

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales

TITULO: Limitaciones y retos de la figura de las patentes para abordar y proteger los conocimientos tradicionales asociados a los recursos biológicos

Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales

Autor: Andrea Massiel Lino Suárez

Asesor: Isabel Calle Valladares

Código de alumno: 20095413

2017

RESUMEN

En el presente trabajo la pregunta que guía la investigación es por qué la figura de propiedad intelectual como las patentes, no contribuyen a proteger los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, entendido como los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales relacionadas a los saberes que poseen los pueblos indígenas sobre las relaciones y prácticas sobre su entorno, los cuales son transmitidos de generación en generación de manera oral.

Así, se parte señalando los conceptos generales en torno a lo que se entiende por conocimientos tradicionales y las razones por las cuales deben protegerse estos conocimientos colectivos. De igual manera, se hace referencia a los ámbitos de protección de los conocimientos tradicionales, en los que se encuentran - dentro del ámbito regional – la Decisión 391 y la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN). Respecto al ámbito nacional de protección de conocimientos colectivos se encuentra la Ley N° 27811, Régimen de Protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos que recoge tres principios fundamentales: el consentimiento fundamentado previo, la licencia de uso y la distribución justa y equitativa de beneficios. En esa misma línea se encuentra Ley N° 28216, Ley de Protección al Acceso a la Diversidad Biológica Peruana y los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, norma que crea a la Comisión Nacional de Prevención de la Biopiratería asociada al uso irregular e ilegal de recursos genéticos y conocimientos tradicionales. Finalmente, la tercera norma de protección de estos conocimientos es la ley N° 29565, norma que crea el Ministerio de Cultura, que recoge los principios señalados en la primera norma.

Por otro lado, el problema de fondo encontrado al intentar proteger los conocimientos tradicionales mediante el esquema clásico de propiedad intelectual es que los fines que persiguen son distintos: por un lado, se busca proteger el interés colectivo de las comunidades y por el otro, se busca salvaguardar las creaciones del autor/inventor, respectivamente; por lo que en este último caso hay un interés individual. De igual manera, los requisitos de patentabilidad (novedad, altura inventiva y aplicación industrial) no se cumplen en el caso de los conocimientos tradicionales, donde el ánimo es no lucrativo y hay fines de reciprocidad entre los miembros de la comunidad.

En base a lo señalado anteriormente, la autora planea como propuesta el trabajo interinstitucional del Ministerio de Cultura, los Gobiernos Regionales, INDECOPI y la Comisión Nacional de Lucha contra la Biopiratería, los cuales son actualmente competentes respecto al tema de los conocimientos colectivos. Asimismo, como propuesta se formula el requisito obligatorio de la divulgación de origen en el procedimiento de otorgamiento de patentes para que, de esa manera, se pueda conocer el origen de los conocimientos ancestrales y que los miembros de las comunidades reciban una distribución equitativa de los beneficios generados por el inventor que utilizó tales conocimientos.

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA
DEL PERÚ**

**PROGRAMA DE SEGUNDA ESPECIALIDAD EN
DERECHO AMBIENTAL Y DE LOS RECURSOS
NATURALES**



SEMINARIO DE TRABