales que funcionan en países del Sur, que, al publicar sus investigaciones sobre conocimiento autóctono, hacen posible que las empresas aprovechen con fines comerciales las contribuciones

³¹⁰ Iowa State University, Center for Indigenous Knowledge for Agriculture and Rural Development <<http://www.ciesin.org/IC/cikard/CIKARD.html>>. Consulta: 15 de octubre, 2014.

³¹¹ Warren D. M., “Indigenous knowledge and development”, en Seminar series on sociology and natural resource management (Washington D. C.: Departamento de Agricultura del Banco Mundial, 1990) 1.

intelectuales de pueblos indígenas³¹², todo esto sin necesidad de que los intereses económico-comerciales pasen por un vínculo directo de consulta y diálogo con las comunidades, ni que se establezcan medidas de sostenibilidad y compensación para que un conocimiento público de enfoque cooperativo, sus derivados y el material asociado a su aplicación lleguen a ser objetos del comercio globalmente privado donde el acceso al resultado del conocimiento y aplicación se da en virtud de la capacidad individual de pago.

Este último ejemplo ilustra el hecho de que no necesariamente el extractor de conocimiento es el comerciante final del producto o servicio, sino que muchas veces se trata de intermediarios que actuando de buena o mala fe terminan por consolidar un sistema donde no hay transferencia de conocimiento posible sin darle valoración monetaria, lo cual altera el sentido tradicional de uso de conocimientos en el caso de gran parte de los pueblos indígenas de la Abya Yala.

Si deseáramos continuar, podríamos mencionar muchos otros ejemplos de distintos tipos y niveles de apropiación de los conocimientos y prácticas indígenas, como el caso del Epibatidine, sustancia que en 1995 fue patentada por John Daly en Estados Unidos bajo la numeración 5.462.956. Consiste en un químico que segrega la piel de una rana venenosa que habita en los Andes de Ecuador y que ha sido ancestralmente utilizado por los indígenas para cazar³¹³ debido a sus propiedades fuertemente adormecedoras e insensibilizantes (analgésicas). Los laboratorios Abbot se valieron de estos conocimientos para colocar el compuesto comercialmente en el mercado bajo la denominación "ABT-594", describiéndolo como un

³¹² Posey, "Más allá de la propiedad intelectual: Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales", 32.

³¹³ Acción Ecológica, "Rana analgésica", en Denuncia a Biopiratas (Ciudad de México: Editora El Sol S.A., 2000) 6.

analgésico 200 veces más poderoso que la morfina³¹⁴. Este caso es otro ejemplo de biopiratería ya que el material genético consistente en 750 ejemplares de esta especie endémica de rana fue extraído del Ecuador sin su autorización y sin haber realizado un proceso de repartición de beneficios comerciales de los productos derivados de los recursos genéticos con el Estado del cual proceden, por lo que el Ecuador alega existen causales de nulidad de la patente además de no haber mencionado en la descripción del “invento” (patente) el origen de las inquietudes científicas, las cuales corresponden al conocimiento tradicional de varias comunidades indígenas³¹⁵.

El cupuaçu (*Theobroma grandiflorum*), es otro caso que se puede mencionar. Se refiere a una fruta que no cumple el requisito de patentabilidad como alimento por falta de novedad pues ha sido utilizada por indígenas de la Amazonía e incluso animales selváticos³¹⁶ desde hace mucho tiempo. Sin embargo, fue patentada inicialmente en Japón y posteriormente en Europa y Estados Unidos en favor de la empresa Asahi Foods³¹⁷ y que coloca como “inventor” a Nagasawa Makoto³¹⁸. Así también, está el caso del pueblo guajajara de Brasil que usa una planta llamada *Pilocarpus jaborandi* para tratar el glaucoma y, aunque Brasil como país está ganando 25 millones de dólares anuales por la exportación de esa planta, los guajajara han estado sometidos a la condición de peones y esclavos en manos de agentes de la firma que interviene en

³¹⁴ *Ibíd.*

³¹⁵ Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, Biopiratería, <<http://www.propiedadintelectual.gob.ec/biopirateria/>>. Consulta: 07 de septiembre, 2014.

³¹⁶ Juan C. de la Cal, “El norte robó sus semillas”, <<http://www.elmundo.es/suplementos/cronica/2006/544/1143928806.html>>. Consulta: 10 de septiembre, 2014.

³¹⁷ Carlos Alberto Rohrmann y Lyssandro Norton, “Biodiversidade e Propriedade Industrial: Um Exame Jurídico do Conhecimento Tradicional”, en Anuário Brasileiro de Direito Internacional (Brasil: Centro de Direito Internacional, 2009) 82.

³¹⁸ Juan C. de la Cal, “El norte robó sus semillas”, <<http://www.elmundo.es/suplementos/cronica/2006/544/1143928806.html>>. Consulta: 10 de septiembre, 2014.

el comercio, además de que la planta nativa se está agotando rápidamente³¹⁹. Y, el caso de la quinina, un remedio que muchos grupos indígenas generaron para contrarrestar una enfermedad introducida en el contacto con los europeos, la cual ha sido sometida a sobreexplotación sin que por ello los habitantes nativos hayan podido beneficiarse³²⁰.

Los ejemplos seleccionados reflejan que, no solo los pobladores de las economías pequeñas son víctimas de la apropiación de conocimientos, sino que los miembros de economías medianas y grandes también sufren estos efectos. Así, se ratifica que no es una necesidad aislada o irrelevante el tratamiento de las diferentes perspectivas desde las que se puede proteger el conocimiento tradicional como veremos en el siguiente capítulo.

³¹⁹ S. H. Davis, "Pathways to economic development through intellectual property rights", en la Primera Conferencia Internacional sobre los Derechos de Propiedad Intelectual y Cultural de los Pueblos Indígenas (Whakatane: Banco Mundial, 1993) 8-11.

³²⁰ Posey, "Más allá de la propiedad intelectual: Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales", 55.

CAPÍTULO TRES

Principales perspectivas para protección jurídica global de los conocimientos tradicionales

Este capítulo inicia con la presentación de algunas perspectivas de protección a los conocimientos tradicionales desde el derecho internacional general para luego entrar de lleno a analizar las principales perspectivas para proteger conocimientos tradicionales que los Estados están negociando con el objetivo de suscribir instrumentos jurídicos de efecto global.

Resulta importante destacar que este análisis crítico no habría sido posible sin los aportes brindados por los capítulos antecesores, con los cuales se llega a examinar los niveles de protección que las propuestas pretenden. Esto con la intención de que se generen, a su vez, perspectivas críticas en forma de observaciones sobre las perspectivas internacionales que el régimen de propiedad intelectual ofrece en el comercio internacional. De esta manera, pueden entregarse aportes preventivos con enfoque socio-jurídico para que sean posiblemente aprovechados por defensores y actores relacionados a los conocimientos tradicionales en la gestión de nuevas propuestas o defensa ante las presentes. Así también, se podrían evitar lesiones futuras desde el ámbito internacional sobre los conocimientos tradicionales, los sistemas de conocimiento tradicional o sobre quienes mantienen y desarrollan estos conocimientos si las propuestas llegaran a ser suscritas.

Cabe indicar en relación a lo anterior que las propuestas examinadas han sido seleccionadas porque cumplen con los siguientes criterios³²¹:

³²¹ Es preciso prevenir al lector que la propuesta examinada de la OMPI, la cual cumple con los criterios de selección antes mencionados, es un documento de trabajo en proceso que lo torna, como se indica claramente, en una propuesta de ámbito internacional que los Estados se encuentran tratando. Por lo tanto, no es una versión final que sobre dicho tema exista. Sin embargo, marca una senda o camino de las principales perspectivas en las que el mundo podría proteger conocimientos tradicionales y permite ver las ideas y enfoques que existen y podrían

- Tener la pretensión de convertirse en instrumentos jurídicamente vinculantes de efectos globales;
- Versar específicamente sobre el tema de conocimientos tradicionales o aspectos vinculados a ellos que afectan las perspectivas y posibilidades para su protección;
- Contener varias perspectivas y propuestas que podrían considerarse claves o base para la consolidación de un instrumento jurídico internacional sobre la materia de conocimientos tradicionales;
- Haber sido presentadas oficialmente ante organismos internacionales en cuyo seno se pueda convertir una propuesta en un instrumento internacional vinculante a nivel global;
- Contar con la participación en su elaboración de múltiples Estados en el mundo y que, por lo menos tres Estados que sean potencia comercial planetaria, promuevan el desarrollo de la propuesta para encaminarla a ser suscrita;
- Ser recopilaciones de distintas posturas antecesoras sobre perspectivas para la protección de conocimientos tradicionales; o,
- Ser propuestas con un alto grado de probabilidades de convertirse en un instrumento internacional vinculante de efectos globales sobre los conocimientos tradicionales.

Por otra parte, antes de empezar con la lectura de este capítulo, se le recomienda al lector revisar el Anexo 1, ya que dicho documento puede ampliar las posibilidades de comprensión del presente capítulo ya que en él se ha realizado un abordaje de las posibilidades de protección de los conocimientos tradicionales desde dentro del mismo régimen internacional de propiedad intelectual. Dicho régimen resulta, como allí se puede observar, insuficiente para proteger a los conocimientos tradicionales y, en tal virtud, es posible reconocer la necesidad de nuevos instrumentos jurídicos internacionales con también nuevos enfoques sobre conocimientos tradicionales.

introducirse en normativa internacional respecto al tema. También es preciso mencionar que, por fines didácticos, en algunas ocasiones se toma dentro de una misma opción la o las alternativas que mayor coherencia ofrecen al texto en su conjunto. El documento original puede ser encontrado fácilmente con la siguiente denominación WIPO/GRTKF/IC/28/5 en los archivos de la OMPI.

3.1. Perspectivas de protección a los conocimientos tradicionales desde el derecho internacional general

Debido a las circunstancias de apropiación sobre los conocimientos tradicionales como en los casos indígenas observados, varias han sido las propuestas que se han manifestado para intentar o como se verá posteriormente aparentemente intentar proteger los conocimientos mencionados.

Esta protección, tal como se ha podido apreciar en los capítulos anteriores, no implica únicamente salvar el potencial aplicativo industrial o los beneficios y efectos inmediatos del conocimiento, sino también, proteger la existencia, continuidad, recuperación y generación de las formas organizativas y estructuras sociales de los grupos humanos que mantienen y desarrollan los conocimientos tradicionales, así como de sus correspondientes instituciones jurídicas, debido a que eso conforma parte de los elementos que posibilitan la aplicación tradicional de sus conocimientos. Con ese antecedente, a continuación se abordan algunas perspectivas con conceptos transversales en diversas áreas del derecho internacional que otorgándoseles el enfoque adecuado podrían mejorar la situación de protección para los conocimientos tradicionales, las comunidades y los intereses sociales.

3.1.1. El derecho de libre determinación

La libre determinación es una doctrina del derecho internacional que puede considerarse un derecho humano colectivo, con el que se puede respaldar la posición de que los pueblos indígenas, entre otros, ejerzan el gobierno de sí mismos, promulguen sus leyes, controlen el acceso al hábitat y recursos que ocupan y sean parte activa de tratados internacionales vinculantes legalmente³²². Esta posición tiene sustento en artículos como el primero del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) del cual forman parte

³²² Posey, “Más allá de la propiedad intelectual: Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales”, 57.

162 Estados en el mundo³²³ y el artículo primero del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) al que se encuentran obligados 168 Estados partes hasta la actualidad³²⁴. En dichas disposiciones, se indica que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación en virtud del cual establecen libremente su condición política, desarrollo económico, social y cultural.

3.1.2. El derecho al desarrollo

Esta facultad sustenta la posición de que todos los pueblos, entre ellos los pueblos indígenas tienen derecho a buscar el desarrollo en las condiciones que les convengan³²⁵ y, por lo tanto, a utilizar su conocimiento o transferirlo bajo sus condiciones. Esto coloca en entredicho la posición de que los Estados o propiamente los gobiernos tengan poder para imponer el modelo de desarrollo que implementan y la forma en que los conocimientos de pueblos indígenas han de utilizarse o transferirse.

Este derecho se encuentra estrechamente relacionado con el de libre determinación haciendo parte también de los primeros artículos del PIDESC y PIDCP y coincide con lo expuesto en el artículo 23 del Convenio 169 de la OIT dedicado específicamente a los Pueblos Indígenas. En el mencionado Convenio, se reconoce su derecho para determinar sus prioridades y estrategias para ejercer el derecho al desarrollo, y especialmente el derecho a administrar bajo sus propias instituciones los programas económicos, sociales o de salud que los involucran, que, tal como se ha podido apreciar, guardan un innegable vínculo con el nivel en que pueden ser ejercidos sus conocimientos, y para lo cual evidentemente necesitan continuar sus relaciones

³²³ ONU, Treaty Collection, Situación de ratificación
<https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en>. Consulta: 15 de septiembre, 2014.

³²⁴ ONU, Treaty Collection, Situación de ratificación
<https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en>. Consulta: 15 de septiembre, 2014.

³²⁵ *Ibíd.* 59.

ancestrales con los habitas en los que se encuentran. Es por ello que el artículo 15 numeral 1 del mismo Convenio de la OIT afirma que dichos pueblos tienen derecho a una salvaguarda especial en lo que se refiere a los recursos naturales que se encuentran en sus tierras y que implica el uso, administración y conservación de estos recursos.

3.1.3 El consentimiento fundamentado previo

Como se pudo observar en el análisis de los principales instrumentos jurídicos internacionales de incidencia directa sobre aspectos de propiedad intelectual realizado en el capítulo segundo, el Convenio sobre Diversidad Biológica prevé la existencia de consentimiento fundamentado previo en el numeral 5 de su artículo 15, donde se establece que este es un derecho de la Parte que proporciona los recursos, salvo que ella mismo decida otra cosa. El problema con esta disposición se encuentra en que son los Estados, generalmente a través de sus gobiernos nacionales, los que, según el Convenio, son la Parte Contratante. Por lo tanto, son los que se asumen como proveedores de los recursos y los legitimados internacionalmente para autorizar el acceso a los mismos. Esto ha producido como efecto que, en muchas ocasiones, la(s) comunidad(es) no tengan voz y mucho menos capacidad de decisión sobre este acceso, violentando en el proceso su derecho a la libre determinación y desarrollo, oculto o justificado en un mal entendido y autoritario consentimiento informado previo.

En la Guía para el Convenio sobre la Diversidad Biológica de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (IUCN, en inglés)³²⁶, el consentimiento fundamentado previo es conceptualizado como:

1. El consentimiento de la Parte Contratante que proporciona el recurso genético;
2. Que está basado en la información que da el usuario potencial del recurso genético; y,

³²⁶ Lyle Glowka, F. Burhenne-Guilmin, H. Synge, J.A. McNeely, L. Gundling, “A Guide to the Convention on Biological Diversity”, Environmental Policy and Law Paper N° 30 (Gland-Suiza: Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, 1994) 80-81.

3. El cual es otorgado antes de que se dé el consentimiento al acceso.

Sin embargo, como se mencionó antes, la tradicional forma en que ha venido aplicándose este derecho se caracteriza porque muchas legislaciones nacionales o instrumentos internacionales no establecen como requisito obligatorio al consentimiento libre e informado previo de la(s) comunidad(es). Ello involucraría un proceso de diálogo que acuerde condiciones de ingreso, uso y control de consecuencias justas para las comunidades y sus miembros, también para quienes acceden directa o conexamente a los recursos y para la humanidad y los ecosistemas (la naturaleza). Ante este escenario, por lo menos, debería convertirse en práctica consuetudinaria internacional lo sugerido en esta Guía para el CDB respecto al acceso a recursos, al afirmar que la autoridad debería exigir a cualquier usuario potencial de recursos genéticos, ya sean otros Estados, empresas, colectivos, etc. que indique las consecuencias del acceso y explique entre otras cosas, cómo y por quién serán usados los recursos genéticos posteriormente³²⁷.

Esta exigencia resultaría fructífera si la información se convierte en compromisorio y vinculante nacional e internacionalmente para procesos de justicia penal, civil, administrativa, etc. donde también se incluya al sistema de propiedad intelectual para poder revertir derechos intelectuales que no cumplan su función social en caso de que fuera una de las condiciones bajo las cuales se autorizó el acceso al recurso, llegando incluso a establecerse en ellos la necesidad de intervención de la justicia indígena cuando se encuentren relacionados a estos aspectos.

3.1.4. El derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad previsto en el artículo 17 del PIDCP se refiere a que ninguna persona será sometida a injerencias arbitrarias o ilícitas en su vida privada, familiar, su hogar o su correspondencia, ni a ataques ilícitos a su honor y su reputación y, por lo tanto, a que toda

³²⁷ *Ibíd.*

persona sea protegida por la ley contra esas injerencias y ataques. Para la aplicación de las disposiciones que establecen este derecho al caso de las comunidades indígenas, se debe considerar que éstas poseen un concepto de familia ampliada como se observó en el capítulo 1. Ello implica abstenerse de la intervención no consentida en las prácticas familiares y a no divulgar la información familiar especialmente si esta no declara su fuente, la cual podría haber sido entregada como resultado de una relación de confianza, en donde su acceso estaría viciado por engaño, dolo, abuso de confianza, etc. para acceder al conocimiento sin un proceso informado adecuado.

Posey afirma que este derecho es una protección contra la intrusión y la atención pública no deseada, el cual está reconocido como un derecho humano fundamental en el derecho internacional³²⁸, y que especialmente garantiza que la información de una persona, familia o comunidad sea manejada con criterios de responsabilidad. De esta manera, las investigaciones de conocimientos, para no violentar este derecho, deben revelar totalmente qué buscan, cómo utilizarán la información que recopilan y quién la usará, pues, de lo contrario, podría interpretarse como una violación a la intimidad³²⁹.

3.1.5. *Los derechos inalienables*

Los derechos de los indígenas a la tierra tienen su fundamento en el hecho de ser los primeros ocupantes de una región, normalmente incluso antes de formarse el Estado. En este sentido, los pueblos indígenas tienen un derecho al “dominio eminente” que los Estados entienden como inalienabilidad y que generalmente consideran exclusivamente suyo, pero que,

³²⁸ Posey, “Más allá de la propiedad intelectual: Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales”, 47 - 48.

³²⁹ *Ibíd.*

en definitiva, es un derecho colectivo a la tierra³³⁰. Este derecho, en las sociedades tradicionales, se encuentra estrechamente vinculado con otros derechos inalienables como el derecho a los recursos de subsistencia, por ejemplo, los árboles, las especies agrícolas y las plantas medicinales que las comunidades ampliamente entienden como de uso y aprovechamiento no exclusivo³³¹. También se consideran inalienables porque no pueden transferirse, ni como donación ni por una transacción comercial³³², donde otras personas no pueden llevarse los recursos o dañarlos³³³, sino usarlos hasta satisfacer la necesidad inmediata, forma de interactuar con el hábitat que es muy frecuente entre los indígenas y que deriva en un especial vínculo con su conocimiento. Si el material que soporta el conocimiento aplicado es de acceso libre y público, el conocimiento tiende también a ser público y de transmisión popular para el beneficio general cuya sostenibilidad se encuentra sustentada en el uso de subsistencia y no en el actuar acumulativo industrial de pre-necesidad.

El derecho inalienable sobre los recursos es, por tanto, una postura potencial para hacer que la humanidad reconsidere y dialogue con las comunidades indígenas, no solo sobre el acceso y uso de recursos materiales, sino también del potencial inmaterial, lo cual, llevado de una manera adecuada, podría conducir a procesos realmente cooperativos entre sociedades distintas pero mutuamente solidarias.

³³⁰ A. Gray, "Territorial defence as the basis for indigenous self-development - Indigenous Affairs 4, (1994) 2-3, en Más allá de la propiedad intelectual: Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales, Posey, 58.

³³¹ Okoth-Ogendo, "Some issues of theory in the study of tenure relations in African agriculture" (África, 1989) 11, en Más allá de la propiedad intelectual: Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales, Posey, 58.

³³² Posey, "Más allá de la propiedad intelectual: Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales" 58.

³³³ *Ibíd.* 64.

3.2. Proyecto de decisión sobre la potenciación del apoyo mutuo entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB)

Este proyecto se presentó en abril de 2011 mediante una comunicación oficial por parte de Brasil, China, Colombia, Ecuador, India, Indonesia, Perú, Tailandia, el Grupo ACP (Grupo de Estados de África, el Caribe y el Pacífico) y el Grupo Africano ante la Organización Mundial del Comercio (OMC) como una forma de vincular los aspectos de propiedad intelectual con los aspectos de diversidad biológica desde el enfoque del comercio global. La propuesta declara como principal intención el buscar un mecanismo que permita cumplir con lo dispuesto en el artículo 1 del CDB donde se indica el derecho de los Estados miembros a participar justa y equitativamente en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, utilización que se entiende proviene de su uso en los aspectos de comercio a gran escala. Sin embargo, la propuesta también involucra a los conocimientos tradicionales asociados a dichos recursos genéticos y, por tanto, a las comunidades de las cuales ese conocimiento se origina.

Este mecanismo, según los Estados proponentes, podría encontrarse en potenciar la disposición de divulgación de la información que consta en el ADPIC³³⁴. De esta forma, lo que se propone es que las Partes se comprometan a exigir a los solicitantes de patentes que divulguen el país del que provienen los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales relacionados con ellos³³⁵ para evitar la apropiación en especial vía patente de recursos y conocimientos. De esta forma, a las solicitudes de patente, si no se les puede detectar en la fase de patentabilidad

³³⁴ Art. 29 del ADPIC

³³⁵ Párrafo segundo del Proyecto de decisión sobre la potenciación del apoyo mutuo entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica respecto al Art. 29 del ADPIC, Comunicación presentada por el Brasil, China, Colombia, el Ecuador, la India, Indonesia, el Perú, Tailandia, el Grupo ACP y el Grupo Africano, TN/C/W/59 (OMC: Comité de Negociaciones Comerciales, 2011).

una intención de apropiación ilegítima, posiblemente se las pueda anular o dejar sin efecto con menos dificultades posteriormente.

Además, la propuesta pensada en el artículo 29 del ADPIC involucra aspectos de consentimiento fundamentado previo de manera que surta efecto en la repartición de beneficios bajo criterios que las Partes entiendan como justos y equitativos al permitir el acceso y uso de recursos. Para ello, se recurre a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 17 del Protocolo de Nagoya, que prevé la existencia de un certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente para probar que se ha accedido al recurso conforme al consentimiento fundamentado previo y que se han convenido condiciones mutuamente acordadas bajo la legislación de la Parte que otorga el consentimiento informado previo. Además, donde este certificado no fuera aplicable, según la propuesta, el solicitante debería proporcionar información respecto a este consentimiento y la participación justa y equitativa en los beneficios de acuerdo a la legislación del país que aporta los recursos o los conocimientos asociados.

Dentro de esta perspectiva, también se menciona que, de no satisfacerse estas obligaciones divulgativas, el trámite de patente estará impedido de continuar³³⁶ y la patente por lo tanto no llegará a ser concedida. Adicionalmente, la propuesta añadiría al ADPIC que los Miembros (entiéndase Estados de la OMC suscriptores del ADPIC) impondrán sanciones cuando el recurso o conocimiento no provenga del consentimiento fundamentado previo en el que conste una repartición justa de beneficios, pudiendo incluir estas sanciones multas, indemnizaciones e incluso sanciones penales y la revocación de la patente concedida³³⁷.

Ahora bien, hay que recordar que el CDB entiende por Partes únicamente a los Estados Contratantes y no a las comunidades indígenas aunque existe la posibilidad de que la legislación

³³⁶ *Ibíd.* Párrafo cuarto.

³³⁷ *Ibíd.* Párrafo quinto.

interna de cada Parte pueda variar este reconocimiento. Sin embargo, el criterio globalmente común es que los Estados son los propietarios de los recursos genéticos y las comunidades lo son de sus conocimientos. En tal virtud, la propuesta parece indicar que los Estados serían quienes, por lo general, otorguen el consentimiento fundamentado previo en especial sobre el recurso, haciendo del consentimiento sobre el conocimiento algo accesorio, de tal forma que, de estar en oposición los intereses gubernamentales con los comunitarios, poco podrían hacer legalmente las comunidades indígenas para oponerse a la extracción de recursos en los hábitats que ocupan o cuyos efectos podrían afectarles.

Por lo tanto, esta propuesta resulta insuficiente y requiere se contemple al consentimiento informado previo como un requisito indispensable donde debe colocarse en igualdad de validez al consentimiento estatal con el comunitario no solo del grupo indígena directamente afectado sino también aquellos sobre los que exista duda de afectación ecosistémica por el uso del recurso que de ser industrial es generalmente explotativo.

Además, es necesario que ambos consentimientos sean requeridos obligatoriamente para cualquier operación comercial con posibilidad de ser revisados y revertidos especialmente en situación de emergencia o duda de daño irreversible inminente por quienes los otorgaron. Ello implica que, cuando no exista o no se tenga información de que exista conocimiento asociado al recurso, de igual forma las comunidades puedan ejercer este derecho sobre los recursos que inciden en su hábitat.

De lo contrario, podría repetirse la experiencia ecuatoriana, donde la Constitución de este país establece, en el artículo 57 # 7, la garantía de que las comunidades y pueblos indígenas sean consultados previa, libre e informadamente sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que

puedan afectarles ambiental o culturalmente, y también a participar en los beneficios que esos proyectos reporten y a recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. Sin embargo, aunque es obligatorio realizar el proceso de consentimiento de forma oportuna, esta Constitución no hace de la decisión sobre consentir o no algo de acatamiento obligatorio. Además, remite la regulación del procedimiento a la ley ordinaria sin aclarar la facultad que al respecto pueden tener las autoridades indígenas en su jurisdicción territorial, pues podría entenderse como un problema interno³³⁸ aunque sus efectos sean externalizables, tal como sucede en las decisiones que los Estados, haciendo uso de su libre determinación, manifiestan ejecutar.

La experiencia ecuatoriana de consentimiento ya se ha puesto a prueba como se vio en algunos ejemplos del capítulo 1 y no ha sido suficiente frente a los intereses de explotación de recursos naturales como los minerales y petroleros. Así, esta experiencia ratifica la necesidad de que este consentimiento comunitario, y no solo estatal, sea obligatorio en las actividades comerciales, y que, de consentir el uno pero no el otro, no pueda entenderse como consentimiento otorgado ni siquiera parcialmente sino como consentimiento no brindado.

Ante esta situación, toda actividad incluida las de influencia y negociación además de las ilícitas como las de intimidación deberían cesar por el periodo de tiempo que sea necesario y fijado por las autoridades judiciales competentes, ya sean ordinarias aunque preferentemente deberían ser las comunitarias e indígenas en los casos donde se hallaren involucrados.

Además, es necesario que se defiendan tanto al Estado como a las comunidades en su decisión de consentimiento tanto mediante órganos judiciales internos e internacionales como a través del respaldo de las fuerzas de seguridad, las cuales, en sus actividades, deben preferir la defensa y el respeto de la parte más débil que, por lo general, son las comunidades,

³³⁸ Art. 171 de la Constitución de la República del Ecuador.

principalmente en caso de encontrarse enfrentadas al Estado o fuerzas externas, donde muchas veces la desobediencia a las autoridades, conocida también como derecho objeción de conciencia, resulta suficiente para evitar la violación de derechos entre los involucrados.

Esta propuesta, aunque resulta un avance ante aspectos de apropiación ilegítima, sigue con la tendencia a no reconocer el derecho indígena tanto como un elemento preventivo de violaciones a sus conocimientos como un elemento de gestión y sanción de los abusos que se cometan sobre los mismos y sobre los recursos a ellos asociados.

Una posible limitación para proteger los conocimientos tradicionales en esta propuesta es el enfoque del organismo y los miembros ante el cual fue formulada, ya que se trata de una institución internacional con el propósito de incentivar actividades comerciales antes que una con el enfoque y deber de protección de derechos humanos, indígenas o de la naturaleza con efectos sobre conocimientos y aspectos asociados.

La OMC fue creada con el propósito de facilitar y aumentar el comercio internacional y parecería poco probable que fuera contra su propia naturaleza para ampliar los requisitos de patentabilidad a nivel global con por ejemplo las obligaciones divulgativas. No obstante, aunque la propuesta pueda implicar una reducción de patentes y del comercio relacionado a ellas, se podría probar que este aspecto estaría compensado mediante el comercio de recursos genéticos que la propuesta posibilita. Allí, en realidad, lo que terminará por pesar es la influencia de sostenimiento del sistema tradicional de propiedad intelectual conveniente para países con pocos recursos genéticos como Estados Unidos, Europa o Japón frente a Estados con abundantes recursos genéticos por comercializar como Brasil y China e incluso Ecuador u otros que, a pesar de tener territorios pequeños, poseen récords de diversidad biológica. Por lo tanto, no es una propuesta opuesta al sistema de comercio mundial, sino solamente un mecanismo para nuevos

grupos empresariales en países no tradicionales en aspectos comerciales, donde las comunidades especialmente indígenas y las formas en que han sido gestionados y protegidos tradicionalmente sus conocimientos no encuentran respaldo real.

3.3. Propuesta de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) para “La protección de los conocimientos tradicionales”

La Asamblea General de la OMPI, en el 2013, decidió que el Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (CIG) sea quien conduzca las negociaciones encaminadas a la generación de un acuerdo sobre uno o varios instrumentos jurídicos internacionales que aseguren la protección efectiva de los Recursos Genéticos y Conocimientos Tradicionales³³⁹. Bajo esa directriz, el CIG, hasta el 28 de marzo de 2014 para la vigésima séptima sesión que mantuvo, dio a conocer la propuesta que trataremos a continuación. Sin embargo, antes de ello, es necesario mencionar que incluimos dentro del proceso de revisión de la propuesta al prólogo, pues, aunque pueda llegar a no ser vinculante si las partes así no lo declaran y convienen dejándolo como declarativo, puede mantener un valor interpretativo en la búsqueda de canales de justicia.

En el preámbulo, se declaran las motivaciones y objetivos del instrumento internacional y los conceptos que en él se utilizarán con sus correspondientes definiciones, destacándose de esto que los Estados miembros del acuerdo reconocerían el valor social, espiritual, intelectual, científico, ecológico, tecnológico, educativo, cultural y, por supuesto, económico y comercial de los conocimientos tradicionales. Además, los Estados admiten que los sistemas de conocimientos tradicionales constituyen marcos de innovación permanente y de vida intelectual, con

³³⁹ Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, WIPO/GRTKF/IC/28/5 (Ginebra: 7 a 9 de julio, 2014) 1, versión electrónica.

fundamental importancia para las comunidades locales, pueblos e indígenas, y que estos conocimientos tienen un valor científico igual al de otros sistemas de conocimientos³⁴⁰.

Así también, como otro punto del preámbulo, se señala que uno de los principales propósitos del acuerdo será promover la sensibilización y el respeto hacia los sistemas de conocimientos tradicionales presentando para ello dos alternativas.

La primera declaración que se haría en el preámbulo sobre este tema indicaría que el instrumento internacional tiene como propósito promover la sensibilización y el respeto a los sistemas de conocimiento tradicionales y los valores intelectuales y espirituales de los poseedores o propietarios³⁴¹ de conocimientos tradicionales que preservan, desarrollan y mantienen esos sistemas³⁴².

En este punto, es importante recordar que muchos pueblos y comunidades, principalmente muchos grupos indígenas tal como se observó en el capítulo 1, no estructuran su organización social en torno a concepciones de propiedad respecto al hábitat que ocupan ni sobre los conocimientos que utilizan. Al contrario, se trata más bien de una especie de trabajo cooperativo y delegación motivada por una cosmovisión distinta respecto a las relaciones con el mundo lo que marca sus acciones, decisiones y modos de vida, por lo que mal podría llamárseles propietarios o incentivar un comportamiento de poseedores o propietarios de conocimiento si eso implica poner en riesgo el modo en que han venido ejerciendo sus conocimientos. Ello, por

³⁴⁰ Preámbulo: i. Reconocimiento y admisión del valor de los conocimientos tradicionales.

³⁴¹ En lugar de llamar a los gestores de conocimientos tradicionales como propietarios o beneficiarios, un término más afortunado podría encontrarse en considerarlos como conocedores tradicionales, aunque podría ser mucho más deseable entenderlos como custodios practicantes de sistemas y conocimientos alternos al globalizado. Sin embargo, seguramente será un concepto con mayor resistencia, además de que no responde a la noción común del derecho de hacer una norma perenne, ya que es un concepto que podría y debe cambiar y reajustarse a posibles nuevas circunstancias con el tiempo.

³⁴² Preámbulo: ii – primera alternativa. Sensibilización y respeto hacia los sistemas de conocimiento y valores intelectuales.

ejemplo, podría derivar en la privatización de conocimientos e interrumpir así el normal y propio desarrollo de las estructuras sociales de estos pueblos.

En el mismo párrafo de la propuesta sobre sensibilización y respeto, es importante observar que se reconoce, no solo la existencia de los conocimientos tradicionales como tales, sino que se menciona que estos existen y responden a sistemas de conocimiento. Esta es una señal importante para que el derecho y las expresiones legislativas que marcan contextos educativos y de formación humana empiecen a asumir que no existe una sola ni superior forma de conocer que deba ser promovida y protegida. Por el contrario, existen múltiples formas de gestionar el conocimiento que deben gozar de este derecho a ser conocidas y reproducidas, en especial si otros así lo desearan (terceros interesados), o por lo menos a mantenerse y ser respetadas, encontrándose entre estas los sistemas de pueblos, comunidades, indígenas, entre otros.

Lo anterior nos lleva a precisar que, si realmente se desea respetar, proteger y promover el conocimiento de estos pueblos y comunidades, es importante también conocer, respetar, permitir y fomentar el ambiente propicio para la reproducción de estos sistemas de conocimiento y de su aplicación. No obstante, como veremos durante el análisis de esta propuesta, no se expone ni trata de cumplirse con este propósito.

La propuesta continúa declarando, en su primera alternativa con relación a la sensibilización y respeto, que reconoce la contribución que han realizado los estilos de vida de los poseedores/propietarios de conocimientos tradicionales a la conservación del medio ambiente, al uso sostenible de la diversidad biológica, a la seguridad alimentaria y a la agricultura sostenible, así como al avance de la ciencia y la tecnología³⁴³. Se trata de aspectos importantes que la propuesta anota y que desmitifican la falta de contribución al mundo no solo

³⁴³ *Ibíd.*

pasado sino presente y futuro con los que aportan distintos pueblos “no científicos” en el planeta a través de sus formas de vida que se sostienen gracias a la manera en que aplican sus conocimientos. Esto implica que el ejercicio de los conocimientos debe mantenerse en las formas tradicionales para que las contribuciones antes mencionadas no desaparezcan o sean puestas en riesgo, ya que son realmente importantes para el interés social.

La segunda alternativa a este punto de sensibilización y respeto que la propuesta ofrece es la de manifestar que uno de los objetivos es promover el respeto de los sistemas de conocimientos tradicionales, así como de la dignidad, la integridad cultural y los valores espirituales de los poseedores de conocimientos tradicionales que preservan y mantienen esos sistemas³⁴⁴. Esta alternativa, de ser acogida, eliminaría toda la riqueza descriptiva del conocimiento tradicional que la primera alternativa sí menciona y dejaría por fuera a los valores intelectuales de estos pueblos.

Con relación a lo anterior, en el preámbulo, los Estados manifestarían también que, entre las formas de conservación y preservación de los conocimientos tradicionales, está la protección y el mantenimiento de los sistemas de conocimientos tradicionales y el incentivar a los custodios de dichos sistemas para que mantengan y salvaguarden sus sistemas de conocimientos³⁴⁵. Además, los Estados reconocerían el valor de un dominio público dinámico y del conjunto de conocimientos que están disponibles para que lo usen todos, a los cuales les anunciarían como esenciales para la creatividad y la innovación, por lo que expresarían la necesidad de proteger, preservar y fomentar el dominio público³⁴⁶.

³⁴⁴ Preámbulo: ii – segunda alternativa. Sensibilización y respeto hacia los sistemas de conocimiento.

³⁴⁵ Preámbulo: iii – primera alternativa. Sensibilización y respeto hacia los sistemas de conocimiento y valores intelectuales.

³⁴⁶ Preámbulo: v. Dominio público.

El instrumento internacional bajo análisis, además, indicaría que existe necesidad de nuevas normas y disciplinas en relación con la provisión de medios eficaces y apropiados para la observancia de los derechos relativos a los conocimientos tradicionales donde se deben tener en cuenta las diferencias en los sistemas jurídicos nacionales³⁴⁷. Empero, no se menciona la necesidad de también considerar las diferencias entre sistemas de justicia como los indígenas con los sistemas de justicia estatal e internacional, para que se motive a establecer elementos de salvaguarda en caso de conflicto entre sistemas o normas. Se trata de una visión que tendrá impacto en el resto de la propuesta y que afecta a lo antes declarado respecto a que los custodios tengan el incentivo suficiente para salvaguardar sus sistemas de conocimiento.

Finalmente, se declara que el acuerdo no tiene la intención de limitar la creación, el uso, la transmisión, el intercambio y el desarrollo consuetudinario por los beneficiarios de conocimientos tradicionales en las comunidades y entre ellas³⁴⁸. En otras palabras, el instrumento no regularía las acciones de las comunidades respecto a sus conocimientos mientras sigan haciéndose como tradicional y consuetudinariamente se han ejercido y de conformidad con la legislación nacional³⁴⁹.

Estas expresiones, en la práctica, terminan entendiéndose como un respeto encapsulado, algo similar a no poder ser limitadas internamente en su desarrollo pero sí externamente, reproduciendo el modelo de las relaciones entre Estados quienes internamente, en teoría, pueden hacer cualquier cosa en virtud de su soberanía pero externamente son controlados. En este caso, el modelo es aún más restrictivo y regulador sobre las comunidades pues también las condiciona

³⁴⁷ Preámbulo: viii. Necesidad de nuevas normas para la observancia de los derechos relacionados a conocimientos tradicionales.

³⁴⁸ Preámbulo: ix. No limitación de las prácticas tradicionales y consuetudinarias en y entre las comunidades.

³⁴⁹ *Ibíd.*

desde el criterio estatal internacional a someterse a las legislaciones nacionales y, por lo tanto y en definitiva, a ser controladas también internamente.

Adicionalmente, a lo largo del texto de la propuesta, no se deja claro si este interés de limitar el desarrollo, no de los conocimientos, sino de los sistemas de conocimiento tradicional que son sus prácticas consuetudinarias hacia el exterior que involucran la posibilidad de expandirse afectada por la posibilidad de normativización, también tiene efecto sobre terceros interesados en acoger estos sistemas, como por ejemplo comunidades de colonos o extranjeros en formación que deseen estar en contacto con las comunidades o reproducir estas prácticas sobre conocimientos tradicionales y que pudieran ser regulados y limitados por no gozar de la figura de beneficiarios de conocimientos tradicionales.

A propósito, se debe destacar que la propuesta trabaja en torno al derecho de consentimiento. Por lo tanto, a través de los acuerdos que posibilitan obtener el consentimiento, la transferencia y aplicación del conocimiento y los sistemas de conocimiento estarían ya limitados en su aplicación externa según lo convenido por los pactantes. Se torna innecesario este aspecto declarativo a menos que se quiera influir en las interpretaciones jurídicas para restringir las posibilidades de desarrollo de los sistemas comunitarios autorizando sobre ellos en gran parte el control de los sistemas estatales. Por otra parte, no se puede dejar de indicar que, en este párrafo de la propuesta, las comunidades y pueblos con conocimientos tradicionales ya no son llamados poseedores sino beneficiarios.

Términos utilizados

La propuesta define para posibilitar la interpretación y aplicación de su contenido los siguientes términos:

3.3.1. Apropiación indebida

Al respecto expone dos alternativas. La primera de ellas indica que es apropiación indebida todo acceso o uso a los conocimientos tradicionales sin el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y la participación y, cuando proceda, sin condiciones mutuamente convenidas, con cualesquiera fines (comerciales, de investigación, académicos y de transferencia de tecnología).

En esta primera opción de definición, hay que anotar que no se menciona a las comunidades, pueblos ni naciones locales, entre los que se encuentran grupos indígenas. Así, no indica con claridad al sujeto que otorga el consentimiento fundamentado previo y deja en incertidumbre y abierta la posibilidad de que, en la interpretación y aplicación del acuerdo, este pueda ser otorgado, no solo por las comunidades, sino también por gobiernos e incluso por quienes hayan obtenido títulos de propiedad de conocimientos tradicionales (particulares que lo hayan adquirido vía proceso de consentimiento).

La segunda alternativa define a la apropiación indebida como el uso de conocimientos tradicionales protegidos de terceros cuando estos hayan sido adquiridos por el usuario al poseedor por medios indebidos o mediante abuso de confianza y que resulte contrario a la legislación nacional del país proveedor, reconociendo que la adquisición de conocimientos tradicionales por medios legítimos, por ejemplo, creación o descubrimiento independiente, lectura de libros, recepción de fuentes situadas fuera de comunidades tradicionales intactas, ingeniería inversa y divulgación involuntaria debido a que los poseedores no han tomado medidas razonables de protección no es apropiación indebida/uso indebido/uso no autorizado/ usos desleales e injustos.

Esta opción devela la intención por clasificar a los conocimientos tradicionales en protegidos y no protegidos. En otras palabras, que se podría incluso reconocer la existencia de

conocimientos tradicionales, mas no por ello ser objeto de protección ni sus conocedores tradicionales sujetos protegidos. Como veremos a lo largo del texto de la propuesta, se trata de una clasificación en virtud del cumplimiento de requisitos de enfoque comercial más que una clasificación por los beneficios sociales y comunitarios que implicaría darle una verdadera protección o una argumentación que justifique la imposibilidad de hacerlo.

Esta definición contradictoriamente deja al concepto en la ambigüedad cuando menciona medios indebidos de apropiación sin establecer cuál es la característica para ser así considerados. Sin embargo, expresa que uno de ellos es el abuso de confianza y traslada la posibilidad de definirlos, con mayor o menor amplitud, a las legislaciones nacionales. De esta forma, queda condicionado el sentir y las prácticas de las comunidades que son quienes deberían interpretar, en virtud de sus normas tradicionales, algo respecto al uso de sus conocimientos como debido o indebido. Al hacerlo, muy seguramente, muchas comunidades entenderán a la misma noción de propiedad como indebida permanentemente, pues implicaría, en casos como los vistos en el capítulo 1, el dominio sobre las wacas y la sallqa que son seres cooperantes y que poseen una vida propia de igual valor que la de la comunidad de runas según sus cosmovisiones.

Consecuentemente, los conocimientos y el material a ellos asociado no son objetos ni es posible entenderlos como propiedad en muchas de las sociedades comunitarias, algo que para las sociedades industriales si es posible ya sea en formas debidas o indebidas, y que los Estados han codificado normativamente en sus legislaciones, mismas que como aquí se puede observar en buena parte no representan a las nociones de las comunidades. Por lo tanto, no tendrían por qué imponerse como jerárquicamente superiores a pretexto de mantener un orden (forzado).

Una importante consecuencia de que un instrumento internacional de protección no defina e indique expresamente las principales formas de apropiación indebida en este caso de los

conocimientos tradicionales, es la posibilidad de interpretaciones dispares y desarmonizadas entre legislaciones, pues, cada Estado podrá entender más acciones o menos acciones como indebidas, dificultándose con eso la ejecución de medidas de protección internacionales a las que tengan derecho los beneficiarios de conocimientos, ya que, en un territorio que podría ser con el que tienen vínculo de hábitat se consideren indebidas pero en otro donde se violentan sus derechos no sean así consideradas o no estén contempladas, y viceversa.

Por ejemplo, ese podría ser el caso de una acción de transferencia encubierta como en las que podrían resultar involucradas algunas de las medidas que se verá al examinar los artículos 3.Bis1, 2, 3, 4, 5, 6 o las excepciones del artículo 6.1 al 6.7; en donde algunos Estados puedan prevenir algunas posibilidades de apropiación por estas vías y otros no. Entonces, esta falta de definición e indicación expresa internacionalmente de lo que se considera apropiación indebida deja un vacío de protección internacional y admite dispares consideraciones de lo que es protegible, denunciabile y/o sancionado como como tal en cada Estado.

Esta segunda alternativa de definición sobre apropiación indebida por otra parte, infiere que son los Estados los proveedores de conocimientos y no las comunidades, transfiriendo el criterio del CDB sobre país proveedor respecto a recursos genéticos (material tangible) y convirtiendo a los conocimientos tradicionales en patrimonio también de los Estados, que podría ser interpretado como una apropiación global no consentida. Manera de utilizar el término que como posteriormente veremos entra en contradicción con el empleo frecuente que le da la propuesta.

Para cerrar el examen de esta definición, es importante notar que parece existir mucho más interés en precisar internacionalmente cuáles son los medios legítimos de propiedad (o de apropiación) sobre los conocimientos tradicionales que los ilegítimos; y, en su última parte hace

una especie de parangón entre lo que podrían ser formas legítimas en materia de secretos empresariales y competencia desleal para tratar de igual manera a los conocimientos tradicionales, a pesar de que quienes los mantienen, administran y desarrollan son comunidades que no actúan bajo la lógica de temor de que otras empresas conozcan de sus secretos y puedan hacerles competencia comercial, sino que por el contrario, comparten con otras comunidades e individuos en necesidad y transfieren sus conocimientos cooperativa y complementariamente.

Entre los medios legítimos de esta alternativa, destaca la lectura de libros, un mecanismo que resultaría muy fácil implementar como método para evadir el concepto de apropiación indebida ya que no demanda de significativos esfuerzos para los agentes de comercio de conocimientos generar una investigación de campo y publicarla vía libros como un resultado independiente, de forma que, con posterioridad, puedan hacerla propiedad o más exactamente apropiarse del contenido de los textos que, según la definición, estarían a salvo de ser considerados medios ilegítimos.

Otro medio legítimo que se menciona es la ingeniería inversa, método que, por lo general, consiste en tomar una muestra y descomponerla para conocer a base de que materias se elaboró y los posibles procesos utilizados para la obtención del producto y sus resultados. Esto nos indica que la propuesta no pretende una protección amplia de los conocimientos tradicionales ni de sus sistemas de conocimientos sino que más bien libera los procedimientos de laboratorio (“científicos”) e industrial-empresariales para valerse de cualquier muestra (sea como producto terminado o sea como elemento en estado natural) sobre la que las comunidades puedan dar una leve pista de uso para que fácilmente puedan realizarse procesos de ingeniería inversa sobre cualquier material o sustancia recolectada que posea dichos indicios de utilidad para un grupo humano. Ello no violaría normas internacionales de propiedad intelectual ya que estaría

comprendido como mecanismo de atribución de propiedad (apropiación) legítimo a pesar de que sean otros quienes tuvieron la iniciativa de uso y el descubrimiento de utilidad.

Y, al mencionar la divulgación involuntaria como justificación para que alguien pueda adquirir la propiedad de conocimientos tradicionales, se hace evidente que la propuesta no está dispuesta a abrir procesos de adaptación para las comunidades, ya que, no solo se les incentiva a ‘secretizar’ sus conocimientos de manera inmediata para defenderlos de la apropiación entrado el instrumento internacional en vigencia, sino que también se les exige tomar medidas (jurídicas) de protección (burocrática) si no desean ser víctimas de “apropiación legítima” a través de la divulgación involuntaria. De esta forma, se presiona y conduce a las comunidades a una necesidad de someterse a las regulaciones oficiales para transformar sus conocimientos en propiedad sea que vayan o no a explotarlos comercialmente. De lo contrario, su inacción podría ser interpretada como actos de omisión, lo cual, al parecer, se castiga o sanciona con la validación de propiedad de sus conocimientos tradicionales en favor de terceros.

Lo anterior implica ir en contra de la naturaleza de muchos sistemas de conocimiento que antes se decían proteger, pues, tal como se apreció en el capítulo 1, la libre transferencia, aplicación y práctica de los conocimientos es un elemento característico entre, por ejemplo, varios grupos indígenas de la Abya Yala. Sin embargo, la propuesta atenta contra esta característica y promueve su abandono por parte de los pueblos y comunidades pues, de lo contrario, motivarían la divulgación involuntaria y quedarían así excluidas de mecanismos de protección. Así, se obliga a las comunidades a pensar ajenamente y modificar sus formas de pensamiento y vida para adaptarlas (no paulatina ni voluntariamente) a la mentalidad de las sociedades industriales.

3.3.2. *Uso indebido*

La propuesta respecto a este concepto expresa que podrá ocurrir el uso indebido cuando los conocimientos tradicionales que pertenecen a un beneficiario sean utilizados por el usuario de manera que resulte contraria a la legislación nacional; y admite que la protección o salvaguardia de los conocimientos tradicionales a nivel nacional podrá tener nuevas formas de protección de la propiedad intelectual, la protección basada en los principios de la competencia desleal o un enfoque basado en medidas o una combinación de ellas.

Aquí hay que anotar que la primera parte de este párrafo propuesto sobre el concepto de apropiación indebida es mucho más próxima a una definición que la segunda parte la cual expresa más una facultad que la aclaración de un concepto. Dejando esto de lado, lo importante es que la propuesta indica la posibilidad de uso indebido y ya no de apropiación indebida cuando se trata de un conocimiento que pertenece a un beneficiario. Se podría pensar que se está hablando de un conocimiento que registra propiedad en favor de una comunidad o de un conocimiento adjudicado a un tercero, ambigüedad debida a que los conceptos de propietario y usuario no señalan sujetos claramente delimitados y porque la noción de protección se torna sinónimo de propiedad, y no de acciones expresas sobre necesidades específicas de protección eficaz.

Esto también cambia la concepción de uso indebido, pues no parecería ser aquel uso que atente contra el interés social, sino que se refiere a aquel uso contrario a la legislación nacional que, en teoría, debería representar el interés general. No obstante, es fácil reconocer que en ello no está incluido el interés de la(s) comunidad(es) aportantes del conocimiento, las cuales tradicionalmente y como se reconoce al inicio de la propuesta representan a través del uso de sus

conocimientos el interés social no solo nacional sino global donde está incluida la protección más allá de lo solamente humano.

3.3.3. *Dominio público*³⁵⁰

La propuesta define el dominio público como los materiales intangibles que, por su naturaleza, no están o no podrán estar protegidos por derechos de propiedad intelectual establecidos o formas de protección conexas por la legislación del país en el que se lleve a cabo el uso de dicho material³⁵¹. También indica que este podría ser el caso, cuando la materia en cuestión no cumpla el requisito previo para la protección de la propiedad intelectual a nivel nacional o, según sea el caso, cuando haya expirado el plazo de cualquier protección previa³⁵².

Ante esta propuesta, es importante distinguir que una cosa es que existan conocimientos en dominio público, entre ellos muchos conocimientos tradicionales, y otra distinta es que, por estarlo, no puedan ser objeto de protección. Allí especialmente es donde se encuentra un enfoque que se distancia de la propiedad y la función lucrativa que se le ha atribuido a los conocimientos, de manera que un conocimiento no está protegido porque sea propiedad sino que está protegido cuando continua siendo capaz de cumplir con la función para la cual fue ideado, acercándonos más al uso y modo de utilización de los conocimientos y con ello a sus consecuencias que a la rentabilidad del mismo. De esta forma, los conocimientos tradicionales en dominio público podrían continuar cumpliendo una función social y comunitaria, lo cual hace de los mecanismos para mantener su vigencia y aplicabilidad verdaderos protectores de estos conocimientos y de

³⁵⁰En propiedad intelectual, el dominio público del conocimiento se refiere a aquello que no está protegido por propiedad intelectual; sin embargo, otro criterio aplicable a este término es de aquel saber que se encuentra en conocimiento público, tal como en la propiedad de bienes donde el dominio público no es aquello que no es protegido sino aquello cuyo uso y protección está a cargo del poder público y la sociedad en general. Aspecto que denotamos ya que en virtud de dicha diferencia es que distintas perspectivas críticas son planteadas a las perspectivas propuestas.

³⁵¹ Definición de dominio público – Términos utilizados. Propuesta sobre Protección de Conocimientos Tradicionales del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, WIPO/GRTKF/IC/28/5 (Ginebra: 7 a 9 de julio, 2014) 1, versión electrónica.

³⁵²Ibíd.

quienes los mantienen. De lo contrario, perderían su función aplicativa y dejaría de tener significado su protección (mantenimiento).

Es también importante recordar las lógicas de sistemas indígenas de conocimiento distintas a las lógicas de los sistemas comerciales de conocimiento. Las lógicas del sistema indígena por ejemplo, buscan la renovación de los ciclos de vida y, por lo tanto, podría decirse que es un conocimiento cíclico y que no pretende acaparar y utilizar más que lo necesario para dar continuidad a la vida en general tal como se indicó en el capítulo 1. Las segundas, por el contrario, tienen una mirada lineal donde se considera que la acumulación y la mutación de conocimientos constituyen el avance, ya que no lo hace para renovar ciclos de vida sino para alterarlos de manera que pueda sacarles mayor provecho de explotación alterando las necesidades y convirtiéndolas en mecanismos de rentabilidad para la producción de conocimientos. Es importante recordar esta diferencia para distinguir que un conocimiento en dominio público no por el hecho de estarlo es obsoleto o imposible de proteger, pues, aunque no le sea a él aplicable el paradigma de propiedad, sí lo son otras nociones de protección y a sus derivados y especialmente a sus antecedentes donde se encuentran inmersos el hábitat del recurso en sí y los ideadores o gestores del conocimiento.

De esta forma, una cosa es que los conocimientos tradicionales se encuentren en el dominio público, y que esa sea la práctica frecuente de las comunidades, en especial las indígenas de la Abya Yala. Pero, otra cosa es que ese dominio público no tenga formas de protección que son mecanismos para impedir que sean explotados sin beneficiar a los pueblos y sociedades del mundo, tanto a los directos involucrados como a los externos (requerentes-necesitados del conocimiento).

3.3.4. Conocimiento disponible públicamente

Para la propuesta, se debe entender por disponible públicamente a los conocimientos tradicionales que han perdido su vinculación distintiva con una comunidad indígena y que como tal se han convertido en conocimientos genéricos o corrientes, a pesar de que su origen histórico pueda ser conocido para el público³⁵³.

Sobre esta definición, también se aplican las observaciones que se hicieran al término anterior.

3.3.5. Conocimientos tradicionales

La propuesta define a los conocimientos tradicionales como los conocimientos especializados, capacidades, innovaciones, prácticas, enseñanzas y aprendizajes de comunidades locales, pueblos e indígenas o un Estado o Estados³⁵⁴. Dichos conocimientos pueden estar relacionados especialmente con ámbitos como los de la agricultura, el medio ambiente, la sanidad y los conocimientos médicos indígenas y tradicionales, la biodiversidad, los estilos de vida tradicionales y los recursos naturales y genéticos, así como los conocimientos especializados tradicionales sobre arquitectura y tecnologías de edificación³⁵⁵.

Aunque es una definición que estructura un amplio objeto de protección, podría aumentar pertinentemente su campo de protección si la definición expresara que los conocimientos no son tradicionales porque su presencia esté condicionada a la repetición en el tiempo. Al contrario, lo son porque derivan de conocimientos y grupos humanos ancestrales y, que por lo tanto, la innovación que estos conocimientos pudieran tener tanto desde los descendientes de estos

³⁵³En la propuesta los conocimientos tradicionales también podrían ser mencionados como “la materia” que es la otra opción para denominarlos durante el instrumento internacional ya que dicho aspecto no está definido por el Comité.

³⁵⁴ Definición de Conocimientos Tradicionales-Términos Utilizados. Propuesta sobre Protección de Conocimientos Tradicionales del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, WIPO/GRTKF/IC/28/5 (Ginebra: 7 a 9 de julio, 2014) 1, versión electrónica.

³⁵⁵Ibíd.

pueblos en la actualidad como aquellos conocimientos “modernos” formados en base a estos conocimientos tradicionales podrían ser también identificados como conocimientos tradicionales, especialmente cuando son atribuibles a comunidad(es) pasadas o presentes.

Por otro lado, el concepto sí debería precisar los modos y justificaciones de por qué algunos conocimientos tradicionales han sido atribuidos a la administración de un Estado o Estados, estableciendo como motivaciones para ello, por ejemplo, que no haya sido posible identificar descendientes de los pueblos generadores del conocimiento o no se posea ni siquiera sospechas o dudas de quiénes podrían ser sus descendientes o que los grupos identificados no conserven en la práctica los sistemas de conocimientos de los que estos saberes provienen o que estos conocimientos no sean compatibles con sus sistemas de conocimientos actuales como para poderse los atribuir. Además, debería quedar claro que estos conocimientos tradicionales estatales tienen esta calidad porque su administración le corresponde a la sociedad en pleno de un país o países debido a que provienen del dominio público, por lo que el consentimiento de uso debería provenir del mismo dominio público.

Artículos de la propuesta

A continuación, revisaremos el contenido de la propuesta manifestada en artículos, con el propósito de determinar el alcance y la orientación del instrumento respecto a lo que entiende por protección a los conocimientos tradicionales.

3.3.6. Materia protegida³⁵⁶

La propuesta indica que la materia protegida del instrumento internacional serán los conocimientos tradicionales que:

³⁵⁶Art. 1. Materia protegida. Propuesta sobre Protección de Conocimientos Tradicionales del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, WIPO/GRTKF/IC/28/5 (Ginebra: 7 a 9 de julio, 2014) 1, versión electrónica.

- a) Han sido creados y mantenidos en un contexto colectivo por las comunidades o naciones locales y los pueblos e indígenas, estén o no ampliamente difundidos;
- b) Están vinculados directamente o asociados de forma distintiva a la identidad cultural y/o social y al patrimonio cultural de las comunidades o naciones locales y los pueblos e indígenas;
- c) Se transmiten de generación en generación, de forma consecutiva o no;
- d) Pueden pervivir en forma codificada, oral o de otra índole; y/o,
- e) Pueden ser dinámicos y evolucionar³⁵⁷.

Como se observa, esta parte del artículo propuesto indica que la materia de protección son los conocimientos tradicionales. No obstante, a pesar de que ya en la definición de términos se establece qué es lo que se debe entender por conocimientos tradicionales, en este artículo, se mencionan otras características adicionales, las cuales parecerían configurar una lista de requisitos que los conocimientos deben cumplir para ser protegidos pues de lo contrario no serían materia de protección.

Es importante destacar que la propuesta comienza a presentar la alternativa a partir de este artículo de hacer uso del término naciones locales. De ser así, existiría un reconocimiento de que los conocimientos tradicionales no provienen en muchos casos de comunes agrupaciones humanas, sino que se desprenden de verdaderas naciones cuyos rasgos son significativos en el ambiente de las relaciones internacionales, como, por ejemplo, voluntad autónoma o soberanía; territorio, jurisdicción, administración y sistemas normativos propios; población y sentido de nacionalidad de sus miembros, entre otros. Estos rasgos no las convierten en Estados autónomos pero sí demandan un trato y atribuciones diferenciadas que las que se reconocen a grupos

³⁵⁷Estos literales han sido transcritos de la propuesta original donde el uso de algunas palabras está en discusión todavía, por ello la propuesta coloca estas palabras entre corchetes indicando que alternativamente podrían utilizarse en una versión más cercana a la definitiva otros términos con significados y efectos similares; motivo por el cual hemos escogido para la transcripción y análisis de la propuesta el significado que ofrece un entendimiento didácticamente más claro y coherencia con el sentido del resto de la propuesta.

dependientes o a “simples” grupos insertos (“incluidos”) en un Estado, ya que las naciones locales e indígenas podría más bien por sus características ser tratadas bajo la figura de Estados asociados³⁵⁸³⁵⁹

o de territorios en fideicomiso³⁶⁰.

Pasando al segundo literal, llaman la atención las expresiones “vinculados directamente” o “asociados de forma distintiva”³⁶¹ de los conocimientos con las comunidades. Estas expresiones no son definidas durante la propuesta y el riesgo es que se presten a diversas formas de interpretación por los aplicadores del instrumento internacional. Esto, en lugar de mejorar el panorama de protección de los conocimientos, podría confundir o hacer manipulable su interpretación para llevar por fuera de la protección de conocimientos tradicionales una gran cantidad y calidad de conocimientos debido a que no se sabe o se cree que no cumplen con las características de vinculación directa o asociación distintiva con alguna(s) comunidad(es).

³⁵⁸ Los Estados Federados de Micronesia, las Islas Marshall y Palau son Estados Asociados a los Estados Unidos de Norte América; y su carácter de asociados se debe a que han cedido autoridad sobre asuntos de defensa ante las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos a cambio de programas de servicios y financiamiento, sin embargo, se reconoce que son Estados independientes, motivo por el cual poseen sus propios gobiernos y dirigen sus relaciones internacionales. Pacto de Libre Asociación entre Estados Unidos y los Estados Federados de Micronesia, las Islas Marshall y la República de Palau Compact of Free Association COFA Sección 141, 241 y 242.

³⁵⁹Respecto a la nota anterior es importante destacar que el concepto de Estado asociado no es del todo claro, sin embargo, se aplica a poblaciones con espacios territoriales que reúnen varias condiciones como las mencionadas en el párrafo de esta cita para considerarse una especie de Estados en formación o que no gozan de todas las condiciones para ser Estados plenos; es por ello que existen otros ejemplos como el de Puerto Rico que a diferencia de los Estados de la cita anterior no es un Estado independiente ya que se encuentra bajo la autoridad del Congreso de los Estados Unidos desde 1952, aunque de acuerdo a la Ley 600 el Congreso de los Estados Unidos autorizó a Puerto Rico a tener su propia constitución tal como la tienen el resto de Estados de ese país, de forma que poseen actividades de gobierno interno o local, donde podría entenderse más como un Estado federado que uno asociado, más sin embargo se lo denomina Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Otros ejemplos de Estados Asociados dentro de la misma Europa son Liechtenstein y Mónaco de Suiza y Francia respectivamente. Esta situación de Estados Asociados vistas en la presente y anterior nota podría aplicarse equivalentemente y en condiciones mutuamente convenientes con muchas de las naciones locales y poblaciones indígenas por la similitud de sus características con estos casos.

³⁶⁰ El régimen de administración fiduciaria fue creado para la administración y vigilancia de los territorios en virtud de acuerdos especiales y que tenía entre sus objetivos el promover el adelanto político, económico, social y educativo de los habitantes de los territorios fideicometidos, y su desarrollo hacia el gobierno propio o la independencia. Art. 75 y 76 de la Carta de las Naciones Unidas.

³⁶¹Términos en discusión de su uso en la propuesta.

En el tercer literal, se indica que otra característica es la transmisión de conocimientos de generación en generación. Sin embargo, los conocimientos tradicionales, no solo que se han transmitido de generación en generación en cada comunidad, sino entre comunidades en las que se han introducido variables de aplicación tanto de utilidad como de procesos y resultados. Muchos de los conocimientos podrían conservar su expresión original (forma y finalidad aplicativa); otros, en cambio, podrían haberse innovado o estar en proceso de innovarse y como consecuencia aún no haber sido transferidos intergeneracionalmente.

Por este motivo, tal como se expresó en el análisis de la definición de conocimientos tradicionales, resulta problemática para una efectiva protección de los conocimientos tradicionales y, en especial para los sistemas de conocimiento, catalogar a unos conocimientos como de vieja creación (transmitidos generacionalmente) y a otros como de reciente creación (aún no transmitidos). Esto da lugar a que los primeros sean protegidos y los segundos queden excluidos de la figura de conocimientos tradicionales aun cuando resulte evidente o conocida su matriz cognitiva y su propósito comunitario.

Las consecuencias de esto son especialmente significativas en los mecanismos tradicionales de innovación y desarrollo de los conocimientos de estas comunidades. Lo dicho se debe a que el articulado impide comprender como conocimientos tradicionales los que se deriven de la normal continuidad o desarrollo reciente de estos conocimientos. De este modo, las prácticas tradicionales de transferencia y aplicación de conocimientos en dominio público y de utilidad general quedan irrumpidas en virtud de que los nuevos conocimientos que han surgido o surjan no tendrán el mismo tratamiento que sus antecesores. Al contrario, dichos conocimientos muy posiblemente serán orientados a convertirse a las formas comunes de propiedad intelectual donde

pocos tengan su titularidad y derecho a gestionar, para no ser objeto de mecanismos de “propiedad debida” (apropiación debida) antes vistos.

No se puede olvidar que la propuesta declara defender el mantenimiento de los sistemas de conocimientos tradicionales. No obstante, los coloca en riesgo al momento de defender sus expresiones pasadas y dejar por fuera a sus formas de expresión presentes y posibilidades futuras, ya que, como se pudo entender en el párrafo anterior, irrumpe con el normal desarrollo de los sistemas de conocimiento tradicional.

Por otra parte, entre varios pueblos y comunidades, tal como lo reporta el capítulo 1, el conocimiento, el intelecto, las ideas, las creaciones o los descubrimientos no necesariamente son atribuibles a una persona particular. Se interpretan como manifestaciones de cooperación del mundo espiritual o de la naturaleza con las comunidades humanas. De esta manera, muchos pueblos consideran al conocimiento como un elemento público, sin importar la generación en la que se manifestaron o el sujeto particular que llevó a cabo la aplicación del mismo, ni el tiempo en que el conocimiento ha hecho su aparición.

Ya en el último literal, se menciona que estos conocimientos pueden ser dinámicos, razón por la cual no deberían ser interpretados como solo conocimientos pasados que conservan sus formas de expresión en el presente, sino también como conocimientos mutables en el presente y futuro.

3.3.7. Criterios de admisibilidad

El artículo 1, en su segunda parte, establece criterios de admisibilidad para que los conocimientos tradicionales sean protegidos³⁶², promoviendo que sean únicamente admisibles los conocimientos que:

- 1) Estén asociados de forma distintiva al patrimonio cultural de los beneficiarios;

³⁶² Los numerales no forman parte de la propuesta han sido colocados con fines didácticos.

- 2) Se creen, se mantengan, se compartan y transmitan en un contexto colectivo; y,
- 3) Sean intergeneracionales y hayan sido utilizados durante un plazo determinado por cada Estado miembro, pero no inferior a 50 años.

Ahora bien, estos criterios aumentan el número de conocimientos que quedarían sin protección de entrar en vigencia la propuesta. En efecto, con las definiciones y características, muchos de los conocimientos tradicionales dejan de ser entendidos como tales y ya no tienen un concepto que los represente quedando en una especie de incertidumbre conceptual en donde no se sabe cómo denominarlos y mucho menos qué tipo de protección es la que podrían mantener a su favor. Pero, además, estos requisitos de protección y, en especial, el de que no puedan ser considerados como conocimientos tradicionales protegidos aquellos que tengan menos de 50 años rompe con uno de los aspectos que la propuesta recoge en su definición, que es la de innovaciones, ya que ellas también están consideradas como conocimientos tradicionales, a menos que se interprete a las innovaciones como aquellas aplicadas hace no menos de 50 años y posiblemente con mayor anterioridad según el criterio de cada Estado suscriptor.

Esto podría llevar a que muchas comunidades con conocimientos innovados recientemente queden por fuera de las posibilidades de protección, especialmente si se tiene en cuenta que los Estados registran una existencia promedio de 200 años desde que fueron conformados y que es en los últimos 30 a 50 años donde ha tenido un crecimiento exponencial el número de conocimientos. Por esta razón, comunidades que hayan innovado o creado nuevos conocimientos debido al cambio de circunstancias en ese mismo periodo de tiempo estarían por fuera de los criterios de admisibilidad para que sus conocimientos sean protegidos como conocimientos tradicionales y no se tornaría ilegal la apropiación de ellos. Así, se niega la cualidad de dinámicos que antes se mencionó poseen los conocimientos tradicionales.

También, por como son compartidos y transferidos intercomunitariamente los conocimientos, es muy posible que existan comunidades que hayan empleado y utilizado el conocimiento por más de 50 años, pero otras que lo hayan acogido en los últimos 50. Esto implicaría que las comunidades que “recientemente” han adquirido este conocimiento quedarían excluidas de la protección a pesar de ser conocimientos que ya hacen parte de su forma y entorno de vida y que, además, encajan en la definición de protección, puesto que este término según la propuesta que se expone en el artículo 2 se aplica a quienes mantienen, utilizan e incluso desarrollan conocimientos tradicionales como podrían ser las de este caso. Así, se estaría ejerciendo una protección discriminatoria, en especial si se considera que puede que ambos “tipos de comunidades” hubieran sido receptoras del conocimiento de otra comunidad, que pueda o no ser la creadora del mismo, aunque en tiempos de más de 50 años y menos de 50 años, respectivamente.

Pero, el criterio de admisibilidad por años no es el único que afecta las posibilidades de protección de conocimientos, pues el ambiguo y no definido criterio de asociación distintiva también deja por fuera de la consideración de protegibles a muchos conocimientos tradicionales. Si interpretamos como definición de asociación distintiva lo expuesto por el artículo 2, las comunidades, que por lo general son las beneficiarias, deberían ser claramente identificables como quienes crearon, poseen, mantienen, utilizan y/o desarrollan los conocimientos tradicionales para poder reconocérseles la protección. Esto contradice a las características establecidas en el literal a) del mismo artículo 1 de la propuesta respecto a que estos conocimientos son materia de protección ya sea que estén o no ampliamente difundidos, característica que involucra que pudieran no tener una asociación distintiva o no fueran

plenamente identificables y atribuibles a comunidades específicas. De ser así, se dejaría por fuera de la pretendida protección a los conocimientos que no tengan beneficiario(s) específico(s).

3.3.8. Beneficiarios de la protección

La propuesta presenta dos alternativas respecto a la definición de beneficiarios. Sin embargo, estas no constan en la parte de “términos utilizados” sino bajo el segundo artículo.

En la primera opción, se indica que los beneficiarios de la protección son las comunidades y/o naciones locales y los pueblos e indígenas que crean, poseen, mantienen, utilizan y/o desarrollan los conocimientos tradicionales y que cumplen los criterios de admisibilidad³⁶³. Como segunda alternativa, se encuentra, en cambio, que los beneficiarios de la protección son las comunidades locales y pueblos e indígenas que crean, poseen, mantienen, utilizan y/o desarrollan conocimientos tradicionales definidos en el artículo 1. Además esta segunda alternativa agrega que, cuando la Constitución de un Estado miembro no reconozca las comunidades indígenas o locales, el Estado podrá actuar como beneficiario con respecto a los conocimientos tradicionales que existan dentro de su territorio.

En la primera alternativa sobre la determinación de beneficiarios, se establece que, para ser reconocidos como tales, deben cumplirse los criterios de admisibilidad antes analizados. No obstante, en la segunda alternativa, no solo se requiere para ser beneficiario cumplir con esos criterios sino con todo el primer articulado que incluye las características mencionadas. De todas formas, ambas propuestas dejan por fuera de la protección a los conocimientos de reciente innovación o creación comunitaria y exigen una asociación distintiva de las comunidades con los conocimientos que no termina de quedar claro qué se debe comprender como tal.

³⁶³ Art. 2. Beneficiarios de la protección (primera alternativa).

Ahora bien, la primera alternativa mantiene el reconocimiento de las naciones locales, mientras que la segunda, por el contrario, elimina este reconocimiento. Además, esta última incluye a los Estados como beneficiarios y no lo hace por falta de comunidades a quienes pueda atribuírseles un conocimiento sino porque identifica a la norma constitucional como un instrumento válido para negarles reconocimiento a las comunidades indígenas y locales buscando legitimar internacionalmente esta negación de derecho. Dicha negación es contraria a muchos instrumentos y compromisos nacionales e internacionales sobre derechos humanos que reconocen la libre determinación de los pueblos entre los que se incluye la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la reciente Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

Finalmente, en estas alternativas, es importante notar que se deja marcada la diferencia entre sujetos beneficiarios y sujetos propietarios, pues los primeros se entiende que son las comunidades y los Estados, pero no quienes hayan adquirido la adjudicación de conocimientos tradicionales a su favor mediante acuerdos de consentimiento sobre su uso. Por lo tanto, un beneficiario puede ser propietario pero no todo propietario puede considerarse beneficiario.

El segundo punto de artículo 2 (2.2) de la propuesta, en resumen, manifiesta que, cuando los conocimientos tradicionales no sean reivindicados por comunidades locales o pueblos e indígenas a pesar de que se hayan realizado esfuerzos razonables para identificarlos, los Estados miembros podrán designar una autoridad nacional como custodio de los beneficios/beneficiarios de la protección prevista en el acuerdo cuando los conocimientos tradicionales hayan cumplido los criterios de admisibilidad, pero, además, estos conocimientos:

- a) Estén en posesión de una comunidad cuyo territorio esté abarcado total y exclusivamente por el territorio de ese Estado miembro;

- b) No estén limitados a una comunidad local o pueblo indígena específico;
- c) No puedan atribuirse a una comunidad local o pueblo indígena específico; o,
- d) No sea reivindicada por una comunidad local o pueblo indígena específico.

En este aspecto, la propuesta elabora una mejor argumentación que en otros puntos. Sin embargo, esta posibilidad de no identificación podría llegar a ser una circunstancia frecuente debido a la amplia difusión intercomunitaria de los conocimientos, especialmente entre comunidades que comparten hábitats geográficos y son relativamente cercanas. Por lo tanto, la propuesta podría tomar en cuenta que, aunque no sea posible en muchos de los casos identificar pueblos específicos a los que les serían reivindicables los conocimientos, sí se pueden generar procesos de consentimiento consensuado de las comunidades involucradas sobre los que exista sospecha razonable de proveniencia o uso, incluso con la participación de pueblos y comunidades que soliciten la reivindicación de esos conocimientos sobre los que hayan indicios de uso, especialmente debido a que el consentimiento fundamentado previo es, en este instrumento, la base de ejercicio propuesta por la OMPI para proteger conocimientos tradicionales. Esto podría resultar significativamente útil en comunidades fronterizas para que estas no queden sin protección a pesar de que un conocimiento no sea atribuible a una comunidad específica.

No obstante, en caso de que un proceso de consentimiento consensuado por las comunidades no pudiera ser realizado o no hubiera existido consenso pleno sobre el contenido del consentimiento por parte de las comunidades, los Estados podrían tomar acciones preventivas contra el uso no consentido de esos conocimientos ya que podrían generar daños irreversibles e irreparables en las formas de vida, sistemas de conocimiento y en el mantenimiento y desarrollo

del conocimiento como tal. Ello, sin perjuicio del daño al hábitat si este conocimiento está asociado a recursos genéticos.

Por ello, previo a un custodio sobre beneficios y beneficiarios que parece referirse a los ingresos económicos y no a medidas de protección propiamente, se requeriría de un custodio que garantice el impedimento de cualquier forma de uso comercial, investigación y de transferencia de tecnología que no sean las tradicionales y no estén a cargo de los mismos concedores tradicionales. Dicha forma de custodio permitiría únicamente la utilización de estos conocimientos en casos de extrema urgencia y necesidad ampliamente social o global la cual una vez superada regrese las circunstancias a las condiciones anteriores.

3.3.9. Criterios y ámbito de protección (medidas de protección)

El artículo 3 de la propuesta abarca los 3 siguientes temas:

- 1) Los conocimientos secretos o sagrados;
- 2) Los conocimientos tradicionales sin amplia difusión; y,
- 3) Los conocimientos tradicionales disponibles públicamente.

3.3.9.1. Los conocimientos secretos o sagrados

En el primer tema, se puede intuir que los conocimientos secretos serán aquellos a los que de ninguna otra forma pueden acceder principalmente los agentes de comercio, por lo cual existirá interés en que estos sean develados. Esta divulgación podría verse motivada mediante compromisos de protección como los que veremos a continuación.

Según la propuesta, cuando los conocimientos tradicionales o los conocimientos tradicionales protegidos³⁶⁴ sean sagrados, secretos o conocidos de otra manera al interior de comunidades locales o pueblos indígenas, los Estados miembros:

³⁶⁴ El uso de la expresión: “(los) conocimientos tradicionales o (los) conocimientos tradicionales protegidos” debe entenderse como alternativas excluyentes una de otra, ya que según la propuesta se aplicarían las disposiciones o a

a) Garantizarán que los beneficiarios gocen del derecho exclusivo y colectivo a medidas jurídicas, políticas y administrativas, según proceda y de conformidad con la legislación nacional, que permitan a los beneficiarios:

- i. Crear, mantener, controlar y desarrollar dichos conocimientos tradicionales o conocimientos tradicionales protegidos;
- ii. Desalentar la divulgación, el uso u otra forma de explotación no autorizados de los conocimientos tradicionales secretos protegidos;
- iii. Autorizar o denegar el acceso y el uso de dichos conocimientos tradicionales o conocimientos tradicionales protegidos sobre la base del consentimiento fundamentado previo; y
- iv. Estar informados del acceso a sus conocimientos tradicionales por medio de un mecanismo de divulgación en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual, lo que podrá requerir la presentación de pruebas de que se han cumplido los requisitos sobre consentimiento fundamentado previo o aprobación y participación, y sobre participación en los beneficios, de conformidad con la legislación nacional y las obligaciones jurídicas contraídas en el plano internacional.

El ámbito de protección de este literal sobre los “conocimientos tradicionales protegidos sagrados o secretos” es una buena expresión de lo que, en parte, constituye un real sentido de protección. Sin embargo, esta protección está limitada únicamente para los conocimientos que cumplan con todos los requisitos de definición, características y criterios de admisibilidad antes vistos, pero que, además, sean secretos o sagrados. En tal virtud, dicha protección no representa vías y medidas de protección generales para todos los conocimientos tradicionales que, como veremos, tienen menos protecciones que las que aquí parecerían disponerse.

Por otra parte, es bueno reconocer que los Estados están en capacidad y tienen el deber de garantizar el mantenimiento y control de los conocimientos en administración de los

los conocimientos tradicionales o a los conocimientos tradicionales protegidos, pero no a ambas categorías de conocimientos.

beneficiarios. A pesar de eso, la idea de protección disminuye considerablemente cuando esta garantía no es un deber internacional con normas de protección expresas y unificadas o, por lo menos, armonizadas, sino que deja las medidas de protección en el plano nacional tanto para su diseño como para su aplicación. Por tal motivo, fuera del ámbito territorial de un Estado, poca efectividad tendrán las medidas jurídicas y administrativas con las que se encuentre protegido un beneficiario, pues, notables serán las diferencias que otras normas estatales hayan creado (en caso de haberlas) sobre conocimientos comunitarios o indígenas, ya que, a diferencia de otras ramas del derecho que provienen de una raíz común lo cual ofrece similitudes entre sistemas legales de una buena parte de Estados en el mundo, el derecho sobre comunidades e indígenas es un tema particular y abordado de forma asincrónica por cada Estado. Así, existen diferentes niveles de protección o, en ocasiones, son inexistentes los temas de comunidades con sistemas y conocimientos propios o de comunidades indígenas y elementos conexos a ellas en los sistemas legales estatales.

Frente a lo antes dicho, es importante reconocer que las comunidades se tornarían dependientes de la protección local que les brinde cada Estado, a pesar de estar hablándose de los conocimientos que según la propuesta serían los de mayor importancia y protección. Por el contrario, las empresas y los Estados cuentan con sistemas internacionales para la defensa de sus intereses³⁶⁵. Además, especialmente las empresas, son capaces de migrar fácilmente su domicilio para apelar a la ley aplicable³⁶⁶ y no ser sometidos por procesos jurídicos y administrativos de otras legislaciones en caso de que llegaran a tener una controversia sobre temas de conocimientos tradicionales, pudiendo domiciliarse en otro Estado donde muy posiblemente los

³⁶⁵ Como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), la Corte permanente de Arbitraje (CPA), la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), entre otros.

³⁶⁶ Un ejemplo de normas internacionales sobre Ley Aplicable es el Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento europeo y del Consejo sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (ROMA I) de 17 de junio de 2008.

derechos comunitarios e indígenas ni siquiera estén reconocidos o contemplados o tengan un nivel bajo de protección.

Con relación a este aspecto incluso prevenimos la existencia de un elemento del derecho internacional mercantil que podría verse implicado en la protección de conocimientos tradicionales como son los principios UNIDROIT también llamados Lex Mercatoria cuya aplicación reconocen varios Estados en el mundo como Argentina, Alemania, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, China, Estados Unidos, India, México, Nicaragua, Rusia, Venezuela, entre otros. Implicación que podría darse porque un acuerdo de consentimiento sobre condiciones de uso de conocimientos tradicionales entre concedores tradicionales (beneficiarios según la propuesta OMPI) y personas naturales o jurídicas de otros países, podría ser entendido como un contrato mercantil internacional en el que estos principios regirían si las partes no hubieran escogido el derecho aplicable o donde pueden ser utilizados para interpretar o complementar modelos legislativos nacionales e internacionales³⁶⁷; algo que claramente podría derivar en la imposición de paradigmas mercantiles y de comercio externos a las lógicas comunitarias sobre el conocimiento que han administrado tradicionalmente a pesar de que emane de una regulación que desconocían les era aplicable porque los interpreta como miembros de un país que permite la aplicación de estos principios.

Por estas razones, es importante que los Estados garanticen la aplicación de medidas de protección imperativas, expresas y de mínimo estándar (armonizadas) en ámbitos comerciales, ambientales, penales, civiles, sociales, entre otros, que posean alcance internacional para quienes violenten el uso adecuado o no consentido de los conocimientos tradicionales, esto si existe una verdadera intención de precautelar estos conocimientos y cuidar de los sujetos que los mantienen

³⁶⁷Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Organización Intergubernamental), “Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales: Propósito de los Principios”.

y desarrollan cuya consecuencia es también cuidar de los conocimientos tradicionales y los sistemas de conocimientos tradicionales.

Pero, además, al hablar de sistemas jurídicos aplicables, es importante anotar que esta parte de la propuesta no habla del papel y pertinencia de la intervención en asuntos de su administración y de interés directo de los sistemas jurídicos comunitarios como, por ejemplo, de los sistemas jurídicos indígenas. De manera, se aseguraría que las medidas garantes de protección estén en conformidad, más que con los sistemas legales nacionales (que podrían resultar una imposición frente a las lógicas comunitarias), con los sistemas de justicia propios de las localidades implicadas en virtud de reconocer en estos procesos mayor legitimidad.

Lo señalado, entonces, reafirma la necesidad de diálogo entre ámbitos internacionales, nacionales y comunitarios para nutrir los distintos sentidos de justicia que se podrían aplicar al tema en análisis. Es importante reconocer que existen variados ejemplos de los alcances sancionadores y consecuencias sociales de diversos sistemas de justicia indígena, que han desmitificado el temor de que todo sistema de justicia tradicional es bárbaro y salvaje. Distintas investigaciones al respecto han mostrado que, en muchos de estos sistemas, no se ponen en riesgo la seguridad y bienestar sociales, y que tampoco violentan derechos humanos básicos de los procesados y sancionados. Además, consiguen la sanación especialmente espiritual del infractor —conocida como rehabilitación— y la reinserción real al entorno comunitario, así como también la reparación de daños ante la colectividad³⁶⁸, la naturaleza y el mundo espiritual.

Ahora bien, de existir muchas comunidades involucradas y admitirse la pertinencia de que sea el derecho comunitario el que en principio se aplique, ya sean sistemas de justicia consuetudinarios o de otro tipo frente a violaciones de protección respecto a conocimientos

³⁶⁸Julio Cesar Trujillo, “Constitucionalismo Contemporáneo. Teoría, procesos, procedimientos, retos” (Quito: Corporación Editora Nacional, 2013) 313 – 314.

tradicionales y no solo ante casos de conocimientos secretos, hay que establecer que el mecanismo no podría funcionar si las comunidades aplican nociones incompatibles y divergentes sobre justicia. Ante ello, la intervención de la justicia ordinaria (estatal) podría ser adecuada. También, ya que nos hemos referido al diálogo entre sistemas de justicia, es el reconocimiento de validez y respaldo a su aplicación nacional e internacional —en especial cuando estas medidas no violentan derechos humanos de primer nivel—, lo que genera eficiencia y eficacia cooperativa entre sistemas jurídicos y permite un mayor sentido de justicia planetario en contra de la impunidad.

Entonces, la intervención de los sistemas de justicia estatal e internacional goza de mayor legitimidad cuando los efectos del uso inadecuado o uso no consentido de los conocimientos tradicionales generan ingentes consecuencias extracomunitarias o cuando el derecho comunitario requiere de su cooperación para la aplicación de sus decisiones.

Al respecto solo resta recordar que existen distintas materias o áreas del derecho, como las penales y administrativas, que pueden ser ejercidas principalmente por los sistemas comunitarios, pero también otras como las mercantiles y comerciales, que no les son familiares a varios sistemas comunitarios especialmente indígenas en las que los sistemas de justicia ordinarios parecerían más pertinentes; y finalmente materias como las ambientales en las que no sería impensable participaciones conjuntas de los sistemas judiciales involucrados, lo cual no implica repetición de cosa juzgada o imposición de doble sanción, ya que se habla de materias o áreas distintas que serán objeto de medidas de protección en diferentes ámbitos.

En otro tema, la propuesta de este artículo utiliza el término desalentar para referirse a la garantía de un Estado respecto a la divulgación, el uso u otra forma de utilización no autorizada de los conocimientos tradicionales secretos protegidos. Sin embargo, se debe observar que no es

lo mismo un compromiso estatal por desalentar que un deber y obligación de impedir dicho uso no autorizado.

Finalmente, en la última parte del literal a) del artículo 3.1 propuesto, se manifiesta que en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual, habrá un mecanismo de divulgación por el cual se requerirá la presentación de pruebas sobre consentimiento fundamentado previo y la repartición de beneficios. Empero, esta presentación de pruebas no se hace exigible en todo Estado, pues, se utiliza el término “podrá”. Dicho término convierte a la presentación de estas pruebas en algo opcional según el Estado y los compromisos internacionales que este mantenga. En ello hay que tomar en cuenta que muchos compromisos internacionales de los Estados comprenden acuerdos de libre comercio o tratados bilaterales de protección recíproca a las inversiones diseñados para impedir obstrucciones al comercio³⁶⁹³⁷⁰ bajo las cuales podrían ser interpretadas las nuevas exigencias y requisitos para el trámite de solicitudes de derechos de propiedad intelectual como por ejemplo la presentación de pruebas sobre el consentimiento de uso del conocimiento para la concesión de patentes.

El literal b) de la propuesta de artículo 3.1 manifiesta el siguiente contenido:

- b) Los Estados deberán garantizar o garantizarán que deberán alentar o alentarán a los usuarios a que:
 - i. Atribuyan dichos conocimientos tradicionales o atribuyan los conocimientos tradicionales protegidos a los beneficiarios;
 - ii. Proporcionen a los beneficiarios una participación justa y equitativa en los beneficios derivados del uso de dichos conocimientos tradicionales sobre la base de condiciones mutuamente convenidas. Según el texto alternativo para esta parte (ii), se plantea que el

³⁶⁹ Art. 1701 y 1714 del Capítulo XVII del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN – NAFTA).

³⁷⁰ Germán Vélez, “Biodiversidad y conocimiento tradicional: Asfixiante reino de la propiedad intelectual”, en TLC y Pueblos indígenas, Olga Lucía Pérez, editora (Bogotá: Unión Europea, CECOIN, Agencia Española de Cooperación Internacional, 2007) 174 – 175.

Estado garantice alentar la celebración de un acuerdo con los beneficiarios para establecer las condiciones de uso de los conocimientos tradicionales o los conocimientos tradicionales protegidos;

iii. Usen los conocimientos respetando las normas y las prácticas culturales de los beneficiarios así como la naturaleza inalienable, indivisible e imprescriptible de los derechos morales asociados a los conocimientos tradicionales o conocimientos tradicionales protegidos.

En esta parte de la propuesta, resulta necesario identificar la diferencia entre el término garantizar, que implica la obligación exigible de hacer o no hacer algo, y lo que significa alentar, como sinónimo de promover pero no obligar. Por este motivo, la redacción de la propuesta es criticable debido a que bien podría decirse que los Estados alentarán y no que garantizan que alentarán, ya que realiza una cuasi perífrasis verbal innecesaria o engañosa, donde no queda claro si existe una obligación de resultados de protección, una obligación de medios de protección o como parecería, un simple exhorto que no estén obligados a cumplir pero que pretende animar a los usuarios a mejorar su comportamiento en relación al uso de los conocimientos tradicionales.

Explicada la diferencia anterior, se entiende que los Estados simplemente alentarán, pero no necesariamente en todos los casos de violación a conocimientos tradicionales, a que los usuarios atribuyan dichos conocimientos a los beneficiarios, mas esta no será una obligación propiamente de los Estados ya que no están forzados a exigir dicha atribución.

Por otra parte, los Estados garantizarían que alentarán a los usuarios a proporcionar a los beneficiarios participaciones justas en los beneficios mediante condiciones convenidas o a suscribir acuerdos sobre condiciones de uso. Sin embargo, esto no significa que obligarán a los usuarios a obtener acuerdos de consentimiento de uso de los conocimientos o a llegar a convenios de condiciones. Por el contrario, simplemente significa que los Estados promoverán que este tipo de acciones sucedan, lo cual incluso puede decirse que es un compromiso cumplido

mediante campañas publicitarias o campañas empresariales que también pueden interpretarse como otra forma de alentar la suscripción de convenios sobre el uso de conocimientos tradicionales. Empero, no por ello significa que, en casos particulares de afectación a este tipo de conocimientos, los Estados estén obligados a actuar y mucho menos a lograr la atribución de conocimientos o a obtener el consentimiento y los acuerdos de distribución justa de beneficios en favor de los beneficiarios por parte de los usuarios.

Este punto de la propuesta también añade un nuevo concepto a su contenido que es la presencia del término usuarios. Bajo esta expresión, podría entenderse cualquier persona que no pertenezca al grupo de beneficiarios y que utilice los conocimientos tradicionales en cualquier actividad como universidades y ONG's. No obstante, más parece ajustarse a los empresarios y comerciantes de conocimientos y de sus derivados, por lo que sería recomendable precisar a qué se refiere puntualmente este término. Más todavía, en caso de referirse exclusivamente a quienes utilizan comercialmente a los conocimientos y no a quienes realizan un uso no comercial, valdría identificarlos más claramente como lo que son: usuarios comerciales de conocimientos tradicionales; lo cual exige que también se establezcan las obligaciones que les corresponden cumplir a los usuarios no comerciales de conocimientos tradicionales.

Finalmente, de tener el término alentar la connotación de promover y no de obligar, los Estados no tendrían la obligación de hacer cumplir la disposición de que el uso de los conocimientos se realice con respeto de las normas y prácticas culturales de los beneficiarios. Por lo tanto, la declaración manifestada en el preámbulo y los objetivos de la propuesta de proteger a los sistemas de conocimientos tradicionales como un mecanismo de protección de estos conocimientos parece irrealizable si de estas normas dependiera, pues la defensa de estos sistemas no se registra como una obligación internacional demandable o exigible sino como una

declaración de buena voluntad por promocionarlos según los criterios de cada Estado, mas no de hacerlos respetar o protegerlos eficazmente ante los usuarios.

3.3.9.2. Los conocimientos tradicionales sin amplia difusión

Dejando atrás los conocimientos tradicionales secretos protegidos, la propuesta aborda a los conocimientos tradicionales que estén disponibles públicamente pero que no hayan sido objeto de amplia difusión, disminuyendo para ellos los niveles de protección (si así pueden ser considerados) en relación con los conocimientos secretos, aunque confiriéndoles mayor “protección” que a los conocimientos tradicionales disponibles públicamente que hayan sido objeto de amplia difusión.

La propuesta de la OMPI indica, en este punto (3.2), que, cuando los conocimientos tradicionales o los conocimientos tradicionales protegidos todavía sean poseídos, mantenidos, usados y/o desarrollados por comunidades locales o pueblos indígenas y estén disponibles públicamente pero no hayan sido objeto de amplia difusión, y no sean sagrados ni secretos, los Estados miembros garantizarán que los usuarios adopten o deberán alentar a los usuarios a que adopten medidas jurídicas, políticas y administrativas, según proceda y de conformidad con la legislación nacional para garantizar que alentarán a los usuarios a que:

- a) Atribuyan a los beneficiarios la fuente y los reconozcan como fuente de los conocimientos tradicionales o los conocimientos tradicionales protegidos, salvo decisión contraria de los beneficiarios, o que los conocimientos tradicionales no puedan atribuirse a una comunidad local o pueblo indígena específico;
- b) Proporcionen a los beneficiarios una participación justa y equitativa en los beneficios o compensación justa y equitativa derivada del uso de dichos conocimientos tradicionales sobre la base de condiciones mutuamente convenidas. En el texto alternativo para este literal (b), se menciona que los Estados alienten a los usuarios a celebrar un acuerdo con los beneficiarios para establecer las condiciones de uso de los conocimientos tradicionales o de los conocimientos tradicionales protegidos;

- c) Usen los conocimientos respetando las normas y las prácticas culturales de los beneficiarios así como la naturaleza inalienable, indivisible e imprescriptible de los derechos morales asociados a los conocimientos tradicionales o los conocimientos tradicionales protegidos;
- d) Estén informados del acceso a sus conocimientos tradicionales por medio de un mecanismo de divulgación en las solicitudes de derechos de propiedad intelectual, lo que podrá requerir o requerirá la presentación de pruebas de que se han cumplido los requisitos sobre consentimiento fundamentado previo o aprobación y participación y sobre participación en los beneficios, de conformidad con la legislación nacional y las obligaciones jurídicas contraídas en el plano internacional.

Como se observa, esta parte de la propuesta referida a conocimientos tradicionales que estén disponibles públicamente pero sin amplia difusión, prácticamente, repite los “mecanismos de protección” que se han propuesto para los conocimientos tradicionales secretos o sagrados, pero existen diferencias a considerar respecto al enfoque de protección con la que estarían resguardados este tipo de conocimientos.

Es claro que los problemas de no obligatoriedad de protección no solo que siguen presentes sino que se generalizan a todo el contenido del artículo 3.2, ya que, en esta parte, todo Estado solo se compromete a alentar mas no a hacer cumplir derechos expresos de protección. Así, las críticas del punto anterior son válidas también en este punto, motivo por el cual nos remitimos a lo señalado allí. Pero, además de esto, en este parte de la propuesta, ya no son tomados en cuenta los beneficiarios (conocedores tradicionales) como actores de medidas jurídicas, políticas y administrativas como sí ocurre en el literal a del punto anterior. Al contrario, en esta parte de la propuesta, son solo los usuarios los que son tomados en cuenta, pero no como sujetos pasivos sobre los que son exigibles usos responsables de los conocimientos tradicionales (que tengan por finalidad su protección) sino como una especie de sujetos activos ante los que se apela a su buena voluntad por respetar a los conocimientos tradicionales y

protegerlos mediante el reconocimiento de la fuente de conocimientos, o con la participación de beneficios sobre la base de condiciones mutuamente convenidas o de acuerdos de uso con los beneficiarios, o con el respeto a las normas y prácticas culturales de los beneficiarios y de sus derechos morales, aspecto que debería ser obligatorio en especial si se considera que, en una de las alternativas de definición de beneficiarios, no solo estaban las comunidades sino también los mismos Estados y, por lo tanto, sus derechos nacionales.

También, llama la atención que, la propuesta no plantee diferencia entre error involuntario o deseo intencional, ya que menciona de manera genérica donde presumiblemente ambos aspectos estén abarcados y sobrentendidos como sinónimos que, los Estados garantizaran o deberán alentar a los usuarios a que adopten medidas jurídicas, políticas y administrativas de conformidad con la legislación nacional para alentarlos (nuevamente al final del encabezado 3.2) a que estén informados del acceso a sus conocimientos tradicionales por medio de un mecanismo de divulgación de solicitudes de propiedad intelectual. Cuando lo que debería, en todo caso, es alentarse (sino obligarse) a los usuarios a que informen del acceso sobre los conocimientos a las comunidades, a menos que la propuesta pretenda indicar que los conocimientos tradicionales adjudicados o autorizados para uso de particulares son los que deben alentarse a ser informados. Así que de mantenerse en este sentido la propuesta, las comunidades son excluidas incluso del derecho a ser informadas sobre el uso de sus conocimientos, lo cual sí era un aspecto tenido en cuenta en la parte de la propuesta referente a conocimientos secretos y sagrados.

Otro aspecto a notar está en que los tipos de conocimientos tradicionales que estén disponibles públicamente pero sin amplia difusión que se tornan objeto de protección según la propuesta son aquellos relacionados con las comunidades locales o pueblos³⁷¹ indígenas, dejando

³⁷¹En la propuesta la palabra pueblos está en negociación pudiendo solo quedar como: “comunidades locales o indígenas”.

por fuera a las que podrían calificarse o ser reconocidas como naciones locales y a los pueblos no indígenas, o forzándolos a cambiar su categoría y forma en que se identifican por otra de los conceptos que sí les otorgue los “mecanismos de protección” propuestos.

En otro tema, es necesario reflexionar si los sistemas de justicia —en este caso de tipo estatal— según una de las alternativas planteadas podrían entenderse como de aplicación electiva y no obligatorios de efectos generales, pues, los Estados podrían comprometerse únicamente a alentar a los usuarios a adoptar medidas jurídicas de conformidad con su legislación nacional como una especie de exhorto promocional para que los usuarios opten por la aplicación de medidas y no como una obligación de respetar obligaciones jurídicas de protección que, si bien no son internacionales, serían por lo menos de ámbito nacional. Esto abre un riesgoso entorno de incertidumbre de protección próximo a la indefensión para los conocimientos tradicionales que estén disponibles públicamente aunque no estén ampliamente difundidos pues los Estados no son más que alentadores (promotores) de sus propios sistemas de justicia y dejan de ser aplicadores con capacidad de obligatoriedad al cumplimiento de sus reglas, sin tampoco permitir que con esto se dé paso a la competencia de aplicar sistemas de justicia comunitarios o derivar las violaciones a organismos de justicia internacional.

En el artículo 3.2 literal b), en la primera alternativa, la propuesta promueve la participación justa y equitativa de beneficios o la compensación derivada del uso de los conocimientos tradicionales. No obstante, en esta expresión se excluye del objeto de protección los conocimientos derivados y usos derivados del conocimiento tradicional, ya que se entiende que se promueve únicamente la participación en los beneficios derivados del uso de conocimientos tradicionales pero no se expresa que esta medida incluya los beneficios de los conocimientos derivados y usos derivados del uso del conocimiento tradicional.

Por otra parte, el literal d) ratifica la observación realizada anteriormente en el punto 3.1 literal a) iv, puesto que indica que una de las opciones al texto definitivo del acuerdo es el término “requerirá” en lugar de la expresión “podrá requerir”. Esto involucra una significativa diferencia para marcar exigibilidad y obligatoriedad en la presentación de pruebas, en este caso de haber cumplido los requisitos sobre consentimiento fundamentado previo o sobre participación en los beneficios. De esta forma, la primera alternativa demanda la presentación de estos documentos mientras que la segunda deja a criterio de los Estados la presentación de los mismos.

3.3.9.3. Los conocimientos tradicionales disponibles públicamente, de amplia difusión y en dominio público

La propuesta manifiesta, en la parte 3.3, que cuando los conocimientos tradicionales estén disponibles públicamente, hayan sido objeto de amplia difusión y formen parte del dominio público, que no estén contemplados en los párrafos 2 ó 3, y estén protegidos en la legislación nacional, los Estados miembros garantizarán que los usuarios o alentarán a los usuarios de dichos conocimientos tradicionales a que:

- a) Atribuyan dichos conocimientos tradicionales o los conocimientos tradicionales protegidos a los beneficiarios;
- b) Usen los conocimientos respetando las normas y las prácticas culturales del beneficiario así como la naturaleza inalienable, indivisible e imprescriptible de los derechos morales asociados a los conocimientos tradicionales o los conocimientos tradicionales protegidos; y
- c) Cuando proceda, depositen las tasas pagadas por los usuarios en el fondo constituido por dicho Estado miembro.

Sin embargo, como alternativa opuesta a esta posición de “protección” sobre los conocimientos tradicionales disponibles públicamente, la propuesta manifiesta que podría acordarse que la protección no se extiende, es decir, no se aplique a los conocimientos

tradicionales que hayan sido objeto de una amplia difusión o utilización fuera de la comunidad a la que pertenecen los beneficiarios según la definición del artículo 2.1, durante un período de tiempo razonable, que forman parte del dominio público, o que están protegidos por derechos de propiedad intelectual o resultan de la aplicación de principios, reglas, capacidades, conocimientos especializados, prácticas y enseñanzas que suelen ser generalmente conocidos.

Frente a la primera alternativa, hay que indicar que estos conocimientos tradicionales disponibles públicamente, de amplia difusión y en dominio público no deberían ser considerados sagrados para poder ser objeto de esta disposición. Ahora bien, de no serlo, es requisito para ser “protegidos internacionalmente” por este posible acuerdo, constar como elementos protegidos nacionalmente, cuando en ellos incluso normativamente solo podría existir un exhorto de aliento pero no una obligación propiamente dicha sobre los usuarios de estos conocimientos para que los utilicen respetando las normas y prácticas culturales del beneficiario.

En todo lo dicho, es evidente que la propuesta no ofrece verdaderos canales de protección, pues, para que estos conocimientos sean protegidos deben ser conocimientos ya protegidos dentro de las legislaciones nacionales. La protección que se les confiere internacionalmente es por lo tanto son simples derechos espectaculosos basados en la buena fe de los Estados para regular o alentar a los usuarios respecto al comportamiento en relación a los conocimientos tradicionales, algo que, con o sin reconocimiento internacional de protección, los Estados ya podrían hacer e incluso se encuentran en el deber de hacerlo en virtud de instrumentos internacionales principalmente de derechos humanos.

Por lo tanto, no existe la pretendida protección internacional, ya que, para obtenerla, los Estados deben ya tener instrumentos nacionales de protección para que los conocimientos que busquen protección internacional regresen remitidos por este posible instrumento internacional a

las mismas protecciones nacionales. De este modo, la propuesta simplemente legitima la acción de los Estados por reglamentar los conocimientos tradicionales en sus ámbitos territoriales reconociéndoles una competencia que muchos ya venían ejerciendo, en muchos casos no de forma legítima, pero sin lugar a dudas con el poder de hacerlo y estar haciéndolo.

En otro aspecto, esta parte de la propuesta permite entender a los usuarios no solo como aquellos que aplican los conocimientos tradicionales con fines comerciales sino también a aquellos que los están utilizando sin intenciones comerciales. En efecto, al tratarse de conocimientos disponibles públicamente existirán muchos usuarios que utilizan el conocimiento como parte de sus prácticas cotidianas y lo transmiten y aplican abiertamente, reproduciendo la tradicional forma de transferencia y aplicación de varios de los sistemas de conocimientos tradicionales que la propuesta declara proteger y que por lo tanto si deberían ser objeto de una real y efectiva protección donde se involucra al conocimiento como tal, a los sistemas de conocimientos y a los sujetos (usuarios no comerciales) que mantienen y desarrollan estos conocimientos sin importar lo extensamente difundidos que puedan estar ya que bajo ese objetivo fueron creados y es lo que los diferencia de otros conocimientos y sistemas de conocimientos.

Si bien, la primera propuesta, por lo menos, guarda cierto reconocimiento al derecho de existencia tradicional y protección de estos conocimientos, la segunda alternativa expulsa de toda posibilidad de protección —incluso nacional— a los conocimientos tradicionales ampliamente difundidos que, bajo varias lógicas de sistemas comunitarios, serían los conocimientos necesarios, que cumplen criterios de transferencia sostenible respecto al hábitat y más exitosos socialmente, por lo cual se han convertido en conocimiento difundido y de dominio público.

No obstante, los beneficios sociales que ofrecen este tipo de conocimiento no parecen mejorar sus posibilidades de protección para su mantenimiento y desarrollo. Por el contrario, reducen estas posibilidades ante la mirada de la propuesta intergubernamental de la OMPI, algo que se explica debido a que el enfoque con el que se les entiende para ser admisibles o inadmisibles es el que puedan ser utilizados por pocos lo cual no significa que a sus efectos no puedan acceder gran cantidad de personas pero sí que la facultad de uso y disposición tenga sujetos identificados particularizadamente.

Esto nos lleva a identificar la intención, no por respetar la continuidad y el desarrollo de conocimientos tradicionales, sino por acoplar y modificar estos conocimientos para que encajen en el paradigma de propiedad intelectual.

Por otra parte, esta segunda alternativa no busca valorar y potenciar los beneficios sociales del conocimiento tradicional a través de medidas de protección. Por el contrario, los deja en una especie de indiferencia normativa y, por omisión, permite que particulares interesados en su explotación comercial puedan hacer uso de él sin restricciones o condiciones de uso, repartición justa de beneficios ni compensaciones o consentimiento fundamentado sobre efectos de la explotación comercial a gran escala como, por ejemplo, la modificación de hábitats a través de monocultivos de los recursos materiales asociados a los conocimientos o de la conversión en mano de obra de las comunidades la cual rompe la forma de vida y organización tradicional de muchas comunidades especialmente indígenas y, por tanto, afecta a sus sistemas de conocimientos.

Ante ello, vale recordar que las sociedades industriales y las sociedades comunitarias poseen distintos valores intelectuales y, por lo tanto, su comprensión sobre administración de conocimientos y vías de repartición y democratización de beneficios son distintas.

Culminando esta parte del examen, resulta interesante ver cómo tanto el punto 3.1 como el 3.2 y 3.3 de la propuesta incluyen los derechos morales, no obstante, la propuesta no aclara si esto invoca a los conocimientos tradicionales bajo la misma lógica de los derechos de autor³⁷², lo que especialmente podría referirse al derecho a reivindicar la paternidad en este caso para que se conozca el origen o creador del conocimiento tradicional aunque ya la propuesta habla de atribución, y por otra parte, el derecho a conservar la integridad de la obra para que su autor(es) puedan oponerse a cualquier modificación, algo que trasladado al campo de los conocimientos tradicionales no debería aplicarse solamente a las obras sino a las aplicaciones y prácticas de dichos conocimientos para que sus creadores conserven el sentido del conocimiento tal como lo concibieron, lo practican y la finalidad con el que tradicionalmente ha sido utilizados a menos que admitan y consientan en lo contrario.

Según como se aprecia en la propuesta, los derechos morales se referirían aparentemente solo a la paternidad o divulgación de la fuente, en ello, de todas formas, parece no existir un interés tan marcado en la apropiación de la reputación de los pueblos que obtuvieron y generaron el conocimiento sino más bien en quien puede obtener el reconocimiento de creador o mejor dicho inventor, para determinar quiénes son los sujetos que tienen el derecho de comercializar con los conocimientos tradicionales, es decir para determinar a quien se le confiere los derechos patrimoniales.

3.3.10. Medidas complementarias

El artículo 3Bis. 1 de la propuesta establece que los Estados miembros procurarán, con sujeción a la legislación nacional y consuetudinaria y en concordancia con ella:

³⁷²Art. 6Bis. Derechos Morales. Convenio de Berna sobre protección de obras literarias y artísticas.

3.3.10.1. Sobre bases de datos y difusión de información (se propone 4 literales³⁷³)

- a) Facilitar o fomentar el desarrollo de bases de datos nacionales de conocimientos tradicionales para la protección preventiva de los conocimientos tradicionales, en particular, mediante la prevención de la concesión errónea de patentes, y/o a los fines de la transparencia, la seguridad, la conservación y/o la cooperación transfronteriza.
- b) Facilitar o fomentar, la creación, intercambio y difusión de bases de datos de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, y el acceso a dichas bases de datos.
- e) Impedir que la información que esté legítimamente bajo el control de los beneficiarios se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin el consentimiento de los beneficiarios, de manera contraria a los usos comerciales honestos, en la medida en que dicha información sea secreta, se hayan tomado medidas razonables para impedir la divulgación no autorizada, y tenga valor.
- f) Considerar el establecimiento de bases de datos de conocimientos tradicionales que sean accesibles a las oficinas de patentes para evitar la concesión errónea de patentes, compilar y mantener dichas bases de datos de conformidad con la legislación nacional.
 - i. deberá haber normas mínimas para armonizar la estructura y el contenido de esas bases de datos;
 - ii. el contenido de las bases de datos deberá:
 - a. Figurar en idiomas que puedan ser entendidos
 - b. Consistir en información oral y escrita sobre los conocimientos tradicionales;
 - c. Consistir en los elementos pertinentes escritos y orales del estado de la técnica relativo a los conocimientos tradicionales.

En este artículo de la propuesta, se indica que las acciones complementarias se tomarán con sujeción a la legislación nacional y consuetudinaria. De esta forma, se introduce un nuevo concepto, el de legislación consuetudinaria, que no queda claro si se refiere a las prácticas y

³⁷³El literal c se refiere a medidas de oposición y los literales d y g a otras medidas.

costumbres nacionales o si puede entenderse como tal a prácticas y costumbres comunitarias. Se trata de una expresión que necesita ser aclarada.

Pasando ya sobre el contenido de la propuesta, existen 3 literales que se refieren a bases de datos. El primero fomenta el desarrollo de bases de datos nacionales sobre conocimientos tradicionales; el segundo fomenta la difusión de bases de datos sobre recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos; y, el tercero procura la formación de bases de datos de conocimientos tradicionales accesibles a las oficinas de patentes.

El argumento de las bases de datos y difusión de conocimientos para considerarse medidas de protección se encuentra en que, si un conocimiento ya está en el estado de la técnica, es decir ya es conocido, sobre este no puede concederse títulos de propiedad intelectual. No obstante, eso no impide que se otorguen títulos de propiedad sobre conocimientos derivados, lo cual podría ser interpretado como una utilización no consentida o sin autorización de los beneficiarios, pues para lograr dicho conocimiento derivado se necesitó involucrar en el proceso el conocimiento matriz, originario o inicial.

En ello, es preciso señalar que los efectos del conocimiento derivado podrían perjudicar al desarrollo del conocimiento matriz y a los sistemas de conocimientos tradicionales, cuando por ejemplo los sustituyen en uso dentro de las comunidades debido a campañas comerciales sobre mayor efectividad del conocimiento derivado de tipo industrial sobre el tradicional, afectando consecuentemente a las comunidades y sus sistemas de conocimiento.

De tal forma que, el problema no está concentrado en que se mejore o no la efectividad de un conocimiento y los efectos beneficios y resultados de su aplicación mediante innovaciones o conocimientos derivados, sino en poder utilizarlos sin haber acordado condiciones de uso con el generador y administrador tradicional del mismo, lo que lo convierte en apropiación y uso

indebido o consentido del conocimiento; especialmente si se toma en cuenta que las comunidades como las indígenas vistas en el capítulo 1 debido a su cosmovisión probablemente plantearían entre las condiciones de uso la finalidad de que sirvan no para aumentar el comercio sino para asegurar la renovación de los ciclos de vida, por tanto, el cuidado de los hábitats y otras sociedades. Las bases de datos entonces interiorizan el riesgo de ser utilizadas para abreviar o suprimir ilegítimamente el procedimiento de autorización del uso de conocimientos tradicionales, entregando libremente conocimientos para su posterior explotación comercial.

Respecto a los derivados, esta o futuras propuestas, de llegar a incluir que los consentimientos de uso de conocimientos tradicionales deben contemplar una cláusula sobre conocimientos derivados que respeten el sentido y finalidad del conocimiento primario o las prácticas y valores intelectuales de los generadores, conservadores y desarrolladores tradicionales, u otras formas por el estilo, deberán reflexionar y consensuar sobre el alcance y amplitud con la que puede ser entendido un conocimiento derivado; como cuando un investigador sintetiza un compuesto químico a partir de una planta obtenida de una comunidad, o cuando un compuesto que involucra conocimientos tradicionales puede ser utilizado para generar otros compuestos, o cuando existan combinaciones de compuestos que involucren a uno o varios compuesto derivado(s) de conocimientos tradicionales pero también de conocimientos industriales–hibridándose-.

En otro aspecto, la propuesta menciona, en esta parte, a los recursos genéticos, algo que no puede dejar de observarse debido al fuerte e importante vínculo que mantienen las comunidades con su hábitat y con los recursos genéticos que, de allí, utilizan para dar continuidad a sus formas de vida. Por lo tanto, el hablar de recursos genéticos no es solo hablar de materiales de posible extracción para uso industrial sino de impactos a la sostenibilidad de

ecosistemas y bioculturas (comunidades unidas culturalmente a la naturaleza) lo cual no es entendido en su expresión plena por las sociedades que habitan entornos urbanos, donde el material genético del entorno ha sido sustituido por cemento y los miembros de estas sociedades han perdido la práctica de acceso y uso cotidiano de los recursos en estado natural. En estas sociedades urbanas, la continuidad de sus formas de vida ha perdido el vínculo directo con el recurso natural, el cual ha sido reemplazado por un intermediado productor-extractor de dichos recursos, el cual ocupa la posición de posibilitador de las formas de vida de las sociedades de “libre acceso” (restringido por la posibilidad de pago) a productos para su acumulación y consumo.

Por lo tanto, si una base de datos sobre conocimientos tradicionales puede facilitar el uso y transferencia no consentida de conocimientos, una base de datos sobre recursos genéticos puede facilitar el uso y transferencia no consentido de material genético. Más todavía, una base de datos de material genético asociado a conocimientos tradicionales despierta un doble interés en la utilización con fines comerciales de los materiales tangibles e intangibles, sobre lo cual debe observarse que según la propuesta cada legislación nacional podría facilitar y fomentar la difusión y el acceso a bases de datos sobre recursos genéticos y conocimientos tradicionales³⁷⁴, aspecto que de llegar a ser entendido en las legislaciones nacionales como un acceso público a bases de datos de este tipo, tornaría innecesarios los trámites de consentimiento y establecimiento de condiciones previas al uso.

El literal e) nos habla de información legítimamente bajo el control de los beneficiarios, ante lo cual cabe la duda de si por información debe entenderse a los conocimientos tradicionales, y en ello si se refiere a todos los conocimientos tradicionales en general o solo a

³⁷⁴Art. 3Bis.1. lit. b Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, WIPO/GRTKF/IC/28/5 (Ginebra: 7 a 9 de julio, 2014) 1, versión electrónica.

los conocimientos tradicionales protegidos. Por otra parte, en este punto la propuesta señala la posibilidad de que existan beneficiarios no ilegales sino ilegítimos de conocimientos tradicionales y ya no solo usuarios (comerciales y no comerciales) que tengan control sobre conocimientos o informaciones³⁷⁵.

Esto implicaría la posibilidad de que dentro del término terceros no solo estén incluidos los usuarios (comerciales y no comerciales) que estén haciendo uso de los conocimientos tradicionales sin el consentimiento de los beneficiarios, sino también Estados (considerados también como beneficiarios en la segunda alternativa del artículo 2) o comunidades, pueblos, naciones locales e indígenas que se encuentren en control ilegítimo de estos conocimientos, como, por ejemplo, en los casos de Estados que no reconocen en sus legislaciones a las comunidades indígenas o locales pero sí estuvieran usufructuando de sus conocimientos si haber realizado un proceso de transferencia vía consentimiento. También sería el caso de comunidades de colonos o de pueblos culturalmente incompatibles que han incluido el uso de conocimientos tradicionales en sus prácticas sin contar con el consentimiento de uso de las comunidades generadoras de conocimiento.

Dicho lo anterior, los beneficiarios legítimos de información según la propuesta podrían pedir (no exigir) que los Estados procuren impedir que esta información se divulgue, sea utilizada o adquirida sin el consentimiento de los beneficiarios cuando la información sea secreta, se hayan tomado las medidas razonables para impedir su divulgación y tenga valor.

³⁷⁵ En este punto, la propuesta se asimila a la protección de secretos empresariales, donde en lugar de usuarios se habla de titulares. Art. 260 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN): “Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea secreta, tenga valor comercial por ser secreta y hayan sido objeto de medidas razonables tomadas por su poseedor para mantenerla secreta”.

De esta forma, se puede apreciar que esta medida complementaria es en realidad un derecho de petición para impedir que información legítimamente controlada sea divulgada, utilizada o adquirida por terceros, siempre y cuando, entre los requisitos para la petición, se cumpla con haber tomado medidas para impedir su divulgación como, por ejemplo, las prácticas formales de privatización de conocimientos vía adjudicación de titularidad o que la información haya sido apartada del dominio público (secretizada), prácticas que como ya se ha destacado no forman parte ni de los intereses ni de la cosmovisión de muchos pueblos, a los cuales se les estaría incentivando a cambiar sus sistemas de conocimiento y formas de organización social para cumplir los requisitos para formular una solicitud de protección.

Por otra parte, el requisito de que la información tenga valor, no aclara el tipo de valor con el que se debe interpretar la disposición o si son valores pluriculturales, así por ejemplo podrían ser valores sociales, científicos, médicos, espirituales, ambientales e incluso familiares, entre otros, del conocimiento. Sin embargo, de llevar a entenderse el valor como se interpreta en los secretos empresariales y bajo el régimen de valor comercial³⁷⁶ la petición de protección sobre información al parecer sería únicamente posible si es de valor cuantificable industrial y económicamente, excluyéndose otros valores, especialmente aquellos valores intelectuales y sociales con los que están relacionados las comunidades locales e indígenas.

Además de lo antes dicho por el artículo 3Bis.1, el artículo 3Bis.2 y otros posteriores que continúan con el tema de las bases de datos. El artículo 3Bis.2 establece que para catalogar la forma y los lugares en los que se aplican los conocimientos tradicionales y para preservar y mantener esos conocimientos, las autoridades nacionales deberán esforzarse por codificar la información oral relacionada con los conocimientos tradicionales y para crear bases de datos de conocimientos tradicionales. Se trata de algo muy similar a lo que establece el artículo 3Bis.5,

³⁷⁶ Art. 39 Núm. 2 Lit. b del ADPIC

donde se indica que las autoridades nacionales se esforzarán por codificar la información relacionada con los conocimientos tradicionales con el fin de desarrollar las bases de datos de conocimientos tradicionales, además de preservar y mantener esos conocimientos.

Como se puede apreciar, existe la intención de hacer de los conocimientos orales conocimientos codificados, con el propósito de obtener un catálogo de conocimientos tradicionales que incluye lugares y formas de aplicar los conocimientos argumentándose que esto permitirá preservarlos. No obstante, como se vio en el punto anterior, el riesgo de poner conocimientos tradicionales a disposición abierta para que puedan ser utilizados por cualquier usuario no se encuentra en que los miembros particulares de las sociedades democraticen su uso no comercial, sino en que sujetos corporativos con fines de lucro obtengan conocimientos derivados o con leves modificaciones a la función o uso principal del conocimiento tradicional aprendiendo además los procesos y procedimientos de uso de los recursos y los lugares donde estos recursos y conocimientos pueden ser encontrados. Para ello, no habría la necesidad y la obligación de obtener el consentimiento de los beneficiarios o de haber acordado con ellos condiciones de uso entre las que se encuentra la utilización de conocimientos tradicionales para la innovación de estos con fines comerciales. Esto eminentemente modifica su forma de aplicación, acceso, transferencia y desarrollo tradicional, pero, en especial, sin establecer condiciones de uso que prevean suficientemente los efectos dañinos al interés social o comunitario, a los conocimientos tradicionales y sus sistemas de conocimientos, a los ecosistemas de donde se extraen recursos genéticos y al empleo tradicional de estos recursos, entre otros aspectos.

Y, dado que el artículo 3Bis.5 también indica que las autoridades nacionales se esforzarán por preservar y mantener esos conocimientos codificados, es preciso advertir que dicha actividad

de preservación y mantenimiento de los conocimientos tradicionales, a diferencia de cómo se ejerce en las sociedades industriales en las que principalmente se crean archivos y bibliotecas de sus conocimientos con las que se instruye durante procesos institucionalizados de educación, en las comunidades es lograda, en cambio, con la práctica y desarrollo constante y cotidiano como forma principal del cuidado (continuidad, reproducción y desarrollo) del conocimiento mediante mecanismos de educación no institucionales y que, accesoriamente, se realizan esfuerzos documentales. Es decir, que no porque el conocimiento se encuentre codificado puede considerársele plenamente preservado, sino y principalmente esta protección es posible con la praxis constante de dicho conocimiento (el saber y el hacer). Es la conservación in situ la que realmente protege las formas de vida comunitarias y atiende las necesidades propias y, las lógicas particulares de mantenimiento de los conocimientos de cada grupo humano dentro de sus realidades y no únicamente con una riesgosa (por lo visto en el párrafo anterior) extracción de saberes que los transforme en archivos de consulta muy similar a un museo de restos paleontológicos, donde no se revive la realidad y complejidad de la vida comunitaria y la riqueza funcional del conocimiento en culturas que aún no desaparecen, sino que es apenas un empobrecido extracto fuera del contexto de aplicación práctica que ofrece rasgos seleccionados con la intención de gestionar aplicaciones comerciales ya sea para innovarlas o para evitar la concesión errónea de patentes, pero que realmente no cumplen la función de preservar el conocimiento en el amplio sentido de las posibilidades.

Preocupa entonces que, al parecer, la preservación y mantenimiento sea tratado más como un tema de bases de datos que como conservación in situ y posibilidades de desarrollo prácticas de los conocimientos, sistemas de conocimientos y sujetos que mantiene y desarrollan estos conocimientos. Es claro que las bases de datos son formas de mantener un respaldo documental

que, en situaciones de emergencia por riesgos de extinción, pueda servir para el rescate y beneficio social y comunitario. Además, constituyen elementos educativos de los que se puede aprender. Sin embargo, en la propuesta parecerían ser las formas principales o la mejor opción de protección a los conocimientos tradicionales de las que se dispone, lo cual no es cierto, a menos que estén pensadas en el mecanismo más efectivo de extracción de conocimientos, cuya función sí pueden cumplir con eficiencia.

El artículo 3Bis.3 indica que, como parte de las medidas complementarias, los Estados miembros considerarán la posibilidad de cooperar en la creación de esas bases de datos, especialmente cuando los conocimientos tradicionales no se mantengan únicamente dentro de las fronteras de un Estado miembro y agrega que si los conocimientos tradicionales protegidos de conformidad con el artículo 1.2³⁷⁷ se incluyen en una base de datos, dichos conocimientos protegidos sólo se pondrán a disposición de terceros con el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y la participación del poseedor de los conocimientos tradicionales.

Al parecer en este artículo existe mayor restricción sobre las bases de datos que desvirtuarían los argumentos sobre estas como riesgos a la protección por difusión, sin embargo, lo observable en ella es que es una disposición que podría hacerse general a todos los conocimientos tradicionales y no solamente a los que cumplen los criterios de admisibilidad, y que dejan al resto como conocimientos no protegidos —a pesar de que para las comunidades hagan parte de sus necesidades de protección— por lo que, los conocimientos que constaran en esas bases de datos pero que no reúnan la características de admisiblemente protegidos podrían ser libremente puestos a disposición de terceros.

³⁷⁷³⁷⁷Entendemos que se refiere a los criterios de admisibilidad, debido a que en la propuesta no existe dicha numeración.

Pero, además de ello, el artículo no habla del consentimiento de los beneficiarios sino de los poseedores, término que no es definido por la propuesta aunque, como se observa en la forma de uso del mismo, no podría extenderse a los usuarios (los cuales son externos a las comunidades y que emplean a los conocimientos tradicionales ya sea con fines comerciales o no comerciales) e, incluso, ni siquiera a los Estados. Al parecer, dicho término se referiría exclusivamente a las comunidades, a pesar de que, como se ha destacado, muchas de las comunidades no integran en sus lógicas sociales y organizativas el concepto de propiedad ni sobre recursos ni sobre conocimientos.

En los artículos 3Bis.4 y 3Bis.6, se indica que, asimismo, se procurará facilitar el acceso a esas bases de datos (relacionadas con conocimientos tradicionales) por las oficinas de propiedad intelectual, de forma que puedan tomarse las decisiones adecuadas. Y que, para facilitar este acceso, los Estados miembros deberán considerar la forma de mejorar la eficiencia mediante la cooperación internacional. Además, que la información puesta a disposición de las oficinas de propiedad intelectual únicamente incluirá información que pueda utilizarse para denegar la cooperación³⁷⁸ y, por ello, no incluirá conocimientos tradicionales protegidos. Y, finalmente, el artículo 3Bis.7 manifiesta que las oficinas de propiedad intelectual garantizarán que esa información se mantenga confidencial, excepto cuando sea citada como estado de la técnica durante el examen de una solicitud de patente.

Ante estos artículos propuestos, una de las observaciones se encuentra en que la información puesta a disposición de las oficinas de propiedad intelectual sea únicamente la que pueda utilizarse para la denegación de cooperación, expresión normativa en la que no queda claro a qué se refiere con negarse a cooperar. Lo más probable al respecto es que se refiera a que las oficinas de propiedad intelectual tomen decisiones adecuadas (las que se mencionan al iniciar

³⁷⁸Pudiera tratarse de un error en la redacción, y en realidad referirse a denegar la concesión del derecho.

el artículo 3Bis.4) para no conceder erróneamente títulos de propiedad intelectual como en el caso de las patentes. Sin embargo, la información que puede utilizarse para ello no es otra que la que prueba el estado de la técnica, de lo cual hace parte todo de aquello que se disponga como libros, documentales, informes de muestras, gráficas de procesos, entre otros, por lo cual, en realidad, las oficinas de propiedad intelectual deberán acoger toda la información ya que dependiendo de sus criterios de evaluación podrían resultar pertinentes o no pertinentes para denegar la cooperación (concesión de propiedad).

Otra de las observaciones a presentarse es el riesgo de que una información citada para probar el estado de la técnica durante un proceso de examen de solicitud (no de oposición a validez de títulos ya concedidos) sea considerada posteriormente en el dominio público con los efectos legales de imposibilidad de protección que ello implica según la propuesta. Pero, más que nada, que se convierta en información, si no de amplio acceso, de fácil conocimiento para cualquiera (sujeto jurídico o natural) que esté en contacto con procesos de oposición a la concesión de títulos de propiedad y que indirectamente le permita hacer uso de conocimientos tradicionales para su innovación sin haber pasado por ningún proceso de consentimiento sobre este uso o llegado a un acuerdo sobre condiciones de uso con los beneficiarios.

3.3.10.2. Sobre medidas de oposición

Regresando al artículo 3Bis.1, el literal c) indica que los Estados procurarán prever medidas de oposición que permitan a terceros cuestionar la validez de las patentes presentando el estado de la técnica.

La propuesta no solo en esta parte sino en general debe aclarar si, por terceros, entiende también a las comunidades, debido a que anteriormente, como en el artículo 3Bis.1 literal e o el artículo 3Bis.3, se entiende que terceros son quienes no son beneficiarios, pero pueden, con o sin

autorización, estar haciendo uso o disponiendo de conocimientos tradicionales. En cambio, en este artículo podría ser que entre los terceros se encuentran los beneficiarios, y posteriormente, se vuelve a utilizar el término terceros para clasificar los derechos de protección a las comunidades por un lado y los intereses legítimos de terceros por otro, como, por ejemplo, en el artículo 4.2.

De todas formas, es importante reconocer que un instrumento de conocimientos tradicionales prevea medidas de oposición, no solo de las comunidades, sino de cualquier interesado en cuestionar la validez de las patentes a través de pruebas sobre el estado de la técnica. Sin embargo, la propuesta continúa con la corriente de dejar las medidas de protección como la invalidación de un título de propiedad intelectual y la prohibición de seguir explotando comercialmente un conocimiento tradicional en el plano nacional y no con efectos generales a nivel internacional. Además, la presenta como una posibilidad para proveer estas medidas y no como una obligación de que se encuentren incluidas en las legislaciones Estatales.

3.3.10.3. Otras medidas

Los literales d) y g) en el artículo 3Bis. 1 manifiestan que otras medidas complementarias a la protección son las de fomentar la elaboración y el uso de códigos de conducta voluntarios y la elaboración de directrices adecuadas y pertinentes con el fin de realizar la búsqueda y el examen de solicitudes de patentes relativas a conocimientos tradicionales por las oficinas de patentes.

Al respecto de los códigos de conducta, similares a hablar de protocolos de contacto con los conocimientos tradicionales, sería más efectivo, para fines de protección a los conocimientos, hacer de estos obligatorios, especialmente para los gobiernos y empresas o industrias, de forma que pueda evitarse, en lo posible, poner en riesgo la continuidad de los conocimientos y sistemas de conocimientos.

3.3.11. Sanciones, recursos y ejercicio de derechos/aplicación

El artículo 4.1 de la propuesta de la OMPI manifiesta que los Estados miembros garantizarán que en sus legislaciones se contemplen medidas de observancia, mecanismos de solución de controversias, medidas en frontera, sanciones y recursos accesibles, apropiados y adecuados en el ámbito penal, civil y/o administrativo que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones, contra cualquier daño a los intereses patrimoniales y/o morales, cualquier infracción de la protección conferida a los conocimientos tradicionales en virtud del presente instrumento, la apropiación indebida, la utilización indebida, la utilización no autorizada, la utilización desleal e injusta o la utilización indebida de los conocimientos tradicionales, debidos a intención o negligencia.

Este artículo garantiza que los Estados deben tener legislación apropiada para tomar medidas de protección eficaces sobre conocimientos tradicionales. Sin embargo, en todo el texto de la propuesta, no se establece cuáles serán las sanciones y los mecanismos por los cuales se puede exigir a los Estados el cumplimiento de este compromiso en caso de que no llegara a realizarse o las legislaciones no ofrecieran medidas suficientemente satisfactorias al respecto.

Además, este artículo mantiene el criterio de remitir las formas de protección a las legislaciones nacionales de cada Estado. Esto, como hemos expresado anteriormente, fomenta reglas y criterios de protección distintos en cada país, dificultando la aplicabilidad y efectivo cumplimiento de las disposiciones y sanciones cuando los sujetos imputados o sancionados no son perseguibles en otros Estados, debido a la falta de acuerdos cooperativos entre sistemas de justicia interestatales, algo que resulta difícil que cada Estado haya suscrito con el resto de países en el mundo, especialmente cuando se habla de Estados con poco peso político y económico internacional y que, paradójicamente, son, en muchos de los casos, quienes disponen de

abundante material en conocimientos tradicionales y recursos genéticos asociados a estos conocimientos.

Este es un escenario preocupante si se considera lo reportado en el capítulo 2, donde los casos evidencian que la principal apropiación indebida y otras violaciones a derechos intelectuales, sociales, humanos, etc. provienen de personas jurídicas cuya actividad comercial es transfronteriza o transnacional. En tal virtud, pueden abusar de la falta de normativa internacional para hacerse de un conocimiento lucrativo en un país rico en estos recursos tangibles e intangibles, pero débil en el panorama jurídico internacional. En efecto, un usuario comercial puede vender abierta e intensivamente los productos o servicios resultantes de la aplicación de conocimientos tradicionales en amplios mercados de consumo no vinculados u obligados legalmente con el país del beneficiario.

Bolivia, un país con abundantes recursos tangibles e intangibles, ya que en su territorio existen recursos genéticos y una diversidad de pueblos, comunidades, naciones locales e indígenas que sobrepasa el 70% de su población³⁷⁹, podría hipotéticamente generar medidas proteccionistas sobre sus conocimientos tradicionales cumpliendo con el compromiso propuesto en este artículo. Sin embargo, aunque pueda hacer cumplir su legislación, especialmente entre los usuarios comerciales (empresarios nacionales), graves dificultades podrían presentársele en aplicar sus protecciones en territorios como Estados Unidos, la Unión Europea o Japón para hacer efectivas sus decisiones judiciales si para cada caso se debiera coordinar acciones de cooperación con estas jurisdicciones. Lo dicho se presentaría, en especial, si la aplicación de su legislación o puntualmente de las infracciones, medidas o sanciones no es reconocida. El panorama sería distinto frente a un acuerdo internacional donde se fijen medidas de protección

³⁷⁹ Roldán, “Desarrollo de las economías rurales en América Latina y el Caribe: manejo sostenible de recursos naturales, acceso a la tierra y finanzas rurales”, 2.

expresas, específicas y obligatorias que hagan de una conducta atentatoria contra las comunidades, los Estados, la sociedad humana en general y el planeta, algo perseguible y justiciable en cualquier lugar del mundo, evitando que los casos de agentes transnacionales se queden en la impunidad o indiferencia internacional.

Esto también nos advierte de la generación de posibles conflictos entre gobiernos que deseen proteger conocimientos tradicionales con los grupos empresariales, que, como es entendible, serán los empresarios nacionales de los Estados protectores de estos derechos los obligados frecuentes a respetar las medidas. No obstante, es mucho menos probable que las empresas transnacionales resulten obligadas, provocándose entonces una discriminación en la capacidad aplicativa de la norma ya que no todos podrán ser juzgados y procesados con la misma eficacia y fuerza judicial aunque se hicieran esfuerzos por lograrlo. Este tema no es desdeñable, pues de llegar a ser así, la industria nacional podría verse debilitada frente a la extranjera, llevando en muchos casos a los propios gobiernos con interés por proteger conocimientos tradicionales a la renuncia o disminución del impulso por proteger conocimientos tradicionales en virtud de que perjudica a su economía interna.

Además de lo antes indicado, este artículo continúa invisibilizando la pertinencia de contar con la justicia comunitaria, puesto que no indica que las medidas de protección que los Estados se comprometen a integrar en sus legislaciones sobre conocimientos tradicionales deben contar con la participación, autorización y control sobre los aspectos consuetudinarios por parte de los beneficiarios comunitarios en sus distintas formas. Tampoco prevé que estas medidas deben permitir y cooperar eficazmente con los procedimientos propios de estas comunidades y en las materias normativas que recaerían en su competencia plena o compartida con los sistemas

ordinarios. Y, peor todavía, tampoco el articulado extiende esta garantía de aplicación de justicia comunitaria al ámbito internacional.

Una de las diferencias de hablar de apropiación indebida y de utilización indebida, bajo nuestra consideración, es que la primera expresión connota temas de propiedad y apela a medidas de efecto civil, comercial y —por extensión— penal. En cambio, la segunda expresión se aproxima sobre derechos sociales, humanos, comunitarios, indígenas, ambientales o de la naturaleza, incluso administrativos y también penales. Ante esto, es importante reconocer que son materias diversas y no opuestas que, aplicadas pertinente y conjuntamente, mejoran el acceso a una justicia integral.

Sin embargo, el artículo propuesto y la propuesta en general pareciera reducir los efectos legales de estos términos al ámbito de delitos contra la propiedad como, por ejemplo, los daños a los intereses patrimoniales y morales, y dejar por fuera otros derechos y valores comunitarios, humanos y de la naturaleza protegibles pero no cuantificables en dinero ni compensables con el simple desagravio al buen nombre, como los daños a la cosmovisión, prácticas y sistemas de vida de las comunidades, afectaciones al hábitat, oposición, desestímulo o indefensión a la implementación de sistemas de conocimientos tradicionales en localidades y por grupos humanos atípicos, entre otros. Además, deja a la voluntad de los Estados la introducción en sus legislaciones de medidas cuya presencia común a nivel internacional es necesaria para la protección de los conocimientos tradicionales como la reparación real y reversión al estado anterior de las circunstancias, la solución de conflictos generados, etc.

Pasando al artículo 4.2 de la propuesta, el acuerdo expresaría que los procedimientos mencionados en el párrafo 1 deberán ser accesibles, eficaces, justos, equitativos, adecuados, apropiados y no suponer una carga para los propietarios de conocimientos tradicionales

protegidos. Esos procedimientos también deberán contemplar salvaguardias de los intereses legítimos de terceros y el interés público.

En este artículo la propuesta mejora considerablemente al indicar que los procedimientos de los Estados deberán ser accesibles para los propietarios (beneficiarios), lo cual, como se vio en el capítulo 2, implica que, para muchos casos de comunidades no institucionalizadas y/o sin deseos de formalizarse, deberán preverse mecanismos accesibles que no les impongan la burocratización y el abandono de sus lógicas administrativas y formas de vida. De esta manera, se evitaría someterlas a una justicia incompatible con sus valores, donde además los criterios de monitoreo de eficacia de estos procedimientos deben responder a las necesidades específicas de protección y no a una simple cuantificación de casos, que también debe cuidar del interés público y aquello que fuese legítimo para el interés de terceros. No obstante, este artículo se encuentra limitado por lo dispuesto en el 4.1, por lo cual acarrea con las observaciones hechas anteriormente sobre el contenido de éste.

El artículo 4.3 propone que los beneficiarios tendrán derecho a entablar acciones judiciales cuando se violen o no se cumplan los derechos de que gozan en virtud de los párrafos 1 y 2.

Este artículo, en teoría, también es un aporte a las posibilidades de exigibilidad de las medidas de protección. Empero, al igual que el numeral anterior, está limitado por el contenido y las observaciones realizadas al artículo 4.1. Así entonces, el derecho de entablar acciones judiciales cuando no se cumplan los derechos de los que gozan es posible solo en el ámbito interno, siempre y cuando la legislación nacional les otorgue estos derechos y, además, prevea vías para demandar no solo violaciones sino también incumplimientos.

Por otra parte, este artículo, los dos anteriores y la propuesta en general dejan de lado el carácter vinculante y los mecanismos explícitos de exigibilidad con los que deberían estar respaldados los acuerdos de consentimiento y condiciones de uso, así como también de participación, beneficios y compensación realizados entre usuarios y beneficiarios. Estos instrumentos, dicho sea de paso, no convendría que se consideren contratos privados, ya que son más que un simple acuerdo de voluntades entre particulares, debido a que tienen mayor parecido con los instrumentos internacionales que, en materias sensibles para un Estado, deben ser, por lo general, ratificados por el pueblo que principalmente actúa a través de su órgano legislativo. De la misma manera, en estos acuerdos, los beneficiarios consienten gracias a la decisión colectiva de la o las comunidades que participan y con sus miembros ya sea por asambleas generales o mediante la representación delegada a autoridades.

El siguiente artículo (el 4.4) comprueba de cierta manera lo indicado en el párrafo anterior, ya que propone que, cuando corresponda, las sanciones y los recursos deberán reflejar las sanciones y los recursos que usarían los pueblos indígenas y las comunidades locales.

Entonces, este Artículo presenta una disposición en donde no existe certeza de aplicabilidad puesto que no se especifica cuáles serían las circunstancias o cuáles son los aspectos habilitantes en los que correspondería aplicar las sanciones y recursos que los pueblos indígenas y las comunidades locales utilizarían para remediar, resolver, entender o juzgar la mala utilización de sus conocimientos. Sobre este punto, como hemos visto en los capítulos anteriores, no se reduce, en muchas de las cosmovisiones comunitarias principalmente indígenas, a problemas de propiedad sobre el intelecto. Por el contrario, se juzgan los efectos sobre el hábitat, el mundo espiritual y la comunidad de runas (humanos), la cual no está compuesta solo por los miembros del grupo indígena. De esta manera, saber cuándo correspondería integrar este tipo de

conceptos a las sanciones y recursos de la justicia ordinaria queda en la indefinición pues no se brinda criterios mínimos de pertinencia al respecto.

Por otro lado, este artículo habla de interpretar a la justicia comunitaria para aplicarla desde la visión estatal. Por lo tanto, no existe una participación real y una cooperación directa entre sistemas de justicia sino una representación que puede o no ser fiel según el criterio de cada Estado a las acciones que, según el aplicador de las medidas, tomarían los pueblos.

Pasando al artículo 4.5, en caso de que surja una controversia entre beneficiarios o entre beneficiarios y usuarios de conocimientos tradicionales, las partes estarán facultadas a remitir la cuestión a un mecanismo independiente de solución extrajudicial de controversias reconocido por las normas internacionales, regionales o, si ambas partes proceden del mismo país, por la legislación nacional, y que resulte más adecuada para los poseedores de conocimientos tradicionales.

Ahora bien, este artículo propuesto reconoce la facultad de los beneficiarios de resolver los conflictos extrajudicialmente por la vía que les resulte más adecuada. Sin embargo, establece que el organismo que resuelva la controversia debe gozar de reconocimiento internacional, regional o nacional, de tal forma que se exige que el órgano de resolución de controversias sea un organismo institucionalizado. Esto dista de la práctica y costumbre de muchas comunidades que han utilizado sus propias normas y sistemas de justicia sin que sus procedimientos requieran el reconocimiento externo de otros sistemas que no poseen los mismos valores e interpretaciones jurídicas para resolver sus conflictos y problemas. Esta situación nos lleva a pensar que seguramente las comunidades continuarán actuando bajo sus propias normativas y procedimientos con o sin el reconocimiento externo en la mayoría de casos.

El problema mayor se da cuando la controversia se presenta entre comunidades beneficiarias y usuarios, donde hablar de imparcialidad en organismos institucionalizados reconocidos internacional, regional o nacionalmente se vuelve más complicado. Al respecto, el capítulo 2 nos permitió ver que los instrumentos legales no son independientes ni objetivos y poseen una intencionalidad incluso en temas de intelecto. Allí se evidenció la configuración de un sistema global que defiende el comercio de intangibles más que los efectos y beneficios sociales de su uso. Por lo tanto, una autoridad u organismo extrajudicial que los utilice nunca será plenamente independiente para tomar una decisión, en especial si son su única fuente normativa.

Por otro lado, este organismo tiene menos riesgos de parcialidad cuando en su proceso de resolución de conflictos también comprende, conoce, integra y utiliza adecuadamente las normas, objetivos, valores y procedimientos comunitarios involucrados y permite la participación de autoridades que pertenezcan a estos sentires comunitarios para equilibrar la composición del “tribunal” de decisiones. En tal virtud, ésta parecería ser una alternativa que difícilmente reunirá la validación de las comunidades, los sistemas normativos externos que correspondan (internacional, regional o nacional) y los usuarios al mismo tiempo para que voluntariamente se sometan a un proceso de resolución de conflictos de este tipo.

Adicionalmente, resulta una opción peligrosa si no va acompañada del reconocimiento para que, por principio, sean las comunidades involucradas que soportan los efectos del uso de conocimientos tradicionales las que apliquen sus sistemas propios de justicia, así como de la previsión de mecanismos expresos y obligatorios de cooperación de los sistemas nacionales e internacionales para hacer respetar las decisiones comunitarias. De no ser así, las comunidades podrían sentirse presionadas a aceptar esta alternativa para no tener que cumplir con los

impuestos sistemas nacionales, con lo que terminarían posiblemente cediendo ante las ofertas de los usuarios, especialmente comerciales, para acudir a organismos extrajudiciales institucionalizados donde una visión parcializada sobre el conflicto podría resultarles igualmente perjudicial.

En este escenario, donde lo lógico es que las comunidades no se sientan representadas, ya sea previa o posteriormente de llevarse a cabo procesos de resolución de este tipo, podrían llegar a desconocer definitivamente los acuerdos internacionales como esta propuesta y otros que hayan sido suscritos por distintos Estados sobre conocimientos tradicionales y que no hayan contado con el conocimiento, participación plena, real y previa, y consentimiento de las comunidades. Ante ello, éstas podrían justificadamente y legítimamente rehusarse a aplicar cualquier decisión que del acuerdo y de estos organismos emane, por lo que podría resultar en una alternativa que, en lugar de acercar los procesos de diálogo entre sistemas jurídicos y de protección a los conocimientos tradicionales, termine por generar el efecto contrario de distanciamiento y mayor resistencia entre involucrados a nivel macrosocial.

Mientras tanto, de desconocerse por parte de las comunidades a los mecanismos judiciales y extrajudiciales por ser insuficientes e injustos, los conocimientos tradicionales se encontrarían a la deriva para ser utilizados por cualquier usuario sin mecanismos eficaces que hagan respetar las necesidades y derechos comunitarios y sociales que sobre ellos existen. Desde todos los puntos de vista, ello significaría una pérdida para los derechos económicos, sociales, culturales, políticos, civiles y humanos aunque una circunstancia ventajosa para quienes pretendan participar de un comercio injusto, indebido y no autorizado.

El artículo 4.6 propone que cuando, en virtud de la legislación local aplicable, se haya determinado que la amplia difusión intencional de los conocimientos tradicionales protegidos

que vaya más allá de una práctica comunitaria reconocible es el resultado de un acto de apropiación indebida/utilización indebida/utilización no autorizada/utilización desleal e injusta u otra violación de la legislación nacional, los beneficiarios tendrán derecho a una compensación justa y equitativa.

Este artículo (4.6) establece en favor de las comunidades el derecho de compensación cuando un conocimiento tradicional protegido haya sido intencionalmente puesto en amplia difusión. No obstante, la compensación se establece en virtud de la legislación nacional o local aplicable, lo que hace difícil obtener la satisfacción de la compensación cuando el sujeto imputado o sancionado no tiene suficientes garantías con presencia territorial para cubrirla.

Al respecto, debe tenerse claro que, como se ha indicado anteriormente, lo más seguro es que las comunidades no necesariamente se sientan satisfechas o compensadas justa y equitativamente con el pago económico sino con verdaderos procesos de reparación del daño causado a sus sistemas de conocimiento tradicional, sistemas de vida y cultura, además de la solución de las consecuencias provocadas por el uso no consentido. Bajo esta reparación, debería encontrarse garantizada la reversión y devolución del conocimiento y las ganancias mal habidas, para impedir la continuación del daño.

Este artículo y el anterior parecerían más conveniente a los beneficiarios cuando se trata de Estados que cuando se refiere a las comunidades, sus miembros y sus relaciones con el entorno y otras comunidades.

3.3.12. Requisito de divulgación

Respecto a los requisitos de divulgación, la propuesta indica, en el artículo 4Bis.1, que las solicitudes de títulos de propiedad intelectual, a saber de patentes y títulos de protección de obtenciones vegetales relativas a una invención, a cualquier procedimiento o producto

relacionado con conocimientos tradicionales o que los utilice incluirá información sobre el país en el que el inventor o el obtentor solicitante obtuvo o del que recibió los conocimientos (el país proveedor), y el país de origen, si el país proveedor no es el país de origen de los conocimientos tradicionales. En la solicitud también se indicará si se ha obtenido el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y la participación para acceder a los conocimientos y utilizarlos.

Cuando el CDB hace uso de la expresión *país de origen* se refiere al país que posee los recursos genéticos³⁸⁰, a lo cual ya nos referimos en cierta forma al examinar la expresión *apropiación indebida* al principio de esta propuesta. Ahora bien, es por esta forma de utilizar la expresión que existe el temor fundamentado en la experiencia del CDB de que los conocimientos tradicionales vayan a ser legalmente entendidos a nivel internacional como parte del patrimonio estatal y no, preferente y principalmente, como de administración comunitaria. Sin embargo, hay que recordar que, en la propuesta, el uso del término *poseedor* parecería estar refiriéndose específicamente a las comunidades que generan, mantienen y desarrollan conocimientos tradicionales, y es el término *beneficiarios* el que englobaría a comunidades y Estados, aunque resulta improbable creer en esa distinción ya que la intencionalidad que devela la propuesta es imitar los efectos del CDB sobre país de origen (poseedor). Por lo antes dicho, el significado de *poseedor* en esta propuesta requiere una aclaratoria que unifique los criterios de empleo en su contenido.

Los recursos genéticos también hacían parte del material administrado por las comunidades e incluso actualmente continúan bajo su administración siempre que un Estado o empresa no tenga el interés en explotarlos comercialmente. Cuando este interés se presenta es cuando ingresan en conflicto ambas administraciones. Sin embargo, a partir especialmente del

³⁸⁰ Art. 2 del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

CDB, los Estados legitimaron internacionalmente el ser propietarios de dichos materiales utilizando como argumento la soberanía territorial que los abarca y ocultando así las consecuencias en el hábitat y formas de vida sobre estas comunidades y pueblos. Así, se encontró un subterfugio para violaciones a derechos humanos cuando se ingresaba sin consentimiento al territorio comunitario y se extraían de él los recursos, corroyendo, paulatina pero constantemente, las posibilidades de administración comunitaria y libre determinación de estos pueblos y sus miembros.

Esta parecería ser también la intención de la presente propuesta de la OMPI puesto que no solo marca a los países como proveedores y de origen, con lo cual existe un efecto invisibilizador del verdadero generador colectivo del conocimiento tradicional, como aquel que tiene la potestad y el derecho prioritario a consentir y condicionar el uso del conocimiento tradicional y de sus derivaciones, sino que, además, como se ha demostrado durante el análisis, las comunidades siempre están condicionadas al poder estatal que puede o no reconocerlas. De esta forma, se cumple, principalmente en el segundo caso, la transferencia no consentida de la propiedad (administración) del beneficiario comunitario al beneficiario estatal, sin que ante esto existan restricciones internacionales y medidas de protección eficientes.

Este Estado, que se ha apropiado de conocimientos tradicionales y que el derecho internacional comercial ha legitimado sin necesitar para ello el consentimiento del beneficiario comunitario, podría a su vez transferir y consentir en el uso de este conocimiento con cualquier usuario interesado, especialmente si por ello es compensado con recursos económicos. Así, queda insubsistente el tan mencionado consentimiento y condiciones de uso del beneficiario cuando este está constituido por comunidades, de manera que no se cumple con el propósito

declarado por la propuesta de proteger los conocimientos tradicionales, los sistemas de conocimiento y a quienes mantienen y desarrollan dichos conocimientos y sistemas.

Los artículos 4Bis.2 y 4Bis.3 de la propuesta indican que, si el solicitante no conoce la información mencionada en el párrafo 1, indicará la fuente inmediata en la que el inventor o el obtentor solicitante obtuvo o de la que recibió los conocimientos tradicionales. Y que, si el solicitante no cumple con lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, la solicitud no se tramitará hasta tanto se cumplan los requisitos correspondientes. Para ello, la oficina de propiedad intelectual o la oficina de patentes o de protección de las obtenciones vegetales podrá fijar un plazo para que el solicitante cumpla con lo dispuesto en los párrafos 1 y 2. Si el solicitante no presenta esa información dentro del plazo fijado, la oficina de patentes o de protección de las obtenciones vegetales o de propiedad intelectual podrá desestimar la solicitud.

Ante esto, al artículo 4Bis.3 hay que reconocerle el criterio importante que brinda sobre protección contra la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales si no pudieran continuar en trámite las solicitudes de propiedad intelectual cuando estas no cumplan con la información de declarar la fuente y la indicación del consentimiento. Empero, este no es un requisito para toda solicitud de patente y obtención vegetal que sea exigible desde la entrada en vigencia del acuerdo en toda oficina de propiedad intelectual de un Estado miembro, sino que aplica solamente en aquellas solicitudes relacionadas con conocimientos tradicionales como lo indica el artículo 4Bis.1 sin establecerse para ello criterios específicos que ayuden a identificar cuándo una solicitud está relacionada a conocimientos tradicionales. Por lo tanto, hay que confiar en la honestidad declarativa del solicitante al momento de pedir la titularidad de un derecho de propiedad intelectual y, además, en que se realice un examen riguroso sobre el estado de la técnica.

Y, por otra parte, este artículo no es un impedimento de trámite definitivo sino temporal, al que puede establecerse un plazo para satisfacer los criterios de continuación del trámite, luego del cual la oficina de propiedad intelectual puede pero no está obligada a desestimar la solicitud de patente u obtención vegetal, Esta posibilidad, como veremos en la siguiente alternativa del artículo 4Bis.4, resultaría muy útil para legalizar internacionalmente apropiaciones indebidas y no consentidas sobre conocimientos tradicionales.

La primera alternativa al artículo 4Bis.4 de la propuesta es que los derechos que deriven de la concesión de una patente o de un título de protección de una obtención vegetal no se verán afectados si, con posterioridad a dicha concesión, se constata que el solicitante no cumplió con lo dispuesto en los párrafos 1 y 2. Sin embargo, podrán imponerse otras sanciones contempladas en la legislación nacional, al margen del sistema de patentes y del sistema de protección de las obtenciones vegetales, entre otras, sanciones del ámbito penal, por ejemplo, multas.

En esta alternativa, se permite el incumplimiento en la presentación de los pocos requisitos ideados para prevenir la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales que, como se ha visto desde el enfoque que han sido presentados, no garantizan ni mínimamente ser confiables para cumplir con el objetivo mencionado. Peor todavía, se legaliza la concesión del título de patente u obtención vegetal para no afectar la explotación internacional en los diferentes Estados donde se hubiera obtenido la concesión de propiedad, dejando solamente la posibilidad de imponer sanciones a nivel nacional aun cuando se siga aprovechando y lucrando indebidamente del conocimiento en el exterior.

Además, se restringen las materias de las sanciones jurídicas a campos donde no se afecte la explotación comercial de los conocimientos tradicionales. Así, incluso existe más protección internacional obligatoria y expresa respecto a la apropiación de conocimientos que a su

impedimento, pues la alternativa permite que las empresas sigan funcionando, la explotación comercial no sea afectada y la justicia se vea limitada por las fronteras y las materias sin importar el tipo de afectaciones y consecuencias no solo comunitarias sino al interés social que la apropiación de conocimientos significa.

La segunda alternativa es considerablemente mejor para cumplir con los objetivos de protección a los conocimientos tradicionales que para beneficiar su apropiación. En efecto, el artículo 4Bis.4 propone que se establezca que los derechos que se deriven de la concesión de un título serán revocados y no podrán hacerse valer cuando el solicitante no haya cumplido con las obligaciones correspondientes a los requisitos obligatorios previstos en dicho artículo o cuando haya proporcionado información falsa o fraudulenta.

Esta alternativa podría obtener mejores resultados de protección si existiera un mecanismo de cooperación internacional que se refiriese a reversión de concesiones e invalidación de títulos a nivel internacional, para que si en algún Estado miembro una concesión es invalidada o revertida la información del expediente del caso le sea enviada al resto de Estados donde el mismo conocimiento ha sido objeto de protección vía propiedad intelectual de manera que de oficio las oficinas que las concedieron evalúen de acuerdo a las normas internacionales de protección y la documentación remitida la pertinencia de aplicar también en sus territorios procesos de reversión o invalidación a títulos de propiedad intelectual obtenidos indebida o fraudulentamente.

Desde luego, esto implica un acuerdo de criterios internacionales imperativos y obligatorios para establecer las motivaciones que permiten proceder con la reversión o invalidación de títulos de propiedad intelectual relacionados con conocimientos tradicionales, como por ejemplo la falta de consentimiento o la falta de acuerdo de condiciones de uso, sin

perjuicio de que también se prevean otras sanciones como el resarcimiento y la reparación de daños. Este sistema innegablemente ayudaría a disuadir en especial a los usuarios comerciales de conocimientos de futuros intentos por apropiarse de conocimientos tradicionales sin cumplir con procesos como la obtención del consentimiento. Así, esta medida funcionaría como una de las primeras para interrumpir la continuación del daño, la misma que debiera ser gratuita ya que se trata de una enmienda para la vigencia de un derecho de interés social y no de una adquisición de propiedad de interés particular.

No inclusión del requisito de divulgación

La propuesta, por otra parte, también presenta una opción a los anteriores cuatro artículos (4Bis.1, 4Bis.2, 4Bis.3 y 4Bis.4) en la cual el requisito de divulgación quedaría anulado. Esta alternativa manifestaría que los requisitos de divulgación respecto de las solicitudes de patente no incluirán un requisito de divulgación obligatoria relacionado con los conocimientos tradicionales a menos que dicha divulgación sea esencial a los fines de los criterios de patentabilidad siguientes: novedad, actividad inventiva y habilitación.

Esta parte de la propuesta dejaría por fuera los temas de obtenciones vegetales, pero también representa un estancamiento en las condiciones de protección de los conocimientos tradicionales. Efectivamente, deja al tema en las mismas condiciones donde ya se encuentra actualmente, ya que se dice que la divulgación (entiéndase la declaración de fuente e indicación del consentimiento) no sería obligatoria a menos que sea para atender los criterios de novedad, actividad inventiva y habilitación para la concesión de una patente. Sin embargo, en todo proceso de patentabilidad, de existir una fuente de conocimiento primario que haya o no brindado su consentimiento para patentar, el solicitante debe declararlo. De lo contrario, se estaría en

presencia de una apropiación de un conocimiento que no se encuentra en dominio público, donde esa circunstancia es aprovechada para obtener abusivamente un título de patente.

Por lo tanto, el requisito de divulgación ayuda a determinar la novedad y el nivel inventivo de una solicitud. En tal virtud, resultaría más bien lógico y oportuno que se coloque como obligación en todo proceso de patente pues ya no se habla de examinar únicamente conocimientos del mismo sistema industrial sino de los que comenzarían a transferir otros sistemas de conocimientos de los que existe poca o incompleta información referencial.

Así también, es importante que descubridores y generadores de variedades vegetales e incluso creadores relacionados con los derechos de autor y marcas inspiradas en conocimientos tradicionales revelen la fuente, el consentimiento y las condiciones de uso de aquello que utilizaran como material base, en especial si puede afectar negativamente en el mantenimiento y desarrollo de conocimientos tradicionales.

Finalmente, el requisito de la divulgación podría complementarse si va acompañado, o en los casos de imposibilidad de declaración de fuente se encuentra suplido, por una declaración de cada solicitante sobre responsabilidad por omisión o falsedad de información que resulte vinculante y útil en procesos de justicia nacional e internacional en materias más que solo comerciales.

3.3.13. Administración de los derechos/intereses

La propuesta de acuerdo internacional indica que el artículo 5.1 podría tener dos alternativas. Bajo la primera de ellas, los Estados miembros podrán establecer con el consentimiento fundamentado, previo y libre en consulta con los poseedores de los conocimientos tradicionales una autoridad (o autoridades) competente, de conformidad con su legislación nacional y sin perjuicio del derecho de los poseedores de los conocimientos

tradicionales a administrar sus derechos/intereses conforme a sus protocolos, acuerdos, normas y prácticas consuetudinarios.

Además, existiría una adición facultativa a esta primera alternativa que manifestaría que, si así lo solicitan los beneficiarios, una autoridad competente podrá, en la medida en que lo autoricen los beneficiarios y en beneficio directo de estos, prestar asistencia en la gestión de los derechos/intereses de los beneficiarios definidos en el presente instrumento.

Esta alternativa permite observar lo que, en puntos anteriores, se ha indicado respecto a los efectos importantes que podría tener la forma en que se emplean los términos *poseedor* y *beneficiarios*. Como se observa en el primer párrafo, los Estados se encuentran excluidos de considerarse *poseedores* pues se entiende que serían las comunidades con cuyo consentimiento y consulta podrían establecer una autoridad administradora de los derechos. De allí, resulta importante reconocer el derecho de los *poseedores* (exclusivamente comunidades) para administrar estos derechos de acuerdo a sus propias normas e intereses.

En la adición facultativa, en cambio, son los beneficiarios, que según las alternativas propuestas en el artículo 2 son las comunidades y, cuando estas no sean reconocidas por los Estados serán estos últimos los beneficiarios, los que pueden autorizar la asistencia en la gestión de sus derechos. En esta adición facultativa, nuevamente los términos *poseedor* y *beneficiario* se confunden como sinónimos cuando, en el primer párrafo del artículo, parecerían delimitarse. La adición facultativa podría ser más clara al decir que los Estados como beneficiarios (a falta de reconocimiento comunitario) pueden designar una autoridad competente para asistir la administración de sus derechos, ya que resulta menos lógico autorizarse a sí mismo en la figura de una autoridad competente, distinto a lo que esta figura involucra para las comunidades, ya que entendidas como *poseedoras* (según la propuesta) podrían permitir que una autoridad estatal

asista la gestión de sus derechos e intereses. Esto, en cierta forma, también lo hacen cuando otorgan el consentimiento de uso de sus conocimientos a particulares, lo cual, al igual que la asistencia, está limitado por condiciones de uso y atribuciones, respectivamente.

No se puede olvidar, al respecto, que el uso de estos términos también encuentra confusión cuando se habla de *país de origen* y *proveedor*, donde no queda claro si se asume la misma forma de entender al Estado como poseedor del recurso como se hizo en el CDB, pero, que en esta ocasión, versaría sobre intangibles como el intelecto.

Vale la pena destacar que, antes de este artículo, no se menciona al consentimiento fundamentado previo como un procedimiento que también debe reunir la característica de ser libre y, aunque parecería sobrentenderse a lo largo de la propuesta, no resulta infructífero ni redundante su mención expresa. De esta forma, el consentimiento viciado por medidas por ejemplo de coacción o coerción o que abusen de estados de necesidad puede ser previsto por el derecho como un motivo de invalidez, que además de paso a acciones de reparación y sanción. En efecto, tal como lo demuestran ejemplos como Intag o Sarayaku vistos en el primer capítulo, la coacción y otros actos similares no son riesgos impensables sobre el consentimiento no solo informado y previo sino también libre de las comunidades.

La segunda alternativa al artículo 5.1 indicaría, en lugar de lo anterior, que los Estados miembros podrán establecer una autoridad competente, de conformidad con la legislación nacional, para la gestión de los derechos/intereses previstos en el acuerdo.

En esta opción, la propuesta vuelve a la intencionalidad de desconocer la pertinencia de la participación de las comunidades en aspectos que directamente les afectan y en elementos que han sido generados, mantenidos y desarrollados por ellas. Se coloca nuevamente a los Estados como figuras de poder superior que no requieren el consentimiento de las comunidades para

aplicar la legislación nacional y, se asigna a alguna autoridad considerada legalmente (no legítimamente) competente, la gestión de los derechos e intereses que se derivan del acuerdo, el cual especialmente se refiere a la propiedad y cuyas consecuencias en los sistemas legales modernos son, por ejemplo, su transferencia o enajenación, usufructo y uso, manipulación e incluso el derecho a que el propietario destruya la propiedad si lo deseara. Así las cosas, esta segunda alternativa no cumple con la intención declarada por la propuesta de protección a los conocimientos tradicionales, sistemas de conocimientos tradicionales y de quienes los mantienen y desarrollan.

En ambas opciones sobre el artículo 5.1, se deberá, según el artículo 5.2, comunicar la identidad de la autoridad a la Secretaría de la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

No presentaremos observaciones sobre este aspecto.

3.3.14. Excepciones y limitaciones

En los artículos 6.1 y 6.2, se propone establecer las siguientes excepciones generales:

Los Estados miembros podrán adoptar limitaciones y excepciones adecuadas en virtud de la legislación nacional, con el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y la participación de los beneficiarios/en consulta con los beneficiarios/con la participación de los beneficiarios, siempre que el uso de los conocimientos tradicionales protegidos:

- a) Reconozca a los beneficiarios, en la medida de lo posible;
- b) No resulte ofensiva ni despectiva para los beneficiarios;
- c) Sea compatible con el uso leal;
- d) No sea incompatible con la utilización normal de los conocimientos tradicionales por los beneficiarios; y,
- e) No perjudique de forma injustificada los intereses legítimos de los beneficiarios, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros.

Y, cuando haya dudas razonables sobre daños irreparables en relación con los conocimientos tradicionales sagrados y secretos, los Estados miembros no podrán establecer excepciones y limitaciones.

En este punto, es preciso identificar que se habla de excepciones y no de reglas. Por lo tanto, aunque para establecer excepciones existan procesos obligatorios de consentimiento o aprobación o consulta o participación de o con los beneficiarios (al parecer comunitarios y no estatales), las reglas de la legislación en sí no se ajustarán a las necesidades comunitarias. En efecto, dichas reglas no serán revisadas ni modificadas para hacerlas compatibles con las normas y voluntad comunitaria ni estarán obligadas a responder a un enfoque de pluralidad jurídica. Por lo tanto, las excepciones más bien permitirán la legitimación de las reglas, puesto que, para establecer excepciones, se entiende que existe una aceptación tácita de las reglas.

Por otra parte, las excepciones no quedan a libre decisión comunitaria sino que se hacen en contacto con los órganos legislativos nacionales correspondientes. Por el contrario, las reglas son —por así decirlo— unilateralmente establecidas por el legislativo sin requerir para su vigencia el contacto con las comunidades.

Distinto sería si la propuesta, en caso de transformarse en un instrumento internacional vinculante, utilizara algunos de los literales que aquí se presentan para disponer que las legislaciones nacionales y cualquier otro instrumento internacional, por ejemplo, no puedan ser ofensivas ni despectivas para los beneficiarios ni que sean incompatibles con las formas normales con las que ellos han utilizado tradicionalmente su conocimiento. Bajo este enfoque, por excepción las legislaciones nacionales podrían establecer procedimientos para impedir la ejecución de sanciones que, por ejemplo, atenten con dañar irreparablemente derechos humanos básicos.

En otro tema, el literal e) llama la atención respecto a que observa la necesidad de no perjudicar los intereses de los beneficiarios pero también tener en cuenta a los intereses de terceros. Esto abre la oportunidad para interpretar el valor asignado a los intereses de cada sujeto. Bajo nuestra interpretación y forma de leer dicha parte de la propuesta, los intereses de los beneficiarios tendrían prioridad de atención ante los intereses de terceros, ya que a los primeros no se los puede perjudicar mientras que a los segundos se los debe tener en cuenta, puesto que, aunque ambos sean legítimos, corresponden a campos de valoración distintos.

Resulta acertado este criterio pues, como se entiende, el interés social está por sobre el interés particular. Efectivamente, los beneficiarios tanto comunitarios como estatales, por lo general son representantes avalados y responsables de cumplimiento del primero. En cuanto a las comunidades, la misma propuesta reconoce en su prefacio e introducción declarativa los grandes aportes al interés social que se logran gracias al proceder de dichas comunidades. Y, con relación a los Estados, porque ellos, al igual que las comunidades, han sido creados para administrar y gestionar la vida de sus miembros y proteger los intereses colectivizados (sociales), especialmente de quienes ya no hacen parte o no plenamente de la vida comunitaria. Esta situación es diferente de aquella de los sujetos particulares naturales o jurídicos que, de acuerdo con la propuesta, se interpreta que serían los terceros, quienes como centro motivador de su actividad en la mayoría de ocasiones mantienen al interés privado aunque están obligados a respetar e incluso respaldar el interés social, porque al hacerlo, convierten a sus pretensiones en legítimas.

Las excepciones específicas son propuestas desde el artículo 6.3 al 6.7, los cuales, como se observará, eliminan muchas formas y medidas de protección que pudieran haber sido previstas anteriormente.

El primero de los mencionados artículos (el 6.3) facultaría para que, además de las limitaciones y las excepciones previstas en el párrafo 1, los Estados miembros puedan adoptar limitaciones y excepciones adecuadas, de conformidad con la legislación nacional, con los propósitos siguientes:

- a) Enseñanza y aprendizaje, aunque ello no incluye la investigación con fines comerciales ni que dé lugar a beneficios económicos;
- b) La preservación, exhibición, investigación y presentación en archivos, bibliotecas, museos o instituciones culturales, con fines no comerciales relacionados con el patrimonio cultural u otros fines de interés público;
- c) En situaciones de emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia o en casos de uso público no comercial.
- d) La creación de una obra original inspirada en conocimientos tradicionales.

Por otra parte, se indica que esta disposición, exceptuando el apartado c), no se aplicará a los conocimientos tradicionales que se especifican en el artículo 3.1, el cual se refiere a los conocimientos sagrados, secretos o de similar significado de sagrados o secretos para las comunidades.

Posiblemente, debido a un error en la redacción de la propuesta, se omitió dejar expresamente indicado que existiría otra alternativa al artículo 6.3. Sin embargo, por la numeración se deduce que ese es el propósito de la siguiente expresión o si no un complemento redundante a lo anterior ya que no difieren en su contenido aunque esta segunda parte contempla menos circunstancias de excepción que la primera. Bajo esta —para nosotros— segunda alternativa, se indicaría que, con independencia de que el párrafo 1 ya autorice la realización de esos actos, se autorizarán los siguientes:

- a) el uso de los conocimientos tradicionales en las instituciones culturales reconocidas por la legislación nacional vigente, archivos, bibliotecas, museos, con fines no comerciales

relacionados con el patrimonio cultural u otros fines de interés público, incluidas la preservación, la exhibición, la investigación y la presentación; y

b) la creación de una obra original inspirada en conocimientos tradicionales.

Ante estas propuestas, es preciso notar que las excepciones específicas ya no requieren del consentimiento, aprobación, consulta ni participación de las comunidades para quedar autorizadas como tales en las dos alternativas referidas.

Los artículos propuestos también nos permiten entender con mayor claridad que las excepciones tanto generales como específicas, frecuentemente, irían sobre medidas de protección y requisitos para el uso de conocimientos tradicionales. Por lo tanto, son —por así decirlo— excepciones para la desprotección de conocimientos tradicionales con las que su uso queda liberado. En el artículo 6.1, se justifican porque parcialmente se establecen con los mismos beneficiarios comunitarios y, en el 6.3, se justifican porque aparentemente son formas de transferencia legítima del conocimiento aunque no cuenten para ello con el consentimiento comunitario³⁸¹.

Ambas alternativas sobre el artículo 6.3 abordan el uso de conocimientos tradicionales con objetivos educativos y culturales sin fines comerciales o de lucro como una excepción legítima para “liberar” su utilización e, incluso, lo consideran una forma de protección —pues ayudaría en su preservación— y también lo entienden como una forma de contribuir al interés público. Sin embargo, tal como se ha indicado en puntos anteriores, especialmente en los relacionados a bases de datos y archivos (3Bis.1, 3Bis.2, 3Bis.3, 3Bis.4, 3Bis.5 y 3Bis.6), la liberación para la difusión de conocimientos bajo un enfoque de museo o conservación *ex situ* no

³⁸¹ Si bien es cierto, casi ningún derecho es absoluto pues posee excepciones y limitaciones, es necesario notar el argumento con que su existencia es promovida o defendida, y cuál es el interés que acompaña la intención de convertirse en un elemento normativo (qué, cómo, porque, para qué y quién establece o a quien interesa la existencia de ciertos límites).

es ni la mejor ni la única forma de proteger y promover el mantenimiento y desarrollo de los conocimientos tradicionales, pues existe un riesgo considerable en estas medidas de que sirvan de base para la “innovación” de conocimientos con fines comerciales.

En efecto, a los particulares con propósitos lucrativos, se les habría ahorrado recursos y tiempo de investigación autónoma a través de estas medidas, pues se les facilita el aprovechamiento de un proceso cooperativo que pretende hacer del conocimiento, su acceso y aplicación algo de dominio público. Esto gracias a que al convertirse en conocimientos en dominio público, los usuarios comerciales estarían autorizados para que puedan utilizarlo como un elemento a favor de su interés lucrativo, sin tener para ello la necesidad de reconocer a la fuente del conocimiento madre ni de obtener su consentimiento o acordar las condiciones de uso con los beneficiarios.

Por lo tanto, tampoco los usuarios comerciales estarían obligados a permitir la participación de los beneficiarios en los beneficios (valga la redundancia), ni a utilizar los conocimientos como normalmente lo harían los beneficiarios y, mucho menos, a compensar, desistir y reparar los efectos que la explotación comercial del conocimiento derivado pudiera ocasionar a los hábitats en caso de que existan recursos genéticos asociados a los conocimientos tradicionales o de reparar, desistir y compensar por los daños a los sistemas de organización tradicional. En este último punto, también resultarían afectados los sistemas de conocimientos cuando, por ejemplo, se lleva a las comunidades a un proceso de conversión en obreros asalariados, explotadores intensivos de conocimiento, monocultivadores, entre otros, sin que ellas tengan un pleno conocimiento previo para consentir en las consecuencias sobre sus formas de vida comunitarias.

Incluso, con estas medidas de “liberación educativa” de fácil aprovechamiento comercial, se encuentra el riesgo de un reemplazo del conocimiento madre u originario con el conocimiento derivado. De producirse esto, pasará mucho tiempo con implicaciones irreversibles antes de que puedan notarse efectos secundarios externos pero también internos, como, por ejemplo, los efectos en la misma salud de los usuarios consumidores. Se trata de efectos que vale mencionar, pues el conocimiento madre, en sus formas de empleo por una larga data de uso, ha demostrado sostenibilidad, perdurabilidad y con una baja o nula incidencia no deseada para el interés social y de los usuarios. Estas son características con las que el conocimiento derivado no cuenta, resultando entonces la sociedad un sujeto experimental del mismo.

De esta forma, si el conocimiento tradicional no está inserto en procesos educativos consentidos por los beneficiarios para desarrollar experiencias *in situ* que estén adecuadamente planificadas y que observen la capacidad de acogida de los beneficiarios, no existirá una protección real sobre los conocimientos tradicionales y tampoco una defensa plena y verdadera de los intereses sociales. Lo único que se habrá conseguido es reimpulsar el sistema de comercio de conocimientos llevando a los tradicionales al dominio público para que los usuarios comerciales puedan lucrar con sus derivados que algunos podrán justificar como innovación y otros efectivamente pueden entender como uso no consentido y atentatorio, como se ha precisado en los párrafos anteriores.

La propuesta en su conjunto, entonces, debe aclarar si el enfoque del dominio público simplemente se refiere a liberar conocimientos para que puedan ser usados con y sin fines de lucro o si la puesta en dominio público de conocimientos tradicionales sirve para conservar, reproducir y extender el mismo dominio público propio de los sistemas de conocimientos

tradicionales, en cuyo caso se debe atender no solo la posibilidad de saber sino también la posibilidad de hacer, es decir de aplicar y mantener vivo dicho dominio.

Ya que la propuesta no solamente trata sobre excepciones bajo las cuales pueden ser “liberados” los conocimientos tradicionales vinculados a aspectos educativos sino también a los conocimientos considerados culturales, es preciso indicar los riesgos de *folklorizar* o mitificar los conocimientos tradicionales ante la opinión pública en el que se incursiona cuando son puestos en dominio público. No hay que olvidar que, en el contexto actual donde todo es comercializable, también existe una industria cultural³⁸², en la que los sentidos y la complejidad cultural de las comunidades junto con los conocimientos que esa cultura mantiene, desarrolla y expresa en, por ejemplo, elementos materiales, conductas y ritos resulta comercializable mediante representaciones y teatralizaciones con rentabilidad económica dentro de un discurso de deleite exótico.

Sin embargo, una de las consecuencias de usar de esta forma e indiscriminadamente estos conocimientos tradicionales es que anula o disminuye la confiabilidad sobre los conocimientos y su valor aplicativo ante la mirada social y, por lo tanto, le resta posibilidades de fomentar, mantener y desarrollar estos conocimientos con nuevos usuarios no comerciales. De esta forma, las posibilidades de protección de los conocimientos tradicionales resultan víctimas de la descontextualización y empobrecimiento de un ambiente de folklor y mitos que no les reconoce el valor de conocimiento real y práctico.

³⁸² La industria cultural es el movimiento global de producción de cultura como mercadería, los productos culturales tienen el mismo esquema de organización y planificación por parte del management que la fabricación de coches. Theodor Adorno y Max Horkheimer, en “Industria cultural, ideología y poder”, Armand Mattelart (España: Paidós, 1997) 54.

De esta manera, se usen o no con fines comerciales los conocimientos tradicionales culturales en exhibiciones y presentaciones como lo aborda el literal b) de la primera alternativa y el literal a) de la segunda alternativa sobre el artículo 6.3, no pueden ser entendidas como excepciones inocentes o beneficiosas a la protección de los conocimientos tradicionales y, en especial, son ilegítimas si no cuentan con el consentimiento comunitario para estos fines tal como la propuesta propone establecer.

En otro tema, el texto propuesto, únicamente en su primera alternativa en el literal c), manifiesta que otra excepción que podría hacerse en las legislaciones nacionales a la protección de conocimientos tradicionales son las situaciones de emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia o en casos de uso público no comercial. En cierta forma, nuestras observaciones contemplaron de manera breve las circunstancias de necesidad y urgencia al examinar otros artículos de la propuesta, como el 2.2, puesto que resulta en realidad una excepción legítima a favor de las poblaciones de los Estados, la humanidad en general y el planeta suspender el control comunitario sobre sus conocimientos tradicionales y los recursos asociados a ellos cuando de eso dependa solucionar, detener o subsanar amplios daños colectivos irreparables. No obstante, la propuesta no establece una medida de suspensión, la cual es una excepción a la administración y protección de conocimientos pero de tipo temporal y no definitiva, sino que deja abierta la posibilidad de limitar a criterio estatal la administración de estos conocimientos y su protección según como lo entiendan los contenidos de las legislaciones a las circunstancias de urgencia y necesidad.

En el Ecuador, por ejemplo, el Presidente de la República puede enviar al poder legislativo proyectos de ley calificados de urgencia en materia económica³⁸³. En cambio, la calamidad pública, grave conmoción interna o desastre natural son declaradas como estados de

³⁸³ Art. 140 de la Constitución de la República del Ecuador.

excepción³⁸⁴. Y, por otra parte, las emergencias entendidas como desastres³⁸⁵ son más bien previstas en normativas no constitucionales como en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que entiende a las emergencias como acontecimientos graves de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional³⁸⁶.

De esta forma, el gobierno ecuatoriano podría considerar exceptuar de la protección y administración o de los requisitos de transferencia a muchos conocimientos tradicionales mediante una ley ya que puede considerar que las circunstancias son económicamente urgentes para justificarlo o podría declarar que por emergencia sectorial o institucional se exceptúan de protección algunos de estos conocimientos. Por ello, es importante que la propuesta defina criterios de emergencia³⁸⁷ en los que la excepción pueda ser aplicada y no deje abierta la posibilidad de que los Estados lo entiendan a su conveniencia respecto al cómo, cuándo y bajo qué circunstancias considera algo como urgente y necesario para retirarle la administración de conocimientos tradicionales a los beneficiarios comunitarios y negarles medidas de protección y realización de objetivos, de tal forma que no se utilice una real y legítima circunstancia de interés social como una forma de vulneración encubierta.

Así las cosas, se reitera la observación que se ha realizado a muchos de los artículos propuestos respecto a que un verdadero instrumento de protección internacional no puede dejar de establecer cuáles son las medidas expresas y obligatorias de protección y bajo qué criterios estas serán implementadas y son exigibles. En este caso, por ejemplo, podría expresarse que cuando existan circunstancias evidentes de urgencia o probadas de necesidad que están

³⁸⁴Art. 164 de la Constitución de la República del Ecuador.

³⁸⁵Art. 389 núm. 5 y 6 de la Constitución de la República del Ecuador.

³⁸⁶Art. 6 núm. 31 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador.

³⁸⁷El Art. 31 del ADPIC menciona para el contexto de las patentes a la emergencia nacional, las circunstancias de extrema urgencia y los casos de uso público no comercial, de forma que un primer acercamiento a la doctrina elaborada sobre estos conceptos podría orientar acuerdos respecto a situaciones similares respecto a conocimientos tradicionales.

generando amplios daños colectivos irreparables en los que exista evidencia irrefutable o la duda razonable de poder ser subsanados, detenidos o solucionados mediante conocimientos tradicionales, se exceptuará la protección de los mismos y el control de los beneficiarios comunitarios sobre ellos. Sin embargo, se procurará que los beneficiarios participen de la aplicación de sus conocimientos, además de que, terminada la urgencia, deberá regresarse al estado anterior sobre el uso de los conocimientos en la medida de lo posible, debiendo en especial todo agente de comercio dejar de lucrar con dichos saberes y realizar una repartición justa de beneficios además de estar obligados a suscribir un acuerdo de consentimiento para futuros usos y derivados incluyendo casos de emergencia, urgencia o necesidad.

Ante el literal c) de la primera alternativa del Art. 6.3, es preciso indicar que, en cualquier propuesta sobre liberación de conocimientos por emergencia, debe quedar claro qué se entiende por urgencia y qué por necesidad de interés social, cuál es el protocolo básico de intervención sobre los beneficiarios observando las principales circunstancias que podrían presentarse, establecer medidas preventivas y de protección incluso contra el riesgo de que los conocimientos tradicionales sean difamados mediante el mito o el folklor, la reparación de daños y reversión de la administración, formas de control para que la liberación de conocimientos tradicionales por circunstancias de emergencia, necesidad o urgencia sean la excepción y no la regla o el hábito para su desprotección, entre otros criterios.

Finalmente, esta propuesta sobre excepciones específicas en el literal d) de la primera alternativa propone que los Estados podrán establecer excepciones para los conocimientos tradicionales cuando se trata de la creación de obras originales inspiradas en conocimientos tradicionales. Así también, en el literal b) de la segunda opción, se indica que, como excepción, se autorizará la creación de obras originales inspiradas en conocimientos tradicionales.

Se considera que los derechos de autor ofrecen también una circunstancia justificable para exceptuar generalmente de protecciones a los conocimientos tradicionales, lo cual, en definitiva, indica que los derechos de autor tendrían preminencia sobre derechos de conocimientos tradicionales. En efecto, si la creación está inspirada en ellos, en especial en la segunda alternativa que no requiere que el Estado así lo reconozca legalmente, se encontraría liberada para ser expresada por un sujeto natural o jurídico como si se tratara de una creación. Esto es posible especialmente porque el término original, a menos que este instrumento lo fuera a declarar distinto, apela a que una obra tiene tal cualidad cuando es diferente de otras formas de expresión preexistentes, de manera que, a pesar de estar inspiradas en conocimientos tradicionales, siguen siendo originales y, por lo tanto, exentas del control de los derechos de conocimientos tradicionales.

Esto permitiría que fácilmente un conocimiento o pistas y fragmentos de éste puedan ser puestos en dominio público a través de obras sin contar con el consentimiento de los beneficiarios, lo cual, no parecería reunir condiciones para justificarlas como una excepción legítima, incluso si se le aplicara conceptos de “progreso cultural”, ya que tenemos la duda razonable de si una obra más bien evita que los individuos y las colectividades experimenten por sí mismas los conocimientos tradicionales y sus contextos de ser posible, frente a lo cual cabe reflexionar cuando una obra es un medio necesario para acceder a otros mundos que únicamente con su existencia son posibles de abstraer; y cuando, en cambio, con ella se reemplaza una praxis social diversificada propio de un ambiente de convivencia y desarrollo pluricultural permanentemente en convivencia, que podría resultar lesionado si los conocimientos tradicionales se tornan objetos de mitificación (perdida de contexto) a través de una

representación superficial de todo un mundo cultural que solamente es percibido como valor estético mediante una puesta en escena.

Allí observamos entonces a la posibilidad de vivencia frente a la de observancia, donde interpretamos que la primera forma parte de un interés social superior preferente a la segunda; o, en el mejor de los casos, contrapone dos intereses sociales, ante lo cual la propuesta no prevé mecanismos dirimentes para atender las particularidades que en cada caso pudieran presentarse para determinar cuál es el interés social superior, sino que le brinda preminencia permanente a los derechos de autor con una autorización permanente para actuar inspirado en (utilizando) conocimientos tradicionales.

En el artículo 6.4 de la propuesta, se indica que no se reconocerá el derecho a impedir la utilización por terceros de conocimientos que:

- a) Se hayan creado de forma independiente, fuera de la comunidad de los beneficiarios.
- b) Se deriven legalmente de otra fuente que no sea el beneficiario.
- c) Sean conocidos por medios legales fuera de la comunidad de los beneficiarios.

También la misma propuesta presenta como alternativa a este artículo que las disposiciones del artículo 3 no se aplicarán a todo uso de los conocimientos que se encuentre inmersos en alguno de los anteriores literales.

En tal virtud, ambas alternativas permiten que todas las “medidas de protección” que se establecieron para conocimientos tradicionales protegidos, tanto del artículo 3 en la segunda alternativa sobre secretos, sagrados, sin amplia difusión o los disponibles públicamente como las medidas en general según la primera alternativa, queden invalidadas, beneficiando la utilización de terceros cuando estos los hayan obtenido por medios legales.

Ante esto, es preciso recordar que no solo el consentimiento o los acuerdos sobre condiciones de uso con los beneficiarios podrían entenderse como medios legales, sino que,

según la propuesta, también las bases de datos, los usos liberados para la creaciones de obra, la administración de derechos en nombre de los beneficiarios, el dominio público, la ingeniería inversa, entre muchas otras vías incluyendo las que las legislaciones nacionales prevean en cada jurisdicción podrían interpretarse como medios legales. Dichas vías favorecerían la utilización de terceros de los conocimientos tradicionales sin que pueda ser impedida, aunque, en realidad, pueda ser cuestionable la legitimidad de ellas como se ha analizado en los diferentes puntos y que incluso, en muchos casos, son ilegales como en algunos aspectos se ha mencionado desde parámetros de derechos humanos y no solo desde la legalidad entendida por el sistema de propiedad intelectual.

Por otra parte, el criterio de independiente no parece referirse a que sean conocimientos que no provengan de ningún aporte comunitario o indicio sobre recursos del hábitat ya que eso lo descalificaría como conocimiento tradicional y, por tanto, no sería necesario precisarlo entre las excepciones debido a que hace alusión a un mismo o similar resultado al de los conocimientos tradicionales pero logrado autónomamente. Empero, no queda del todo claro a qué se refiere la propuesta cuando menciona que se exceptúa el conocimiento creado fuera de las comunidades donde crear podría ser sinónimo de modificar y por fuera podrían entenderse, por ejemplo, a los procesos de ingeniería inversa sobre los cuales también hemos acusado observaciones anteriormente. Por tal motivo, este primer criterio de excepción del artículo 6.4 debe ser definido y aclarado en la propuesta, ya que se torna ambiguo y relativiza los criterios de protección.

El artículo 6.5 indica que no se considerará que los conocimientos tradicionales protegidos han sido objeto de apropiación o utilización indebidas si:

- a) Los conocimientos tradicionales fueron obtenidos de una publicación impresa.

- b) Los conocimientos tradicionales fueron obtenidos con el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y la participación de uno o más poseedores de conocimientos tradicionales protegidos, o
- c) Con el acuerdo de la entidad coordinadora nacional se han establecido condiciones mutuamente convenidas para el acceso y la participación en los beneficios o una compensación justa y equitativa en relación con los conocimientos tradicionales protegidos que se han obtenido.

Este artículo transformaría, en gran medida, el contenido declarativo-interpretativo del prefacio o introducción de la propuesta sobre la expresión *apropiación indebida* en un elemento vinculante si la propuesta llegara a ser suscrita. Precisamente, al examinar esta expresión al inicio de la propuesta ya se realizó la observación sobre los libros como un instrumento de fácil manipulación con el que la información sobre conocimientos tradicionales puede ser incluida en su contenido y liberada de responsabilidad para su uso no consentido. No resulta difícil pensar en que se pueden utilizar varios mecanismos para evadir y hacer coincidir con esta excepción un conocimiento y así restarle derechos o medidas de protección que, en esta propuesta, son principalmente de tipo preventivo, como los requisitos. Con esta excepción, investigaciones “objetivas” de universidades o reportajes de medios informativos como periódicos y revistas no solo científicos o informativos sino también turísticos y de otro tipo —y hasta fotoreportajes y dibujos— podrían filtrar información sobre conocimientos tradicionales y validar su utilización sin que, para ello, se requiera el consentimiento de los beneficiarios.

El literal b), en cambio, pone en riesgo la cohesión de las comunidades, pues indica que no existe apropiación indebida cuando los conocimientos tradicionales han sido obtenidos con el consentimiento o la aprobación de por lo menos uno de los poseedores (beneficiarios comunitarios). Por lo tanto, puede inducir maliciosamente a la competencia entre comunidades para que la primera en consentir obtenga tratos preferenciales, actividad que los usuarios

comerciales podrían impulsar para evitarse el trabajo de obtener el consentimiento de todas las comunidades involucradas y la suscripción de condicione de uso, cuando simplemente requieren del primer consentimiento o aprobación para hacer uso de los conocimientos tradicionales de varias localidades.

Y, por otra parte, aunque las comunidades indígenas del sur de la Abya Yala están menos expuestas que otras a este tipo de competencia gracias a su cosmovisión, en especial cuando se trata de comunidades que pertenecen a una misma nacionalidad, no se puede olvidar que existe un proceso de globalización que cada vez deja menos espacios para la diversidad de sistemas sociales. Cada vez con más frecuencia se presentan casos como los de las comunidades mestizas de Intag o las indígenas de Huaorani donde las empresas y los gobiernos han promovido acciones de división para obtener el permiso de algunas de las comunidades o de los miembros para explotar recursos y ejercer presión sobre las que no consienten, como se pudo observar en el capítulo 1.

La existencia de conocimientos tradicionales intercomunitarios obliga a que cualquier acuerdo internacional para la protección de estos conocimientos que prevea al consentimiento como requisito de acceso establezca el momento en que este se entiende perfeccionado y puede surtir efecto. Allí por ejemplo, el criterio de cuidado de las relaciones intercomunitarias debería estar presente cuando se trate de conocimientos compartidos entre ellas, de forma que para ser utilizado se requiera del consentimiento y condiciones de uso consensuadas por todas las comunidades involucradas sin excepción, pues tal como se colocó en la observación al artículo 2.2, de no existir consenso y ya que el conocimiento es de administración colectiva, lo más apropiado sería entenderse como negación del consentimiento y no como aprobación de uso con

el simple consentimiento de uno de los involucrados, como si se tratara de una propiedad individual.

Este literal también permite la reflexión sobre el efecto que un acto como el de consentir podría producir en los sistemas de justicia comunitarios y en especial indígenas. Cuando una comunidad haya otorgado el consentimiento y a ello estén opuestas varias de las comunidades que integran una nacionalidad o una asamblea de pueblos, muy seguramente la justicia comunitaria indígena entrará a resolver. Sin embargo, si se tomara una decisión de revocar el consentimiento entraría en conflicto con una disposición internacional que respaldaría, según la propuesta, al usuario que obtuvo el consentimiento, extendiendo el perjuicio al ambiente comunitario de convivencia entre otros efectos dañinos abordados en puntos anteriores sobre apropiación de conocimientos.

El literal c) del artículo 6.5 propone, además, la existencia de una entidad coordinadora nacional. No obstante, aunque no determina su conformación y la legitimidad de su representatividad, sí le permite consentir en la conversión a propiedad de los conocimientos tradicionales como una especie de organismo administrador que puede acordar las condiciones de acceso o compensaciones. Presumiblemente, esta entidad coordinadora nacional sería un órgano burocrático estatal, lo cual, de ser así, desconocería injustificadamente (ya que, en el artículo propuesto, no se expresan motivos) el derecho exclusivo o preferencial de las comunidades para ser quienes otorguen el consentimiento y acuerden las condiciones de uso, además de las compensaciones y beneficios. Se trata de una entidad sobre la cual no se indica que exista la responsabilidad y obligación de que entienda el sistema tradicional de conocimientos y la cosmovisión de los beneficiarios comunitarios involucrados para poder representar fielmente los intereses comunitarios y sociales en el consentimiento como

mecanismo de protección ideado en principio para la protección de conocimientos, y no para la promoción del comercio.

Respecto al artículo 6.6, no se presentan observaciones, ya que su contenido da continuidad al dominio público y protege el interés social y comunitario al permitir que se excluya de la protección —entendida como atribución de la propiedad— a los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos de los conocimientos tradicionales con los que se trata a seres humanos y animales, algo que incluso el ADPIC con todo su posicionamiento comercial ha tomado en cuenta en las excepciones a la patentabilidad según el artículo 27 numeral 3 literal a.

Sin embargo, el artículo 6.7 sí presenta una observación puesto que indica que las autoridades nacionales excluirán de la protección los conocimientos tradicionales que ya están disponibles al público sin restricción. Esta disposición posiblemente impediría procesos de reversión y reparación de conocimientos tradicionales ya que pueden considerarse como ya disponibles al público, de igual forma que aquellos donde la difusión no sea o haya sido consentida pero que, sin embargo, ya estén disponibles públicamente. Estas circunstancias, según el artículo, podrían interpretarse como conocimientos que han perdido la calidad de protegidos y que, por tanto, podrán ser utilizados sin restricción tanto comercial como no comercialmente.

3.3.15. Duración de la protección

Se propone, en el artículo 7, que los Estados miembros podrán determinar el plazo adecuado de duración de la protección o de los derechos sobre los conocimientos tradicionales de conformidad con el artículo 3 (criterios y ámbito de protección), que podrán permanecer o permanecerán en vigor mientras los conocimientos tradicionales cumplan los criterios de admisibilidad para la protección establecidos en el artículo 1/3.

En esta parte de la propuesta, se destaca el enfoque utilitarista con el que estaría marcado un posible instrumento de derecho internacional con este articulado. En efecto, para la propuesta, un conocimiento tradicional no merece la protección porque sea de ámbito secreto, sagrado, sin amplia difusión o difundidos públicamente. Tampoco porque esté asociado de forma distintiva al patrimonio de beneficiarios, se transmita colectivamente o haya sido utilizado en no menos de 50 años. El argumento de fondo para ser merecedores de protección, tal como se reconoce en la introducción de la propuesta, es que su existencia, mantenimiento y desarrollo es la que ha generado resultados globales benéficos para la humanidad y el planeta entero como la conservación ambiental, seguridad alimentaria, sostenibilidad de usos, entre muchos otros, de tal forma que su protección solo debería fenecer cuando los efectos que produzca la protección de conocimientos tradicionales sean adversos al interés social y no por incumplir criterios convencionales de comercio sobre admisibilidad, aun cuando pudieran provenir del interés por dinamizar la economía mediante la irrigación de capital monetario para el sistema mercantil.

Una protección ilimitada en el tiempo no versa exclusivamente sobre conocimientos determinados sino que incluye a los frutos, beneficios y conocimientos derivados, además de las fuentes de dicho conocimiento como las comunidades, los hábitos y los sistemas de conocimiento, por ello, no entran en crisis el desarrollo y dinamismo del saber tradicional, pues la circunstancias que alimentan su mutabilidad permanecen presentes³⁸⁸.

Ante esto es preciso recordar que el desarrollo del conocimiento tradicional –que muchos llaman progreso bajo la idea lineal de un continuo no diversificable- no es estático sino dinámico como se ha destacado en el capítulo 1, por lo cual el imponerle cortes temporales inserta una anomalía en su desarrollo. Pero además, es un desarrollo y dinamismo que puede ser

³⁸⁸No se puede olvidar que los secretos empresariales también gozan de protección sin límite temporal y se protegen sin necesidad de registro. OMPI, “Cómo proteger secretos comerciales” <http://www.wipo.int/sme/es/ip_business/trade_secrets/protection.htm>. Consulta: 19 de octubre, 2014.

potenciado con las mismas lógicas de complementariedad que han mantenido muchas comunidades indígenas, mediante las relaciones de diálogo y acción cooperativa entre los conocedores tradicionales con los usuarios, terceros, los nuevos grupos y colectivos que practican, rescatan y desarrollan conocimientos tradicionales formando contextos similares a las circunstancias in situ y con los Estados que administran conocimientos.

A propósito de lo anterior, existen distintas perspectivas para proteger los conocimientos tradicionales en la propuesta. Empero, la gran mayoría parece cooperar con un enfoque predominante por convertir a estos conocimientos en propiedad como la medida de protección por excelencia. No obstante, como se ha dejado varias veces por sentado, esta medida no es una fórmula de aplicación universal que pueda causar los mismos efectos en todas las realidades. En especial, esta medida, en el caso de las comunidades tradicionales generalmente indígenas, es opuesta a muchas de sus prácticas, estructuras y formas de organización social por lo que sus efectos podrían ser considerablemente adversos.

Por otra parte, este artículo permite observar que uno de los efectos de establecer una duración a la protección de conocimientos tradicionales es que reduce un conocimiento milenario a pocos años de utilización e incentiva la pérdida de protección cuando por difusión ya no es explotable por un solo usuario o grupo de usuarios comerciales, de forma que pierde la calidad y utilidad de protección para el sistema de comercio intelectual. Sin embargo, no debe perderse de vista que las garantías de protección propuestas por la OMPI no son las únicas que se pueden aplicar tanto antes como durante y después de la explotación comercial. En tal virtud, declarar que toda protección al conocimiento tradicional por haber transcurrido un plazo determinado es desconocer la aplicabilidad y pertenencia de otras medidas no contempladas.

CONCLUSIONES

1. Distintos conocimientos responden a distintas necesidades, circunstancias, realidades y objetivos sociales.

El conocimiento indígena está, por ejemplo, ligado a la idea de sostenibilidad y reproducción de la vida no solo humana sino a todas sus formas de expresión, como la conservación del hábitat por lo cual ha desarrollado saberes, prácticas y estrategias de autosustentabilidad. El conocimiento occidental está ligado al aprovechamiento intensivo y de beneficio inmediato de los recursos naturales por lo cual ha desarrollado saberes, prácticas y estrategias industriales. De la misma manera, existen otros ejemplos en diversidad de campos que han sido brevemente presentados.

Por este motivo, no existe conocimiento superior o inferior, sino, diferentes conocimientos que pueden responder, con distintos grados de eficiencia, a diferentes objetivos sociales. En tal virtud, si se desea proteger la existencia de conocimientos, hay que conocer y respetar los sistemas sociales de los que provienen y, por tanto, la forma de aplicación, administración e intencionalidad de los saberes.

2. Los intereses comunitarios, especialmente indígenas, no pueden ser acusados de ser intereses locales o grupales egoístas con el resto de la humanidad. Por el contrario, han resultado ser compatibles y empatizar en distintos campos con los intereses sociales generales, en especial, al momento de repartir y permitir el acceso, uso y disfrute de los efectos benéficos y resultados obtenidos tanto a través del conocimiento propiamente aplicado como de los sistemas de administración del conocimiento.

3. La protección del conocimiento tradicional puede ser entendida desde varios enfoques. La lógica de propiedad y, particularmente, la de propiedad intelectual se centra en tratarlo como un

objeto mercantil cuya existencia es única e irrepetible (como en los bienes corpóreos), por lo que su transferencia entre propietarios deriva en acuerdos particulares sobre el objeto transable.

Otra lógica, especialmente la de muchas comunidades y pueblos indígenas de la región centro y sur de la Abya Yala, entiende al conocimiento como una existencia libre de apropiación o de pertenencia a un particular y sujeta a administración de uso como una forma de cooperar entre los miembros, el entorno y la fuente espiritual del saber. En tal virtud, del conocimiento tradicional no puede ser objeto de apropiación pero sí de administración, y así derivar en acuerdos colectivos donde se encuentran insertas las acciones individuales sobre las condiciones de uso.

4. De la misma forma, en la primera lógica, el propietario puede hacer con su propiedad (el conocimiento) lo que desee bajo la figura de libre mercado, permitiendo el acceso a los beneficios del conocimiento aplicado en virtud de la capacidad de pago del requirente. Al contrario, en la segunda lógica, el usuario puede ayudarse del conocimiento para sus necesidades colectivas o individuales bajo la figura de libre aplicación o conocimiento abierto mientras su actividad no se oponga al bienestar humano, natural y espiritual.

5. En la lógica de la propiedad, el conocimiento es un objeto separado del sujeto generador. Por ello, al transferirse el primero no se alteran las circunstancias del segundo y la sociedad continúa accediendo bajo las mismas condiciones de pago a los beneficios del saber. En la realidad indígena, en cambio, el conocimiento está ligado a la práctica comunitaria de tal forma que no existe ni siquiera propiedad pública sino uso público, en donde no se encuentran separados el conocimiento, el aplicador y la comunidad, sino que todos estos conforman una totalidad vivencial, de manera que, al alterarse uno de ellos, se impacta en la continuidad y desarrollo de los otros.

6. Los instrumentos internacionales de alcance global sobre distintos tipos de expresión del intelecto se encuentran parcializados y favorecen un modelo de comercio industrial y de propiedad privatizada del conocimiento protegida por el poder estatal e internacional, donde incluso uno de los principales instrumentos sobre diversidad biológica de nivel mundial complementa dicha parcialidad.

Este tipo de normas globales sobre intelecto y diversidad biológica es el que ha permitido, debido a que no involucra perspectivas distintas para la protección de conocimientos tradicionales, la apropiación de estos y de los recursos genéticos a ellos asociados tal como se reporta en múltiples casos.

7. Los estados de necesidad y urgencia son elementos que justifican la suspensión de las reglas de propiedad intelectual, tal como se pudo ver en el artículo 31 literal b) del ADPIC, pero una vez superadas las circunstancias de necesidad, el conocimiento regresa al control de su propietario. Sin embargo, en las propuestas tratadas sobre conocimientos tradicionales no se prevén aún los mecanismos y garantías para que el conocimiento tradicional regrese al estado de ejercicio anterior y al control de los concededores tradicionales una vez superada la circunstancia de necesidad y emergencia.

8. El concepto de propiedad no es un concepto universal ni mucho menos aplicable o conveniente de aplicar a todo lo que existe, ya sea tangible o intangible. Evidencia de esto es el caso de las comunidades especialmente indígenas de la región sur de la Abya Yala cuya organización social responde a otros valores colectivos como el de la renovación de los ciclos de la vida por lo que sus actividades y estilos de vida giran en torno a otras motivaciones no derivadas del afán de poseer, acumular o mantener bajo dominio un bien -ni tangible (naturaleza) ni intangible (saber-hacer) de efecto general (runas, wacas y sallqa)-.

Por este motivo, trasladar la lógica de propiedad a estas comunidades es infringir y alterar su normal desarrollo, valores organizativos y libre determinación aun cuando se realice para promover una medida que evite la apropiación no consentida sobre sus conocimientos por parte de los miembros de otros sistemas de conocimiento, ya que, de todas formas, implicará expandir la presencia de una sola forma de administrar el conocimiento y reducir la gama de posibilidades administrativas globales, regionales y locales respecto al tema.

9. “Incluir” a las comunidades en la lógica de propiedad implica agregarlas forzadamente a participardel control de prácticas abusivas que provienen de los miembros y paradigmas de otros sistemas a través de procedimientosy criterios ajenos, no solicitados, validados, consentidos ni planificados con gran cantidad de las comunidades involucradas.

10. La propuesta sobre apoyo mutuo entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el CDB apunta varias perspectivas con incidencia directa sobre la protección de conocimientos tradicionales. Entre ellas, vale mencionar la divulgación de información sobre la proveniencia del recurso, el consentimiento fundamentado previo mediante certificados de cumplimiento, el impedimento de continuidad de trámites de patentes y la modificación del ADPIC para la previsión de sanciones por parte de los Estados a quien incumpla con la obtención del consentimiento y la repartición justa de beneficios en los procesos de obtención de derechos de propiedad intelectual sobre recursos genéticos y conocimientos tradicionales.

La propuesta de la OMPI sobre protección de conocimientos tradicionales presenta otras perspectivas que fácilmente podrían resultar complementarias con las mencionadas en el anterior párrafo. Entre ellas, se cuentan la necesidad de que el mundo conceptualice normativamente a la apropiación indebida de estos conocimientos, el uso indebido, los beneficiarios y el dominio público, necesidad de acuerdo sobre los criterios de admisibilidad y protección, la creación de

bases de datos, las medidas de oposición, las sanciones y el ejercicio y administración de derechos, las excepciones y limitaciones de la protección, entre muchas otras.

Sin embargo, la presente investigación mostró que el primer grupo de perspectivas promueve una mayor obligatoriedad en la protección de los conocimientos tradicionales estableciendo elementos y mecanismos puntuales para acciones internacionales específicas de protección, mientras que el segundo grupo se enfoca en consolidarse como normas de tipo *soft law*. En efecto, en el segundo grupo no existe obligatoriedad de cumplimiento sino compromisos para impulsar, desde el derecho internacional, la integración de estas nociones de protección en los sistemas normativos estatales, pero, sin determinar criterios y elementos de protección específicos a nivel nacional y sin plantear la posibilidad de acciones, sanciones y seguimiento de infracciones a nivel internacional sobre protección a conocimientos tradicionales.

Se apreció también que, en caso de que se establezca que la protección llegue a depender del criterio exclusivamente estatal, entonces, se reduce la función de un acuerdo internacional a un instrumento de legitimación en el que se autoriza a los Estados a continuar legislando discrecionalmente el tema, no siendo un instrumento de protección sino un permiso de regulación de reconocimiento general.

11. La cosmovisión indígena nos ha permitido interpretar que, en otros sistemas de conocimiento, las variables introducidas al saber —conocidas como innovaciones— no son identificadas como conocimientos nuevos e independientes. Por esta razón, los futuros mecanismos de protección que incorporen como requisito al consentimiento fundamentado previo y libre por parte de los concededores tradicionales podrían y en muchos casos deberían introducir, entre las condiciones de uso, aquéllas sobre conocimientos derivados y conocimientos innovados.

12. Ninguna de las perspectivas y propuestas globales observadas y tampoco los instrumentos del derecho internacional de aplicación mundial examinados reconocen la pertinencia de la cooperación y coordinación con otros sistemas jurídicos alternativos que no sean solo los estatales.

En el tema que nos ocupa, dichos sistemas serían principalmente los de justicia comunitarios y los de administración tradicional de conocimientos.

Esta falta de reconocimiento sobre diálogos cooperativos de sistemas jurídicos oficiales y emergentes-resistentes excluye otras perspectivas de protección y justicia sobre el uso de los conocimientos tradicionales que no se están tomando en cuenta en el panorama nacional y planetario. Esto tendrá implicaciones contrarias al objetivo de protección, más que en el proceso propositivo, en los momentos aplicativos de la(s) norma(s) que se convenga(n).

13. Las perspectivas oficiales globales que han sido analizadas abordan el conocimiento tradicional como un elemento aislado de su contexto socio-cultural e incluso natural, de tal forma que no discuten ni prevén protecciones para el entorno y la función que ejerce en su contexto este tipo de conocimiento más allá de la posibilidad de convertirse en propiedad y de sus posibilidades de uso comercial dentro del mercado. Esto ha implicado que no se discuta sobre los usos responsables del conocimiento y las consecuencias de cambiar su tradición aplicativa tanto para su contexto como para los contextos conexos, incluso de su uso por fuera de la participación de los conocedores tradicionales, si dicha circunstancia llegara a producirse. Una falta de reflexión que permite que se continúe generalizando la idea de que el sistema de propiedad sobre el intelecto es la forma adecuada de aplicar el conocimiento mundial en relación al interés social.

14. Las propuestas analizadas nos permiten indicar la conformación de, por lo menos, una línea global oficial respecto al tema de conocimientos tradicionales que pretendería mutar la

naturaleza no lucrativa de los conocimientos tradicionales para que se adapte a convencionalismos y criterios de explotación intensiva y a gran escala, de manera que logre “integrarlo” al comercio industrial y a los intereses de los sujetos que dominan dentro de él.

15. La presente investigación nos ha mostrado que es necesario comprender que un conocimiento que está disponible para uso público —conocido también como dominio público— por lo cual ha perdido la capacidad de convertirse en propiedad privada no necesariamente se encuentra en imposibilidad de ser protegido, ya que la protección comercial no es el único medio de protección pues, por ejemplo, existen mecanismos del derecho social bajo los cuales pueden ser tutelados los conocimientos —entre ellos— los tradicionales, especialmente con el propósito de salvaguardar sus potencialidades respecto al interés social.

16. La protección plena de conocimientos tradicionales no es posible si no se cuida la capacidad de gestión de las comunidades respecto a sus saberes y prácticas. Resulta, entonces, que proteger el ejercicio de los sistemas de conocimientos tradicionales significa también proteger, a través del conocimiento, las posibilidades de diversidad social y coexistencia entre modelos sociales. Con lo que también se contribuye a incentivar el cumplimiento progresivo y efectivo de muchos instrumentos internacionales de derechos humanos y económicos, además de un proceso de diálogo y cooperación entre sistemas jurídicos que asumen nuevos valores en torno a la pluralidad en lugar de la universalización inconsulta de paradigmas normativos.

RECOMENDACIONES

1. En el caso de los conocimientos tradicionales, es necesario un consenso global interdisciplinario sobre qué se debe entender por el concepto *protección*. Y, entre esos aspectos, si acaso protección internacional será conceptualizada únicamente como el promover acciones o publicitar buenas intenciones estatales o si abarca obligaciones de hacer y no hacer además de los medios para efectivizar el cumplimiento de las normas y criterios básicos de protección que se hayan acordado.

2. Es necesario que toda perspectiva y propuesta sobre conocimientos tradicionales declare o que en ella se detecte la rama o materia del derecho internacional a la que se pretende vincular dichos conocimientos, además de las limitaciones o aspectos que quedan por fuera del enfoque que se utilice para ello.

Así, por ejemplo, las perspectivas globales provenientes de fuentes “oficiales” de iniciativa normativa internacional, como las vistas en el capítulo final, deberían declarar que la materia del derecho internacional a la que se pretende remitir la protección de conocimientos tradicionales es el derecho internacional del comercio y que, entre los aspectos que quedan por fuera de este enfoque, se encuentran el derecho internacional sobre derechos humanos y algunos paradigmas del derecho internacional económico³⁸⁹. Dichas perspectivas también deberían indicar que están limitadas a la lógica del comercio global contemporáneo y de propiedad sobre el intelecto, sin prever cambios de lógica comercial ni rescate o cooperación con otros modelos de comercio o sistemas de conocimiento de tipo local o ancestral.

3. Todo instrumento internacional sobre conocimientos tradicionales debería incluir:

³⁸⁹ Aun a pesar de utilizarse en las propuestas mecanismos como el consentimiento que hacen relación al derecho de libre determinación incluido tanto en la propia Declaración Universal de Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

1) Una cláusula de honestidad para interpretar el espíritu de la norma, cláusula compuesta especialmente por los elementos mencionados en la segunda recomendación.

2) Una cláusula de salvaguarda en caso de conflicto del instrumento internacional con disposiciones internacionales sobre derechos humanos considerados irreparables, invaluable e incompensables³⁹⁰, cláusula en la que se establezca que, en estos casos, siempre se aplicará el sentido(s) y mecanismo(s) que favorezca(n) más a la vigencia plena y protección más amplia de este tipo de derechos humanos.

3) Una cláusula compromisoria para las personas naturales que suscriben y ratifican dicho instrumento, cláusula que se constituya en fuente de responsabilidad imprescriptible ante sistemas comunitarios e internacionales de justicia que puedan actuar de oficio o a petición de parte cuando dichas personas naturales hayan autorizado la inclusión de disposiciones que claramente contravienen o contradicen la protección de derechos humanos que son irreparables, invaluable e incompensables. Una cláusula así permitiría que los responsables de incluir o incentivar violaciones a normativas de derechos humanos y comunitarios respondan ante los sistemas de justicia como los sistemas comunitarios³⁹¹ en las materias aplicables³⁹² para mitigar, compensar, resarcir, solucionar o reparar el daño; ante los sistemas de justicia internacional en las materias no aplicables a los sistemas comunitarios para también mitigar, compensar, resarcir, solucionar o reparar el daño en los aspectos no contemplados comunitariamente; y, ante

³⁹⁰ En un intento inicial por señalar qué derechos humanos podrían ostentar esta calidad indicamos el derecho a la vida y el derecho colectivo a la libre determinación y, aunque es criticable el intento por clasificar los derechos humanos cuando se ha declarado que todos poseen igual valor, parece próxima la necesidad de reevaluar —en muchos de ellos— su criterio de universalidad. Tal es el caso del derecho a la propiedad, concepto que durante el presente texto ha sido cuestionado respecto a su validez de generalización y beneficios de su aplicación indiscriminada ante cualquier elemento para la humanidad.

³⁹¹ Se debe exceptuar de esta posibilidad a los sistemas de justicia comunitarios que probadamente actúan bajo lógicas sancionadoras que violentan derechos humanos que son irreparables, invaluable e incompensables.

³⁹² Ver párrafo 12 respecto a observaciones sobre criterios y ámbito de protección a la propuesta OMPI del tercer capítulo.

unajusticia coordinada y cooperante conformada por los sistemas comunitarios involucrados e internacionales competentes en las materias que fueran compatibles.

4) Una cláusula de creación de jurisprudencia internacional sobre conocimientos tradicionales en el que tres sentencias reiteradas de uno o varios Kayak (ver nota al pie de la recomendación número 6) o de uno o varios órganos de justicia internacional sobre derechos humanos pueda convertirse en alegato normativo subsidiario para futuras controversias.

4. Debe crearse un protocolo global básico cuyo cumplimiento sea requisito exigible para el contacto, acceso y acercamiento responsable sobre actividades de investigación, negociación u otras de agentes externos especialmente industriales o con intenciones comerciales respecto a las comunidades.

Este protocolo debe prever la presentación de compromisos sobre las posibles circunstancias de impactos social, comunitario y ambiental con planes integrales de efecto jurídico vinculante para mantener un bajo o mínimo impacto sobre las circunstancias in situ de los conocimientos tradicionales, además, justificar la existencia de un interés social superior validado por organismos comunitarios o estatales para autorizar un primer contacto con los conocedores tradicionales involucrados, o de lo contrario, probar la existencia de la iniciativa comunitaria que hubiere sido expresada a los agentes externos para acceder a los conocimientos tradicionales que administran, iniciativa que de referirse a conocimientos intercomunitarios deberá provenir del consenso pleno.

5. Aquella(s) propuesta(s) que se convierta(n) en instrumento(s) internacional(es) sobre conocimientos tradicionales debe(n) contar con un protocolo aplicativo de medidas de precaución, reparación e interrupción de carácter obligatorio que hayan sido oportunamente consensuadas con los conocedores tradicionales y que, además, sean de inmediata aplicación

ante violaciones que atenten contra la protección de los conocimientos tradicionales o aspectos conexos³⁹³ a ellos.

6. Aquella(s) que se convierta(n) en instrumento(s) internacional(es) sobre conocimientos tradicionales debe(n) prever sanciones administrativas, penales, civiles, comerciales, entre otras, con criterios mínimos y obligatorios que favorezca(n) la vigencia plena y protección más amplia convenida para estos conocimientos y sus aspectos conexos contra cualquier sujeto natural o jurídico —incluidos los Estados— que pudiera llegar por acción u omisión a atentar contra dicha protección. Además, debe(n) prever procedimientos que posean suficiente fuerza correctiva que garantice su cumplimiento como los siguientes:

En el caso de los Estados cuyas violaciones a la protección de conocimientos tradicionales se hicieran con fines lucrativos o de comercio, podrían contemplarse sanciones comerciales aplicadas por otros Estados o grupos de Estados autorizados³⁹⁴ por un órgano competente. Éste ha sido un mecanismo típico de sanción al interior de la OMC, donde un caso ejemplo ha sido el de Brasil vs Estados Unidos por ayuda interna a la producción de algodón (DS267).

En el caso de personas naturales, se podrían prever procedimientos de cooperación judicial internacional como la extradición de responsables para su juzgamiento o sanción correspondiente por parte de los sistemas de justicia comunitarios o estatales; y, complementariamente la remisión de casos a un órgano de justicia internacional cuando agotadas las instancias comunitarias y estatales o por circunstancias de evidente indefensión por parte del

³⁹³Entre los aspectos conexos a la protección de los conocimientos tradicionales, está la protección a los sistemas de conocimiento tradicional y la protección de las personas que los mantienen y desarrollan.

³⁹⁴La figura de albaceas o curadores de derechos comunitarios podría resultar oportuna respecto a las autoridades estatales y de organismos internacionales para que, en caso de incumplimiento a su obligación de tutela de derechos, puedan ser interpelados mediante acciones de incumplimiento ante los sistemas de justicia comunitarios, nacionales o internacionales que fueren necesarios, como por ejemplo las Cortes Nacionales de Justicia o la Corte Penal Internacional.

sistema estatal se requiriese acudir a cortes internacionales para hacer efectivos derechos humanos y colectivos afectados directa o indirectamente por violaciones a los acuerdos de protección de conocimientos tradicionales y/o aspectos conexos. Allí por ejemplo puede considerarse la pertinencia de intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a nivel regional o la Corte Internacional de Justicia (CIJ) o la Corte Penal Internacional (CPI) entre otras según correspondan las circunstancias del caso, la materia y el sujeto accionado.

En este aspecto, es importante considerar que, en caso de tratarse de personas jurídicas como empresas transnacionales, aún existe una deuda con la sociedad para tener un organismo jurídico internacional con la atribución de establecer sanciones obligatorias como, por ejemplo, de tipo comercial, mercantil o bancario contra empresas que violenten derechos humanos donde, en diversos casos, se pueden encontrar vínculos con la protección de los conocimientos tradicionales y sus aspectos conexos como, por ejemplo, posibles y paulatinos etnocidios³⁹⁵, destrucción del hábitat y los medios de subsistencia que afectan el derecho a la vida, la salud y la libertad, entre otros.

Al respecto, también se recomienda que las normas que ya incluyan y prevean el establecimiento de sanciones como en el caso de la Decisión 391 de la CAN en su artículo 47 que versa sobre los recursos genéticos y sobre el componente intangible asociado donde por ejemplo se permite la suspensión, cancelación o nulidad del acceso al recurso, el pago de las reparaciones por los daños y perjuicios que se irroguen incluidos los causados a la diversidad biológica y la aplicación eventual de sanciones civiles y penales; amplíen las atribuciones y posibilidades para hacer cumplir dichas sanciones más allá de los territorios nacionales y de la norma estatal pues debe comprenderse que en temas de comercio internacional y propiedad

³⁹⁵ Atentado contra la libre determinación de los pueblos.

intelectual existe un amplio número de violaciones que corresponden a sujetos internacionales no establecidos en los territorios de origen del recurso.

Por otro lado, se recomienda que al momento de preverse sanciones, no solamente se considere el pago económico por daños y perjuicios sino la reparación integral de las condiciones in-situ que involucra tanto a pobladores humanos como ecosistemas ya que como se observó en el primer capítulo no es el interés monetario una de las afectaciones principales que sufren los miembros y sujetos relacionados a las estructuras sociales tradicionales, sino el interés social y colectivo de lograr la regeneración de los ciclos ambientales y culturales de estos grupos y territorios, por lo que se reitera la necesidad de que las naciones locales, pueblos y comunidades intervengan con sus propias normas y sistemas de administración y justicia en el establecimiento de sanciones en las ramas y materias jurídicas que les sean pertinentes.

Finalmente, se recomienda considerar sancionable el uso de los recursos genéticos y el recurso intangible que este siendo aplicando sin cumplir la función e interés social como aquellos que generen potenciales perjuicios a la salud humana, eco sistémica, biótica, cultural, etc.; la falta de acceso con el consentimiento de las comunidades involucradas y el Estado a los recursos tangibles e intangibles; y, la aplicación que modifique, mutile o transgreda las prácticas consuetudinarias o cosmovisión de las comunidades sobre la gestión del conocimiento o que incumpliesen las condiciones de acceso.

7. Para cumplir con la recomendación anterior, se requiere la suscripción de un protocolo facultativo para ampliar las competencias de diversos órganos del sistema de justicia internacional como la CIDH, CIJ y CPI, entre otras.

Esta ampliación de competencias también debe contemplar un nuevo enfoque sobre pluralidad jurídica para integrar normas, procedimientos y representantes³⁹⁶, por lo menos, en temas de conocimientos tradicionales de los sistemas de justicia locales o comunitarios³⁹⁷.

8. Se recomienda que organismos de derechos humanos, como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH), con la participación de las relatorías especiales que fueren pertinentes además de otras instituciones de derechos humanos planteen, mecanicen y presenten perspectivas y propuestas sobre protección de conocimientos tradicionales a la comunidad internacional con proyección global y enfoque en derechos humanos.

Y, por otra parte, se recomienda que estas instituciones se conviertan en un canal de expresión, promoción y construcción de un posible instrumento normativo global de protección desde la mirada o iniciativas de los conocedores tradicionales aprovechando los elementos de consenso y disenso que entre ellos podrían existir, para que aquellos de consenso se conviertan en la guía de criterios básicos de protección que cualquier instrumento sobre este tema debería cubrir.

9. Se recomienda que, entre los principales mecanismos globales específicos y obligatorios de protección para los conocimientos tradicionales, se establezcan los siguientes:

³⁹⁶ Ya sean individuales o colectivos.

³⁹⁷ Al igual que en los sistemas estatales e internacionales de justicia marcados por la corriente europea, donde existe una estructura de instancias ante las cuales se puede acudir para someter una controversia a juicio, también existen, entre muchas comunidades indígenas, sistemas de instancias. Por ejemplo, un conflicto o problema dependiendo la gravedad, ámbito que afecta (materia) e implicaciones puede ser resuelto por instituciones familiares o comunitarias como la asamblea, y cuando involucra a varias comunidades de una misma nacionalidad es resuelto por la asamblea de representantes de las comunidades, algo que podría asimilarse al sistema de instancias nacionales. Cuando es un problema que involucra a varias nacionalidades o que comparten distintas nociones normativas, se busca una solución al problema entre las naciones indígenas a través del Kayak o tribunal de los pueblos que agrupa distintas visiones sobre justicia y formas de administración de problemas, lo cual se asemeja al sistema de instancias internacionales. Por ello, la justicia indígena, principalmente en el sur de la Abya Yala, es ejemplo de un convivir de justicias, por lo que pueden ser llamadas justicias indígenas en lugar de la justicia indígena, demostrando que el ejercicio del pluralismo jurídico no solo es una idea sino una realidad en muchas sociedades. Asistente a la Cumbre de autoridades de la justicia indígena de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, Universidad Andina Simón Bolívar (Quito-Ecuador, 18 y 19 de diciembre de 2013).

- 1) La conservación *in situ* de los conocimientos tradicionales y aspectos conexos como principal mecanismo de protección.
- 2) La condición de que todo proceso de transferencia de conocimientos tradicionales debe realizarse a un ritmo sostenible respecto a los recursos asociados a estos.
- 3) Privilegiar a la protección sobre cualquier aspecto de formalidad como, por ejemplo, no haber realizado el trámite de registro del conocimiento³⁹⁸.
- 4) La imposibilidad de negar la protección a estos conocimientos cuando exista duda razonable de daño irreparable a los conocimientos tradicionales o a sus aspectos conexos.
- 5) La toma de medidas oportunas de prevención y protección ante pedidos formulados por los conocedores tradicionales que se presuman de buena fe o con legítimo interés.
- 6) La obligación de contar con el acuerdo de condiciones de uso, el acuerdo de compensación y el consentimiento fundamentado previo y libre de los conocedores tradicionales para cualquier tipo de uso comercial del conocimiento tradicional, incluido el uso de conocimientos derivados y el obtenido por fuentes indirectas.
- 7) La obligación, en todo proceso de transferencia sobre conocimientos tradicionales, de contar con el acuerdo de condiciones de uso, el acuerdo de compensación y el consentimiento fundamentado previo y libre de los conocedores tradicionales y, en los casos en que estos conocedores ya no existan, contar supletoriamente con los acuerdos y consentimiento del Estado que los administre, y, adicionalmente, contar con el consentimiento del Estado en consulta vinculante con los conocedores tradicionales sobre los recursos genéticos asociados al(los) conocimiento(s) en transferencia. Al respecto, en caso de producirse un conflicto entre los consentimientos de conocimientos y de recursos genéticos³⁹⁹, debería entenderse que la obligación no ha sido satisfecha, sin posibilidad de alegar consentimiento parcial, y por lo tanto, estar impedida estableciéndose medidas oportunas de control y protección para el efecto.
- 8) Una disposición de exclusión y no aplicabilidad de acuerdos, tratados u otros instrumentos internacionales de tipo comercial o mercantil que afecten directa o indirectamente a los conocimientos tradicionales y aspectos conexos a los cuales las comunidades, naciones

³⁹⁸ Sistema de registro que, como se manifestó durante el tercer capítulo, parece más perjudicial que benéfico para la protección de los conocimientos tradicionales desde el enfoque en el que se encuentra planteado por la propuesta de la OMPI.

³⁹⁹ Conflicto que ocurre especialmente cuando no se realizan procesos vinculantes de consulta con las comunidades sobre los recursos del hábitat que ocupan o los conocimientos que mantienen y desarrollan.

locales y pueblos no hayan otorgado reconocimiento, consentimiento o adherencia expresa, como por ejemplo los UNIDROIT o Lex Mercatoria.

10. Se recomienda que los acuerdos de consentimiento fundamentado previo y libre, de participación, de compensaciones y beneficios y otros del mismo orden en los que una de las partes represente a conocedores tradicionales tengan el rango de un tratado internacional de tipo ley o de tipo contrato y no la categoría de un simple acuerdo local, especialmente cuando las comunidades y naciones locales reúnan circunstancias similares a las características de los Estados asociados, Estados federados o a los viejos territorios en fideicomiso.

11. Se recomienda la existencia de una declaración internacional que reconozca el vínculo entre los conocimientos tradicionales y el interés social, de forma que pueda orientar procesos jurídicos respecto al interés superior ante el cual exista la obligación de protección en caso de presentarse la necesidad de dirimir derechos internacionales enfrentados, de tal forma que el interés social prevalezca sobre el interés particular.

12. Se recomienda la creación de un organismo internacional especializado en conocimientos tradicionales con enfoque en derechos humanos al que organismos de comercio regional o mundial deban consultar obligatoria y vinculantemente antes de resolver conflictos de interés superior entre derechos internacionales que afecten o en los casos de concesión en los que exista presunción o duda de afectación a la protección de conocimientos tradicionales o aspectos conexos a ellos.

13. Se recomienda que la única excepción para suspender las medidas, garantías y derechos de protección que resultasen necesarias sobre los conocimientos tradicionales y el control administrativo sobre estos conocimientos por parte de los conocedores tradicionales debería provenir de situaciones de emergencia o extrema urgencia en las que se determine la existencia

de un interés social superior, incluidos los puntos 4, 6 y 7 de la novena recomendación. Sin embargo, pasada la situación que motivo la suspensión de derechos y administración, debe retornarse al estado anterior o, en la medida de lo posible, a un mejor estado de protección y ejercicio tradicional de los conocimientos de este tipo.

14. Debido a que la protección de conocimientos tradicionales desde la perspectiva de propiedad sobre el intelecto resulta inadecuada, se recomienda que la transferencia de conocimiento y su innovación se conceda bajo la figura de encargo administrativo y no de propiedad, de tal forma que, de incumplirse las condiciones de uso, dicho encargo pueda ser revertido y regresar bajo el control del administrador principal (los conocedores tradicionales).

15. En virtud de la conclusión dieciseisava, se recomienda que los Estados, las organizaciones internacionales y las comunidades alienten y apoyen la gestión para la conformación de nuevas localidades en las que deseen participar terceros interesados respecto a mantener y/o desarrollar sistemas de conocimientos tradicionales y actividades que favorezcan la diversificación y coexistencia de modelos sociales sostenibles y autosustentables.

16. Se recomienda que cualquier plan o acción educativa se ejerza mediante actividad *in situ* con normas estrictas de control contra la introducción de prácticas y paradigmas de pensamiento externo y especialmente incompatible con el comunitario, por lo que se deben respetar las condiciones de consentimiento de los conocedores tradicionales para la gestión de procesos educativos y con observancia de la capacidad de acogida y sostenibilidad local. La transferencia de estas experiencias *in situ* también debe contar con el consentimiento fundamentado previo y libre de los conocedores tradicionales.

17. Se recomienda iniciar procesos de levantamiento de información global:

- 1) De tipo cuantitativa, respecto a los conocimientos tradicionales que ya forman parte del uso social y del industrial-empresarial, además del flujo comercial que actualmente representan.
- 2) De tipo descriptiva, sobre los conocimientos tradicionales que ya forman parte del uso social y del industrial-empresarial.
- 3) De tipo cualitativa, de las consecuencias e impacto global que hubiera implicado o implicaría la no utilización de los conocimientos tradicionales o conocimientos y aplicaciones derivadas de los conocimientos tradicionales que ya forman parte del uso social y del industrial-empresarial.

Por otra parte, en vista de que el conocimiento sobre los sistemas organizativos y cosmovisiones de las sociedades comunitarias es aún limitado, disperso y pobre, se recomienda iniciar procesos de levantamiento de información global de tipo descriptivos, cuantitativos y cualitativos, no sobre conocimientos tradicionales, sino sobre sistemas de organización de las comunidades, de las formas de administrar su conocimiento, de los beneficios de su aplicación y de la inversión de recursos humanos, económicos y materiales que la gestión de estos conocimientos ha demandado y demanda. Además, se recomienda que se investigue, con especial énfasis, los beneficios de utilizar los conocimientos y mantener sus derivados dentro de algún enfoque de dominio público.

18. En virtud de la conclusión décima, se recomienda utilizar como modelos de expresión sobre obligatoriedad de cumplimiento para aquella(s) propuesta(s) que pretenda(n) convertirse en instrumento(s) sobre protección de conocimientos tradicionales a las formas de expresar la fuerza vinculante vistas en el ADPIC y otros instrumentos del capítulo 2. De esta forma, se evitará la generación de un acuerdo de obligatoriedad ambigua como los de tipo *soft law* que, en este caso, más que alentar el cumplimiento voluntario y la toma de conciencia, impide que se hagan exigibles nacional e internacionalmente las medidas de protección.

19. Se recomienda que los instrumentos internacionales sobre protección de conocimientos tradicionales incluyan la obligación de contar con el consentimiento de uso por parte de los conocedores tradicionales en los casos de recursos genéticos que ya hayan sido extraídos y que se encuentren asociados a un conocimiento tradicional^{400 401}.

20. En caso de aplicarse la perspectiva de protección de bases de datos, no se recomienda que éstas sean convertidas en el único criterio de examinación sobre patentabilidad.

Tampoco se recomienda que se conviertan en elementos de acceso abierto pues, en lugar de ser una forma de protección contra la apropiación de conocimientos, incentivan el contacto de los sujetos con fines industriales con los sujetos con fines comunitarios en un entorno normativo parcializado y desigual respecto a los derechos y protecciones que respaldan a cada uno, así como también, permiten la utilización del conocimiento primario y del conocimiento derivado sin contar con el(los) consentimiento(s) fundamentado(s) previo(s) y libre(s) respectivo(s), además de que incitan un contacto sobre el que no se ha elaborado protocolos de acceso responsables con los impactos sociales, comunitarios y ambientales que pueden ocasionar los acercamientos “investigativos” y negociadores.

Por ello, se recomienda que en caso de continuarse con la intención de generar bases de datos, estas se encuentren a cargo de organizaciones comunitarias para que sean incluso ellas sean uno de los filtros de control sobre patentabilidad sin que esto implique consentimiento, así como tampoco renuncia a derechos de invalidación por apropiación o uso indebido,

⁴⁰⁰ Muchas de las muestras botánicas incluso ya estaban fuera de los países de origen —almacenadas en jardines botánicos o colecciones privadas— cuando entró en vigencia el CDB, el cual mejoró la posición de negociación de estos jardines y colecciones sobre dichas muestras. Alarcón y Morales, “Banisteriopsis caapi”, en *El Cartel de la Biodiversidad*, Vogel, 91.

⁴⁰¹ No por tratarse de muestras ya extraídas, la comunidad internacional se encuentra imposibilitada de proteger el conocimiento tradicional que existe sobre esas muestras ya extraídas.

adicionalmente, esta medida solo debería aplicarse como alternativa accesoria más no como principal y cuidando de que conduzca a las comunidades a la burocratización de sus sistemas de conocimiento y organización.

21. Se recomienda que se prevean medios y sanciones para impedir que las bases de datos sobre conocimientos tradicionales se conviertan en un mecanismo evasivo de procesos de consentimiento sobre condiciones de uso del conocimiento tradicional sin importar si corresponde a conocimientos secretos, poco conocidos o ampliamente conocidos.

22. Se recomienda que el consentimiento fundamentado previo y libre en los casos donde se encuentren involucradas más de una comunidad sea obligatorio obtenerlo mediante un acuerdo consensuado de todos los involucrados y que, en caso contrario, se entienda como uso no consentido.

23. Se recomienda que los próximos instrumentos normativos que incidan sobre el tema de conocimientos tradicionales y que introduzcan en sus disposiciones el criterio del artículo 1 de la Decisión 391 de la CAN en el que se indica que proveedor del componente intangible es la persona que está facultada para proveer dicho componente, se entienda facultada la persona no solo que cumpla las exigencias de la legislación nacional sino que también se encuentre facultada por la nación local, pueblo, comunidad o asociación de naciones, pueblos y comunidades involucradas; debiendo dicha persona natural o jurídica demostrar que se encuentra asistida de la autorización de dichos grupos.

En relación a esto, también se recomienda que se prevean mecanismos de cooperación entre sistemas jurídico-administrativos estatales, subregionales, regionales e internacionales con las naciones locales, pueblos y comunidades para el control previo y posterior respecto a la fiel inclusión y cumplimiento de los términos y condiciones bajo las cuales estos grupos brindaron

acceso a su recurso intangible y al recurso genético a él asociado, participando y decidiendo por ejemplo en la modificación, suspensión, resolución o la invalidación de contratos de acceso, o en el seguimiento y evaluación de las condiciones de dicho contrato que entre otras en el caso puntual de la Comunidad Andina son atribuciones expresamente establecidas de la Autoridad Nacional Competente y no para las propias comunidades.

24. A pesar de que existan diversas normas que manifiestan reconocer la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales como sucede en el artículo 7 de la Decisión 391, no por ello se habla necesariamente de métodos, mecanismos, procedimientos o derechos específicos para hacer respetar las decisiones de gobernabilidad de estas naciones locales, pueblos y comunidades en sus propios territorios, por ello se recomienda la promoción y generación de dichas disposiciones expresas siempre que no se constituyan en herramientas para menoscabar los derechos adquiridos por estos grupos humanos sino que más bien fortalezcan su capacidad de libre determinación, aunque teniendo claramente entre los elementos razonablemente limitantes a su autonomía el respeto a los derechos humanos de la misma manera como los Estados-nación se encuentran condicionados ante estos derechos fundamentales.

25. Tal como las sociedades industriales y específicamente las empresas inversionistas se muestran interesadas en transferir y posicionar su tecnología en otros territorios que como se vio en el capítulo primero conlleva el traspaso de cultura pues la tecnología transferida entre otros aspectos fomenta y fortalece el funcionamiento y reproducción de un sistema social determinado no siendo un elemento imparcial; se recomienda que los Estados-nación realmente comprometidos con fomentar y fortalecer los conocimientos tradicionales apoyen a las naciones locales, pueblos y comunidades interesadas en capacitar no solo técnicamente sino también respecto al funcionamiento de su sistema social y de conocimiento y la cosmovisión que

acompaña la aplicación de dicho conocimiento para que el saber pueda ser aplicado, acogido y comprendido en su más amplia dimensión posible y en las condiciones más próximas a la realidad in-situ con que pudiera aplicarse, esto con el propósito de aumenten el respeto y la promoción de los conocimientos y las prácticas tradicionales que a diferencia del conocimiento occidental no se considera universal, único o superior.

Al respecto cabe mencionar que entre las condiciones de acceso se recomienda incluir la obligación de que el uso del conocimiento tradicional sea ejercido y aplicado guardando conformidad con la práctica tradicional, salvo casos muy especiales de imposibilidad.

26. Se recomienda que la comunidad internacional de Estados acoja el pensamiento normativo establecido en el artículo 136 de la Decisión 486 de la CAN referente a marcas y lo haga también exigible en materia de patentes y obtenciones vegetales de manera que los mecanismos de acceso y uso de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional deba lograr el consentimiento expreso mediante la *manifestación de voluntad clara, patente, sopesada y expresada por escrito* de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales observando las estipulaciones no solo nacionales y regionales sino también internacionales.

27. Se recomienda que la titularidad para obtener la reivindicación de recursos genéticos y productos derivados no sea exclusiva del Estado-nación como por ejemplo lo sostiene la tercera disposición final de la Decisión 391, sino que también puedan ser titulares y exigir dicha reivindicación las naciones locales, pueblos y comunidades especialmente si del uso de recursos genéticos y derivados en su territorio resultan afectar sus derechos, nivel de vida y recursos.

28. Se recomienda que la comunidad internacional exija a las empresas, organismos, instituciones, Estados, entre otros el transparentar los réditos económicos que han obtenido o de los que poseen conocimiento se han generado por concepto de conocimientos tradicionales y sus

derivados, comparándolos con los efectos benéficos a los que la humanidad ha logrado acceder mediante los mecanismos de propiedad intelectual dentro de los diferentes niveles económicos y sociales.

29. Se recomienda hacer uso del principio de precaución⁴⁰² para que, en caso de existir duda razonable sobre el daño que una acción o inacción pudiera provocar aun a pesar de que no existan pruebas de que el daño ocurrirá, dicha acción o inacción sea obligatoriamente impedida, detenida, revertida o saneada.

De esta forma, cualquier persona que esté en posibilidad de participar e influir en una acción o inacción que pudiera afectar el bien jurídico protegido, en este caso afectar a la protección de conocimientos tradicionales, esté en la obligación de actuar bajo el principio de precaución.

Al respecto, también se recomienda que sea este principio el que rija a nivel global respecto a las actividades en torno a los conocimientos tradicionales mientras se genera el(los) instrumento(s) internacional(es) sobre protección de conocimientos tradicionales, el(los) cual(es), en su redacción, se recomienda continúe(n) manteniendo este principio como medida preventiva y paliativa de protección para los conocimientos tradicionales.

En esto es importante también recomendar que la aplicación de este principio debe ser plena y no parcial o condicionada como sucede en las disposiciones de la Decisión 391 de la CAN, donde el principio de precaución solamente aplica con el objetivo de impedir la erosión genética y la degradación ambiental o de los recursos naturales no disponiéndose su aplicación para impedir daños a los conocimientos tradicionales o a los elementos y sujetos de los que su protección depende como el sistema de conocimiento tradicional o los miembros de estos pueblos; además de que en esta norma se condiciona su aplicación al Programa de Liberación del

⁴⁰²Vorsorgeprinzip.

Acuerdo de Cartagena cuyo interés es el aumento y facilitación del flujo comercial que suele mostrarse incompatible con el propósito de evitar daños de degradación ambiental o cultural.

El principio de precaución es fundamental como mecanismo de protección tanto si se genera a petición de parte como si se efectúa de oficio, de manera que la falta de norma no se convierta en excusa para no tomar acciones eficaces y oportunas que eviten, limiten o detengan los riesgos y violaciones a derechos humanos, sociales, ambientales, culturales o de la naturaleza como por ejemplo en los casos de limitación al acceso mencionados por la Decisión 391 cuando condiciones de vulnerabilidad o fragilidad de la estructura o función de los ecosistemas pudieran agravarse por actividades de acceso o cuando se presente una situación de efectos adversos sobre la salud humana o sobre elementos esenciales de la identidad cultural de los pueblos, entre otros casos mencionados en el artículo 45 de esta Decisión.

30. Finalmente, se recomienda la creación de un proceso *sui géneris* para la negociación, aprobación y ratificación del instrumento internacional de alcance global sobre protección de conocimientos tradicionales, en el cual cada nación local⁴⁰³ tenga derecho a voz y voto en igualdad de condiciones a los Estados, salvo decisión en contrario de cada nación local que decida mantener otra forma de participación en dicho proceso, donde siempre, al igual que los Estados, pueda negarse a su suscripción para que no tenga efectos sobre su campo de administración o suscribir con reservas ciertas partes del instrumento internacional.

Ante esto, se recomienda entonces que el foro que agrupe dicho ejercicio *sui géneris* de participación jurídica global no sea la OMC ni la OMPI sino la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Al respecto incluso se destaca que existen ya varios ejemplos de organismos

⁴⁰³En este punto, no nos referimos a cada comunidad sino a cada conjunto de comunidades que históricamente haya actuado o manifestado ser una nación. Así, por ejemplo, la nación quichua está conformada por varias comunidades, pero allí hay que tener en cuenta que no necesariamente todas las comunidades quichuas pertenecen a una misma nación quichua sino que pueden existir varias naciones quichuas que agrupan a distintas comunidades quichuas.

locales acreditados para tener voz a nivel internacional, como la Coordinadora de Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica, de tal forma que, el proceso de reconocer el derecho de las naciones locales de voto para ejercitar su derecho a la libre determinación es una consecuencia lógica que más bien se ha retardado.

BIBLIOGRAFÍA

1. Amnistía Internacional. La lucha por la supervivencia y la dignidad. Madrid: Editorial Amnistía Internacional, 2010.
2. Austin Alchon, Suzanne. Las grandes causas de muerte en la América precolombina. México: Red Papeles de Población, 2006.
3. Ayala Mora, Enrique. Nueva Historia del Ecuador. Editor. Volumen 1. Quito: Corporación Editora Nacional, 1983
4. Ayala Mora, Enrique. Pueblos Indios, Estado y Derecho. Quito: ILDIS, Corporación Editora Nacional, Abya Yala, CORPEA y TCC, 1992.
5. Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio. 1947 y 1994.
6. Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. 1994.
7. Banco Mundial, Indicadores de consumo de energía, <<http://datos.bancomundial.org/indicador/EG.USE.COMM.FO.ZS/countries>>.
8. Bernal, Angélica M. De la participación a la Exclusión. Compiladora. Quito, Abya Yala, 2000.
9. Brack, Egg A. Biodiversidad: Firmeza necesaria. Revista Actualidad Económica. La experiencia del Perú combatiendo la biopiratería. Anuario Andino de Derechos Intelectuales. Lima: Comunicado de la Delegación Peruana, 2008.
10. Bravo, Elizabeth. Biodiversidad y los Derechos de los Pueblos. Quito: Acción Ecológica, 1996.
11. Carrillo Trueba, César. Pluriverso: un ensayo sobre el conocimiento indígena contemporáneo. Quito: Abya Yala, 2008.
12. Castro, Lucic Milka y Sierra, María Teresa. América Indígena. Coordinación. México: Instituto Indigenista Interamericano. Organismo Especializado de la OEA, 1999.
13. Chávez, Gina. Propiedad intelectual y conocimientos tradicionales. Quito: Ediciones Abya Yala, 2000.
14. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Serie SIGCI, Principales productos de exportación, <http://www.cepal.org/comercio/serieCP/eclctrade/serie_spanish_106.html>.
15. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares otorgadas por la CIDH durante el año 2006, <<http://www.cidh.org/medidas/2006.sp.htm>>.
16. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. WIPO/GRTKF/IC/28/5. Ginebra: 7 a 9 de julio, 2014.
17. Crossette, Barbara. Estado de la población mundial 2011. New York: UNFPA, 2011.
18. Convenio de París para la protección de la propiedad industrial. 1970.
19. Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas. 1970.

20. Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales. Acta de 1991.
21. Convenio sobre la Diversidad Biológica.
22. Covarrubias Marquina, Isaías. La economía medieval y la emergencia del capitalismo. Eumed, 2004.
23. Davis, Wade. El río: exploraciones y descubrimientos en la selva amazónica. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, Banco de la República, El Ancora, 2001.
24. Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN). 2000.
25. Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948.
26. Delgado Ramos, Gian Carlo. La gran minería en América Latina-impactos e implicaciones. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.
27. Diamond, Jared. Guns, germs and steel. New York: W. W. Norton, 1997.
28. Estrella Eduardo y Crespo Antonio. Salud y población indígena. Editores. Volumen 1 y 2. Quito: IMPRETEC, 1993.
29. Fandos, Cecilia A. Privatización de la propiedad, riqueza y desigualdad en las tierras altas de Jujuy Argentina. Colombia: Universidad de los Andes, 2013.
30. Galeano, Eduardo. La venas abiertas de América Latina. Colombia: Tercer Mundo, 1995.
31. Glowka, Lyle. Burhenne-Guilmin. Synge, H. McNeely, H. y Gundling, L. A Guide to the Convention on Biological Diversity. Environmental Policy and Law Paper N° 30. Gland-Suiza: Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, 1994.
32. Gootenberg, Paul. Entre la coca y la cocaína. Perú: Instituto de Estudios Peruanos, 2003.
33. Guilcamaigua Doris y Chancusic Edwin. Soberanía Alimentaria y la Descolonización del Saber. Chimborazo: HEIFER, 2008.
34. Gray, A. Territorial defence as the basis for indigenous self-development - Indigenous Affairs 4. 1994.
35. Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual. Biopiratería.
<<http://www.propiedadintelectual.gob.ec/biopirateria/>>.
36. Instituto Nacional de Estadísticas y Geografía. II Censo de Población y Vivienda 2005. Perfil sociodemográfico de los Estados Unidos Mexicanos. México: INEGI, 2008.
37. Iowa State University, Center for Indigenous Knowledge for Agriculture and Rural Development <<http://www.ciesin.org/IC/cikard/CIKARD.html>>.
38. Lapolla, Alberto Jorge. Evolución e influencia del régimen latifundista en Argentina. Socialización, desindustrialización, genocidio y latifundio. Argentina: El Cid, 2006.
39. Lizcano Fernández, Francisco. Composición Étnica de las Tres Áreas Culturales del Continente Americano al Comienzo del Siglo XXI. México: UAEM, 2005.
40. Martínez Cobo, José. El concepto de pueblos indígenas, E/CN.4/Sub.2/1986/7. Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Naciones Unidas.
41. Mattelart, Armand. Industria cultural, ideología y poder. España: Paidós, 1997.
42. Mejía Navarrete, Julio. América Latina en Debate. Editor. Lima: Universidad Ricardo Palma, 2012.

43. Melo, Mario. Aportes Andinos No. 15 Derecho a un ambiente sano. El Caso Sarayaku: una lucha por el ambiente y los derechos humanos en la Amazonía ecuatoriana. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2006.
44. Nogueira de Freitas, Aline Cristina. Biopiratería. Un Estudio sobre la Desaparición de la Biodiversidad Brasileña. Editorial Académica Española, 2012.
45. Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina, Base de datos de conflictos mineros, proyectos y empresas mineras en América Latina, <http://basedatos.conflictosmineros.net/ocmal_db/>.
46. Olivera, Otto. Relatos y Relaciones de Hispanoamérica Colonial. Austin: University of Texas Press, 2004.
47. Organización de las Naciones Unidas ONU. Treaty Collection. Situación de ratificación. <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en>.
48. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI, Datos y cifras de la OMPI sobre P.I. - Serie de la OMPI Economía y Estadística. Ginebra: OMPI, 2012.
49. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI, “Estadísticas de los Tratados”, <http://www.wipo.int/treaties/es/StatsResults.jsp?treaty_id=2&lang=es>.
50. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI, Tratados administrados por la OMPI. <http://www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?lang=es&treaty_id=2>.
51. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI. WIPO IP Facts and Figures- Economics & Statistics Series. Ginebra: OMPI, 2013.
52. Okoth-Ogendo. Some issues of theory in the study of tenure relations in African agriculture. África, 1989.
53. Paladines Escudero, Carlos. El pensamiento pedagógico ilustrado. Quito: ICAM, Editores Universidad Politécnica Salesiana, 1996.
54. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1966.
55. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966.
56. Parlamento europeo. Reglamento (CE) N° 593/2008 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (ROMA I) de 17 de junio de 2008.
57. Pérez, Olga Lucía. TLC y Pueblos indígenas. Editora. Bogotá: Unión Europea, CECOIN, Agencia Española de Cooperación Internacional, 2007.
58. Posey, Darrell A. Más allá de la propiedad intelectual: Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales. Ottawa: IDRC Books, 1999.
59. Proyecto de decisión sobre la potenciación del apoyo mutuo entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, Comunicación presentada por el Brasil, China, Colombia, el Ecuador, la India, Indonesia, el Perú, Tailandia, el Grupo ACP y el Grupo Africano. TN/C/W/59. OMC: Comité de Negociaciones Comerciales, 2011.
60. REED+, El valor de los bosques, <<http://www.pnuma.org/informacion/comunicados/2014/20140324/index.php>>.

61. Restrepo Arcila, Roberto Arturo. Saberes de vida. Por el bienestar de las nuevas generaciones. UNESCO. Bogotá: Siglo del Hombre, 2004.
62. Rohrmann, Carlos Alberto y Norton, Lyssandro. Biodiversidade e Propriedade Industrial: Um Exame Jurídico do Conhecimento Tradicional. Anuário Brasileiro de Direito Internacional. Brasil: Centro de Direito Internacional, 2009.
63. Roque Roldán. Desarrollo de las economías rurales en América Latina y el Caribe: manejo sostenible de recursos naturales, acceso a la tierra y finanzas rurales. Fortaleza: Banco Interamericano de Desarrollo, 2002.
64. Stuart, Paul. Nations Within a Nation: Historical Statistics of American Indians. Westport: VNR AG, 1987.
65. Tello, Felipe Meneses. El desastre de la documentación indígena durante la invasión-conquista española en Mesoamérica. Monterrey: Crítica Bibliotecológica, 2011.
66. Tobar Donoso, Julio. La iglesia, modeladora de la nacionalidad. Quito: La Prensa Católica, 1953.
67. Tratado de Cooperación en materia de Patentes. 1978.
68. Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN – NAFTA).1994.
69. Trujillo, Julio Cesar. Constitucionalismo Contemporáneo. Teoría, procesos, procedimientos, retos. Quito: Corporación Editora Nacional, 2013.
70. Useche Rodríguez, Raúl. Educación indígena y proyecto civilizatorio en Ecuador. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Abya Yala y Corporación Editora Nacional, 2003.
71. Vera, Carlos Andrés. El exterminio de los pueblos ocultos, <<http://vimeo.com/35717321>>.
72. Vogel, Joseph Henry. El Cartel de la Biodiversidad. Editor. Quito: CARE, USAID, ECOCIENCIA, SAN REM, FLACSO, 2000.
73. Wara Alderete, Ethel. Conocimiento Indígena y Globalización. Quito: Abya Yala, 2005.
74. Yumisaca Jiménez, Segundo Fausto. Erosión de conocimientos ancestrales en los productores de papa en cinco comunidades de la UCASAJ. Quito: Universidad Politécnica Salesiana, 2013.

ANEXO 1

El anexo a continuación refleja una actualización de los aportes de Posey respecto a mecanismos desde dentro del derecho internacional de propiedad intelectual que se han presentado como perspectivas de protección sobre conocimientos tradicionales.

Perspectivas para la protección de conocimientos tradicionales desde el derecho internacional de propiedad intelectual

*Denominaciones de origen y marcas de certificación*⁴⁰⁴

Las denominaciones de origen, por lo general, han sido utilizadas en productos alimenticios como una especie de indicación geográfica, esta última sirve para identificar el lugar de origen de un producto utilizada cuando determinada calidad, reputación u otra característica del producto es imputable fundamentalmente a su origen geográfico⁴⁰⁵, sin embargo, su concepto podría ser reformado y ampliado no solo para proteger expresiones de folklore como lo son los productos indígenas manufacturados sino también otros productos, resultados y aplicaciones del conocimiento indígena.

En propuesta tendría más posibilidades de funcionar si las asociaciones regionales de pueblos indígenas con reconocimiento oficial fueran las que establecieran sus propias entidades

⁴⁰⁴ Las marcas de certificación se dan a productos que cumplen con requisitos definidos. Pueden ser utilizadas por todo el que certifique que los productos en cuestión cumplen ciertas normas. En muchos países, la principal diferencia entre marca colectiva y marca de certificación es que la primera sólo puede utilizarla un grupo específico de empresas como, por ejemplo, los miembros de una asociación, mientras que la marca de certificación puede ser utilizada por todo aquel que cumpla con los requisitos establecidos por el propietario de la marca de certificación. Un requisito importante para que se otorgue una marca de certificación es que se considere que la entidad que solicita el registro de la marca es competente para certificar los productos a los que se aplica. Extracto tomado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Marcas de certificación”. <http://www.wipo.int/sme/es/ip_business/collective_marks/certification_marks.htm>. Consulta: 30 de septiembre, 2014.

⁴⁰⁵ Art. 22 del ADPIC.

encargadas de expedir una nueva forma de interpretar las denominaciones de origen⁴⁰⁶ o una especie de marcas de certificación en la que los pueblos indígenas pudieran certificar sus procedimientos y conocimientos aplicados ya sea para uso industrial o para reproducción a pequeña escala de sus prácticas tradicionales cuando las empresas y demás interesados en sus aplicaciones o derivados cumplieren sus condiciones para la transferencia, acceso, ejercicio e incluso transmutación de su conocimiento.

Ya existen ejemplos de cómo las denominaciones de origen pueden utilizarse especialmente para indicar la proveniencia de las obras y creaciones artísticas de los pueblos indígenas, de forma que sus usuarios y compradores estén seguros de ser un producto original y que la calidad del producto es reflejo de la gestión de un colectivo indígena determinado. Así también, existen ya experiencias de cómo las certificaciones pueden usarse de una manera que protejan el ambiente y garanticen que los recursos, como en el caso de la madera, provienen de un bosque explotado de manera sustentable⁴⁰⁷. En el caso indígena, por ejemplo, la organización independiente Forest Stewardship Council, compuesta por silvicultores, comerciantes en madera y grupos ambientalistas, ha logrado autoridad para certificar a los grupos de todo el mundo que se ajusten a los principios que ha establecido, entre los que figuran el que la propiedad de un bosque debe estar claramente definida y el que deben protegerse los derechos tradicionales de los pueblos indígenas⁴⁰⁸.

Este procedimiento implica que la certificación debe ser otorgada por una organización independiente de la persona o empresa que fabrica o vende el producto o brinda el servicio, la cual certifica la veracidad de las afirmaciones del productor, proveedor, fabricante, realizador,

⁴⁰⁶ Posey, “Más allá de la propiedad intelectual: Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales” 98.

⁴⁰⁷ *Ibíd.*

⁴⁰⁸ *Ibíd.* 99.

ejecutor, etc., que en este caso podría ser una organización indígena. Sin embargo, uno de los problemas con aplicar este método de protección es que algunas veces los imitadores etiquetan sus productos de una manera engañosa⁴⁰⁹ y pueden hacer creer a los usuarios o compradores que se trata de un producto o procedimiento de cierto origen, elaboración, práctica o participación indígena cuando realmente no lo es. Peor todavía, dependiendo del poder comercial del imitador, incluso podría desprestigiar el conocimiento indígena y sus resultados a nivel global, actitud que no solo es posible sino que, tal como se vio en el capítulo 1, es una descalificación típica que los pueblos indígenas y su conocimiento ya han soportado por siglos.

Frente a esta perspectiva, no se puede olvidar que los pueblos indígenas son inexpertos en el sistema de comercio global. Hacer respetar sus denominaciones de origen y certificaciones implica que estas comunidades estén inmersas en procedimientos de las sociedades industriales que les son ajenos y que para ganar experiencia en ellos tendrían que incurrir en la inversión de sumas de dinero para, entre otros aspectos, capacitarse y pagar el patrocinio y los gastos que implica defenderse dentro del sistema de propiedad intelectual.

Además y como principal problema al respecto de esta propuesta, se encuentra que su puesta en marcha inevitablemente implica el ingreso o la reafirmación de muchas comunidades indígenas en las lógicas y mentalidad de mercantilización planetaria del conocimiento. Ésta es una posición en la que las comunidades quedan expuestas a abandonar paulatinamente las formas en que tradicionalmente se realiza la transferencia y aplicación del conocimiento indígena, como un elemento de cooperación y solidaridad, no solo con la comunidad de runas (humanos), sino con las comunidades de wacas y sallqa (mundo espiritual y naturaleza) perdiendo su característica tradicional de acceso abierto regulada por aspectos de sustento y criterios de sostenibilidad, lo cual hace de este conocimiento un pilar de las estructuras sociales y

⁴⁰⁹ *Ibíd.* 98.

organizativas indígenas y que incluso marca su sistema judicial sobre las derivaciones del intelecto de forma que nadie puede apropiarse de él o de los recursos asociados al mismo.

Al respeto de esta opción, vale la pena aclarar que las comunidades indígenas tienen derecho de tomarla, pero como resultado de su propia voluntad y en lo posible de su misma iniciativa. Por lo tanto, no debe provenir de imposición, necesidad generada como elemento de presión o engaño que vicie su derecho de consentimiento informado previo.

Las denominaciones de origen y certificaciones, como se observa, son una opción con ventajas y riesgos a la vez. Esta opción puede minar la mentalidad indígena pero además burocratizar a las organizaciones indígenas y privilegiar a aquellas institucionalizadas en detrimento de la protección de las que no están reconocidas oficialmente y que podrían generar un potencial divisionismo, lo cual es opuesto a la intención de mejorar la coexistencia de sociedades.

Finalmente sobre esta propuesta la experiencia de Canadá revela que existe un riesgo de confusión de las etiquetas que dicen “hecho a mano” y “auténtico” con los productos que hacen y venden los pueblos indígenas⁴¹⁰, por lo que la efectividad de la propuesta para que la gente preferiría comprar los artículos elaborados por comunidades indígenas que llevaran esos nombres, tal vez a precios más altos, porque se valora la autenticidad⁴¹¹ del producto se encuentra en duda y no termina por ser una opción que proteja plenamente los conocimientos tradicionales.

⁴¹⁰ V. Blundell, “Aboriginal empowerment and souvenir trade in Canada”, *Annals of Tourism Research* (1993) 69, en *Más allá de la propiedad intelectual: Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales*, Posey, 98.

⁴¹¹ Posey, “Más allá de la propiedad intelectual: Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales” 92.

*Patentes y patentes menores*⁴¹²

Como se ha visto en los capítulos de este documento, muchos productos y procesos indígenas son patentables. Por ejemplo, algunas medicinas y preparados indígenas a base de sustancias naturales se pueden considerar modificaciones o combinaciones y pueden obtenerse patentes de proceso para ellas⁴¹³. En otros casos, los conocimientos o técnicas indígenas, como tecnología de construcción, ambiente y especialmente los relacionados con preparaciones medicinales a base de plantas cumplen con la condición de ser un medio ingenioso que no es de dominio público y que además es útil⁴¹⁴. En tal virtud, podrían resultar en una patente menor, algo que especialmente es posible con las medicinas preparadas con métodos únicos y a base de mezclas especiales destinadas a lograr efectos sinérgicos o mitigar efectos colaterales dañinos⁴¹⁵. También se encuentran aquellos compuestos indígenas y productos novedosos propios de su actividad inventiva y que resultan de utilidad los cuales poseen la posibilidad de convertirse en una patente de producto propiamente dicha. Especialmente respecto de la postura de patentes menores para los conocimientos indígenas, Kenia ha sido uno de sus promotores, al aprobar a su momento una ley que permite obtener este tipo de patentes para la farmacia tradicional⁴¹⁶.

Sin embargo, la opción de que las comunidades indígenas patenten sus conocimientos, encuentra uno de los obstáculos en el mismo proceso que debe seguirse para obtener una patente, el cual incluye pagar por el registro, el examen, la concesión de la misma y su mantenimiento anual. Se trata de un proceso caro y complejo que deja por fuera de esta alternativa a la gran

⁴¹² Patentes menores significan, por lo general, modelos de utilidad, pero eso depende de la legislación de que se trate; por ello algunos Estados las poden entendidas como modificaciones a un conocimiento que sin alterar el objetivo de la aplicación han introducido mejoras o variantes que potencian la finalidad del mismo conocimiento.

⁴¹³ *Ibid.* 85.

⁴¹⁴ Michael A. Gollin, "An intellectual property rights framework for biodiversity prospecting" (1993) 173, en *Más allá de la propiedad intelectual: Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales*, Posey, 89.

⁴¹⁵ Posey, "Más allá de la propiedad intelectual: Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales" 85.

⁴¹⁶ *Ibid.* 89.

mayoría de comunidades indígenas ya que el gasto económico puede estar fuera de las posibilidades de muchas de ellas⁴¹⁷. Además, las empresas que obtienen derechos de patentes ya sea de productos o procesos están permanentemente monitoreando que estos no sean utilizados por otros individuos o empresas, una tarea que pueden cumplir gracias a sus amplios recursos y presencia global especialmente en los principales mercados mundiales. Esto, trasladado a las comunidades indígenas, se convierte en una tarea de supervisión y control difícil de cumplir para ellas no solo por su falta de experiencia y estructura comercial para lograrlo, sino también porque demanda ingentes recursos económicos, materiales y humanos de los que no disponen. Además, para cumplir con dicho objetivo, las comunidades tendrían que modificar sus hábitos y formas de organización comunitaria tradicional, yendo incluso en contra de elementos que marcan su cosmovisión como las formas de trabajo indígena, maneras de comerciar y entender el comercio y las relaciones descritas entre runas, wacas y sallqa vistas en el capítulo 1. Esta opción, por lo tanto, implica modificar su estructura social para hacerla mercantilmente eficiente y así la cultura indígena queda trastocada y en riesgo de perderse.

En relación a lo anterior, mientras que las empresas trasnacionales tienen sus propios abogados y recursos financieros que les proporcionan un apoyo jurídico eficaz⁴¹⁸ en el sistema global, las comunidades indígenas carecen de estos elementos y les es ajeno el sistema burocrático que forzosamente se les exige utilizar para defender una concepción de derechos que les es distante con normas y en un sistema de justicia que no es el propio. Además, es importante considerar que, aunque se iniciara un pleito de propiedad intelectual sobre patentes, las compañías bien pueden lograr convencer al juez de que su producto, uso o proceso es lo

⁴¹⁷ *Ibíd.* 85.

⁴¹⁸ *Ibíd.*

suficientemente diferente del original como para constituir un invento⁴¹⁹. En efecto, tal como se podrá apreciar en un ejemplo posterior, las empresas pueden extraer el compuesto activo requerido y realizarle pequeños cambios o adiciones sin afectar el uso aplicativo original o que aplicado a entornos distintos al de comunidades parecerían tener un uso diferente del ideado por las comunidades, resultando para los indígenas no ser suficiente la protección del régimen de patentes a sus conocimientos.

Para patentar un conocimiento tradicional, un grupo indígena por ejemplo tendría que probar que el invento es novedoso, convenciendo a los examinadores de que era el único que poseía el conocimiento. Ello es sumamente difícil, pues es incompatible con sus costumbres de compartir el conocimiento⁴²⁰ abiertamente no solo entre pueblos indígenas sino hacia las personas en general como se vio en variadas expresiones de intercambio que este texto ha indicado. Debido a que los indígenas no guardan en secreto el conocimiento ni se apropian de él, la exigencia del régimen de patentes para demostrar un derecho de propiedad es contradictorio con el espíritu de organización social de muchas comunidades indígenas.

El párrafo anterior nos lleva a plantear que otro obstáculo para que las comunidades indígenas adopten el sistema de patentes. No solo se trata de que muchas no están interesadas en cambiar sus formas de vida y de relación con su entorno para dejar de ser autónomas y muchas autosuficientes y convertirse en obreras asalariadas dependientes de la venta de sus productos y conocimientos en el mercado o que no posean la estructura industrial y comercial para lograrlo.

También existe una gran cantidad de comunidades que comparten conocimientos y que resultan de dominio, si no público ampliamente comunitario, entre distintas localizaciones geográficas. Así, implementar el sistema de patentes incluso podría poner en riesgo la pacífica

⁴¹⁹ *Ibíd.*

⁴²⁰ *Ibíd.*

convivencia entre comunidades ya que, como se ha observado, no solo está comprometido el recurso intangible (inagotable) sino el recurso tangible asociado que, explotado a gran escala, genera consecuencias ecosistémicas. Estas consecuencias pueden tocar a las comunidades que no pudieron ser convencidas de comercializar con su conocimiento, enfrentándolas con las que sí fueron convencidas, e incluso internamente la división podría ser letal para los grupos indígenas.

En otro aspecto, hay que tomar en cuenta que, si las comunidades indígenas comienzan a hacer uso del régimen de patentes, diseñado como se vio en el capítulo 2 para promover el paradigma de competencia, se convertirán en competidoras directas de las empresas que lucran con el mercado de conocimientos. Al tener los indígenas una gran cantidad de conocimientos por patentar y la posibilidad de revertir patentes, el sector empresarial verá su desarrollo comercial como un riesgo para su dominio global y hará uso de su experiencia y los derechos comerciales que se encuentren concedidos a su favor para evitar el crecimiento económico de las comunidades. Entre otras cosas, por ejemplo, podrían formular oposición a la concesión de derechos de patentes en cada solicitud que se presente con enfoque indígena alegando, entre otros argumentos, la legitimidad del solicitante especialmente si se trata de conocimientos ampliamente comunitarios. Esta es una lucha que inevitablemente involucra el desgaste de los limitados recursos de los indígenas frente a los grandes recursos empresariales⁴²¹ y contiene el

⁴²¹ Muchas empresas ligadas a las áreas de tecnología y que utilizan o poseen patentes de productos o procesos poseen más dinero que muchos de los Estados en el mundo, además de que gran número de Estados no podrían decirse imparciales frente a los intereses empresariales ya que también son accionistas y promotores de diferentes sectores empresarial-industriales. Así tenemos, por ejemplo, al caso de PETROBRAS una empresa de economía mixta que se encuentra bajo el control del Gobierno de Brasil y de la que son accionistas muchos empresarios privados, la cual trabaja en los sectores de gas, petróleo y energía y se presenta al mundo como una sociedad anónima de capital abierto, mismo que representa 205 mil 431 millones 960 mil 490 dólares (205.431.960.490), es decir, este es tan solo un ejemplo de muchas empresas que poseen un capital que es muchas veces superior al de un Estado, que como en este caso sobrepasa por más de seis veces al Presupuesto General de un Estado como el de Ecuador (34,300,637,010.37) (en el número anterior utilizaste puntos y aquí utilizas comas). Es una empresa que requiere hacer negocios internacionales con otras empresas privadas incluyendo aspectos de patentes ya sea concedidas a ellas o a otros sectores vinculados al petróleo, derivados del petróleo, maquinaria, químicos, tuberías, insumos, entre otros. Datos Petrobras: Página oficial de Petrobras, Capítulo II sobre acciones de los accionistas, <<http://www.investidorpetrobras.com.br/es/gobernacion/estatuto-social/>>. Consulta: 29 de septiembre, 2014. Datos

riesgo de que la empresa pueda utilizar las circunstancias para públicamente desestimar el conocimiento indígena, difamando la efectividad de sus resultados. Actitud, que no sería nueva tal como la historia lo reporta en el primer capítulo.

Así, todo el esfuerzo comunitario tanto para cambiar su forma de organización como para defenderse en un nuevo régimen de conocimientos habría resultado más perjudicial que ventajoso.

Esto también nos lleva a reconocer que la cantidad de conocimientos indígenas se torna en otro obstáculo más que en una ventaja para proteger conocimientos indígenas dentro del sistema de patentes. Si llegaran a patentar gran cantidad de conocimientos, la labor de supervisión para evitar la apropiación de los derechos recién adquiridos por las comunidades será mucho más complicada que supervisar un solo conocimiento patentado.

En contraposición a esta opción de patentar masivamente conocimientos indígenas, está el patentar selectivamente conocimientos. Sin embargo, para esta opción más que para la anterior se requieren procesos de levantamiento de información cooperativos entre comunidades y conjuntos de pueblos indígenas interesados en patentar y asumir la consecuencias de hacerlo con consultores expertos interdisciplinarios de propiedad intelectual capaces de indicar qué conocimientos tienen mayor posibilidad de patentabilidad e incluso capacidad de extracción de los recursos asociados con indicación de los efectos ambientales de su comercialización. De esta forma, las autoridades competentes, que por aspectos de legitimidad serían las comunidades indígenas, podrían definir qué conocimientos patentar aunque por legalidad parecerían ser los Estados los que llegarían a determinar qué patentar. Esto evidentemente indica el conflicto de intereses que puede existir, pues los indígenas podrían estar más interesados en patentar

de Ecuador: Página oficial del Ministerio de Finanzas de Ecuador, <<http://www.finanzas.gob.ec/el-presupuesto-general-del-estado/>>. Consulta: 06 de abril, 2014.

elementos que no modifiquen en extremo sus formas tradicionales de vida y los gobiernos parecerían más interesados en patentar aquello que resulte económica y comercialmente más rentable aprovechando en la gran mayoría de casos su proclamada soberanía territorial y sobre los recursos naturales.

Esta opción de patentabilidad selectiva también indica que existirán criterios de selección y discriminación de conocimientos que pueden dejar por fuera conocimiento valioso para la humanidad. Pero, más importante todavía, induciría a que las comunidades indígenas ‘secreticen’ el conocimiento que a su momento se decidió no patentar o que divulgado no solo perdería la opción de patentabilidad sino que la intención de explotación comercial y extractivismo del material asociado al conocimiento se incrementaría.

Estas circunstancias parecen llevar a las comunidades indígenas a la necesidad de realizar trabajos en cooperación con ONG’s, gobiernos, fundaciones, empresas, entre otros. Así, se las haría dependientes de fondos externos y que evidentemente incidirán en la soberanía de las comunidades para tomar decisiones respecto a sus conocimientos patentables y las consecuencias a las que con ello se exponen.

Finalmente, las comunidades deben ser conscientes de que muchos de sus conocimientos se refieren al uso de organismos y materias en estado natural y que las patentes en teoría protegen invenciones humanas⁴²², por lo que mucho de su conocimiento durante este proceso entrará en dominio público sin que por ello obtengan ningún beneficio y que más bien atraerá la atención de empresas que buscan extender sus derechos de comercio exclusivo vía patentes, haciéndolas blanco de posibles intromisiones futuras.

⁴²² Aunque muchos casos nos han dado evidencia de que se han patentado variedades de organismos en estado natural como por ejemplo plantas (caso ayahuasca). Esto obedece, entre otras razones, a que los sistemas jurídicos interpretan de manera diferente los requisitos de patentabilidad.

La publicación defensiva

Si un inventor no tiene interés en obtener una patente pero quiere asegurarse de que nadie más la obtenga puede publicar una descripción detallada del invento. A esto, en Estados Unidos, se lo conoce como “publicación defensiva”⁴²³. Sin embargo, uno de los problemas con esta opción es que no protege realmente de la apropiación de conocimiento por parte de entes privados ni a las comunidades indígenas ni a la sociedad humana en general. Por el contrario, brinda pistas a las empresas respecto a nuevos productos o procesos patentables⁴²⁴.

Además, este mecanismo requiere de aislar y poner nombre a los ingredientes activos y luego publicar los detalles para impedir que las compañías soliciten patentes⁴²⁵, actividad en la que, no existe beneficio ni protección a los conocimientos indígenas ni al interés social.

Derecho de fitogenerador u obtentor

De acuerdo con el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV) un obtentor es quien crea o descubre variedades vegetales que sean nuevas, distintas, homogéneas y estables. Según el Convenio, al obtentor se le otorgarán derechos de producción y reproducción, venta, posesión y cualquier otra forma de comercialización de estas variedades vegetales e incluso de las variedades esencialmente derivadas de aquella protegida, sin perjuicio de que las legislaciones internas se encuentran facultadas según este instrumento para ampliar estos derechos sobre los productos fabricados de estas variedades⁴²⁶. Este convenio, que impide que otros mejoren y vendan las mismas variedades⁴²⁷, ha derivado en una Unión

⁴²³ Posey, “Más allá de la propiedad intelectual: Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales” 87.

⁴²⁴ *Ibíd.* 88.

⁴²⁵ *Ibíd.*

⁴²⁶ Arts. 1, 5 y 14 del acta de 1991 del Convenio de la UPOV.

⁴²⁷ Posey, “Más allá de la propiedad intelectual: Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales” 95.

Internacional de la que forman parte 70 Estados más la Unión Europea y la Organización Africana de la Propiedad Intelectual⁴²⁸.

Por la concepción del derecho de fitogenerador, en teoría, es posible que los pueblos indígenas obtengan un certificado de variedad vegetal para algunas de sus variedades agrícolas y también para algunas plantas silvestres que ellos utilizan⁴²⁹. En efecto, a diferencia de los requisitos de patentes, el descubrimiento y no solo la invención como forma de intelecto es una manera de obtener la propiedad sobre un bien tangible y en muchas partes sobre sus derivados.

Sin embargo, la gran diversidad genética dentro de una misma muestra, hace posible que los derechos de obtentor ya hayan sido concedidos o que una muestra no reúna los requisitos especialmente de ser nueva o distinta, pues entre otras cosas es posible que ya haya sido descubierta o conocida anteriormente sin importar en este aspecto el uso o aplicación que se le haya encontrado o dado a la variedad vegetal⁴³⁰.

El anterior es un riesgo especialmente común en las variedades tradicionales obtenidas por selección, donde las comunidades indígenas que deseen optar por esta perspectiva y vía de protección a sus conocimientos, presumiblemente deberán demostrar –cuando la autoridad examinadora emite un criterio desfavorable- que han sido las únicas en obtener por selección la variedad⁴³¹. A pesar de que este mecanismo es menos caro y complejo que un proceso de patentabilidad, implica demostrar a los examinadores que la variedad reúne las condiciones

⁴²⁸ Miembros de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, <<http://www.upov.int/members/es/index.html>>. Consulta: 17 de septiembre, 2014.

⁴²⁹ Michael A. Gollin, “An intellectual property rights framework for biodiversity prospecting” (1993) 164, en Más allá de la propiedad intelectual: Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales, Posey, 97.

⁴³⁰ Se debe tener en cuenta que la protección vía obtenciones vegetales se fundamenta en el fenotipo más que en el genotipo; y que la novedad en materia de obtenciones vegetales es comercial y no técnica, como en patentes; entonces, no importa que ya haya sido conocida. Lo que importa es que no haya sido vendida o entregada con fines de explotación. Art. 6 del acta 1991 de la UPOV.

⁴³¹ Posey, “Más allá de la propiedad intelectual: Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales” 97.

mencionadas para obtener un certificado de obtentor. Ello ha sido motivo de dificultad incluso para los fitogeneradores típicos, por lo que ha sido mucho más frecuente que los mejoradores profesionales obtengan variedades nuevas basadas en variedades naturales y se les otorgue la protección legal para las nuevas⁴³² introduciéndoles variaciones que les permitan ser consideradas nuevas, distintas, uniformes y estables.

Derechos de autor (morales y patrimoniales)⁴³³

El Convenio de Berna, referente a obras literarias y artísticas, realiza una diferencia entre derechos morales y patrimoniales, indicando que, entre los primeros, se encuentran comprendidos la reivindicación de la paternidad de la obra para que toda persona conozca de quién proviene una creación, es decir, cuál es(son) su(s) creador(es) y el derecho de oponerse a algunas modificaciones de la obra y a otros atentados a la misma⁴³⁴. Esto los diferencia de los segundos, ligados a los derechos de explotación comercial y lucro entorno a las creaciones, que poseen los titulares de derechos patrimoniales, quienes no necesariamente son los mismos autores de la obra ya que dichos derechos pueden haber sido transferidos en favor de un tercero.

Es, en especial, el enfoque de derechos morales el que presenta una interesante perspectiva a considerar en futuros instrumentos internacionales sobre conocimientos tradicionales e indígenas para que creadores de obras colectivas⁴³⁵ y, en general, conocimientos

⁴³² *Ibíd.*

⁴³³ En derechos de autor no se protegen las ideas sino únicamente su forma de expresión, por ello, el conocimiento tradicional no podría ser protegido dentro de esta forma de propiedad intelectual, sin embargo, en este punto más bien reflexionaremos sobre la posibilidad de que los conocimientos tradicionales nutran e integren a sus perspectivas de protección disposiciones que forman parte de los derechos de autor ajustándolas a sus particularidades. Ese es el caso de los derechos morales, el cual brinda pistas sobre una alternativa normativa que podría surgir para responder a las necesidades de protección de los conocimientos tradicionales.

⁴³⁴ Art.6 bis del Convenio de Berna.

⁴³⁵ Entendiéndose como obras colectivas las creaciones provenientes de varias personas. En el caso de las comunidades estas podrían ser atribuibles a la colectividad sin importar su número de miembros y aun cuando no fuera posible determinar particularizadamente la contribución como autor sobre la obra por lo que su titular resulta ser la agrupación general; esto sería similar a como obtiene la titularidad una persona jurídica de obras colectivas

puedan oponerse a deformaciones con que pudieran ser afectadas el objetivo original con el que fueron concebidas.

Esto implicaría ampliar varios elementos que abarca la comprensión de los derechos de autor en los casos indígenas. En efecto, los derechos de autor se conceden a individuos o compañías, mientras que los pueblos indígenas probablemente deseen la protección de los derechos de la comunidad muchas veces no institucionalizada. Además, la protección tendría que concederse a perpetuidad⁴³⁶.

Como ya se ha dicho, los conocimientos tradicionales no encajan en la definición de obras conceptualizadas como la expresión de las ideas (generalmente de connotación artística y literaria), esto debido a que el conocimiento tradicional no es solamente el pensamiento plasmado en un soporte material, sin embargo, lo importante del concepto de derechos morales es que ofrecer la posibilidad de tomarlo como ejemplo para generar una disposición protectora de saberes practicados y de conocimientos sobre un recurso material a través del derecho de los titulares a oponerse a que su conocimiento, formas de aplicación, administración, desarrollo, etc. sea deformado.

Ahora bien, al respecto de los derechos patrimoniales también se ha reconocido el interés de algunas comunidades indígenas puesto que muchos pueblos indígenas o muchos de sus miembros ya se encuentran formando parte de los sistemas de comercio y mercantilización global, aunque más que propiamente de conocimientos de aquello que podría ser entendido como productos u obras, como en el caso de los productos manufacturados o de las obras de arte donde se incluye el folklore y las representaciones de rituales. En estas formas de comercio

según el Art. 7 de la Ley de Propiedad Intelectual de Ecuador, donde una obra colectiva es aquella creada por varios autores, por iniciativa y bajo la responsabilidad de una persona natural o jurídica, que la publica o divulga con su propio nombre, y en la que no es posible identificar a los autores o individualizar sus aportes.

⁴³⁶ Posey, "Más allá de la propiedad intelectual: Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales" 90.

especialmente, se encuentran presentes los indígenas mentalmente colonizados cuya existencia fuera explicada brevemente en el capítulo 1 y que han dejado de estar inmersos en las circunstancias de servilismo, obreros asalariados o de mendicidad urbana. Esto, sin embargo, no afecta gravemente a las posibilidades de protección de conocimientos mientras sus representaciones artísticas no sean confundidas con verdadero conocimiento aplicado, una especie de charlatanes de conocimiento con propósito lucrativo, principalmente en lo que ha llegado a popularizarse como rituales de curación y representaciones cuasi teatrales que, más que conocimiento aplicado, parecerían obras dramatúrgicas en escena que podrían ser protegidas bajo un enfoque de derechos de autor. Sin embargo, antes que dicha protección, lo más recomendable al respecto es que dichas prácticas fueran dialogadas, resueltas y supervisadas al interior de la organización indígena con la que se identifican los artistas ya que innegablemente el buen nombre del conocimiento indígena y la esencia de las prácticas tradicionales puede encontrarse en riesgo entorno a estas actividades artísticas inspiradas en actividades y conocimientos tradicionales.

Muchas de las comunidades aborígenes actualmente nos demuestran que sus formas de arte pueden convertirse en una importante fuente de ingreso monetario. Es el caso de varias comunidades de Australia donde el arte se ha convertido en una industria, la cual da trabajo a miles de personas, entre ellas los artistas y los empleados de los centros artísticos donde se venden las obras, empleando a muchas personas que incluso no son aborígenes y llegando a obtener en algún momento ventas que al por menor superaron los 18 millones de dólares australianos⁴³⁷.

Por lo antes dicho, para varios pueblos o miembros indígenas la protección de sus intereses vía derechos de autor, primordialmente patrimoniales ligado al tradicional concepto de

⁴³⁷ *Ibíd.* 91.

derechos morales, puede ser una alternativa de acceso a cierto modelo de bienestar y gestión colectiva en la que podrían estar interesados y por el que también podrían optar. Sin embargo, debe quedar claro para las comunidades que pretendan una decisión informada y soberana al respecto que esta es una alternativa en la que se reafirma su ingreso al modelo mercantil de conocimientos y se debilita la posibilidad de recuperación o reinención de organizaciones y estructuras indígenas propias en las que el conocimiento continúa siendo una forma de solidaridad desinteresada ya que se involucran con la idea de explotación competitiva de sus expresiones o resultados.

Por otra parte, al considerar los derechos morales, la reflexión de precautelar el buen nombre de las comunidades y paralelamente de su conocimiento ha hecho que encontremos vinculación con los aspectos de marca; así por ejemplo, si el uso de una marca de fábrica denigra a un grupo étnico podría ser impugnada judicialmente como en el caso del equipo de fútbol Redskins (Pielas Rojas) de Washington⁴³⁸.

⁴³⁸ T. Greaves, Departamento de Sociología y Antropología, Universidad de Bucknell, Estados Unidos, 1994, comunicación personal), en Más allá de la propiedad intelectual: Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales, Posey, 93.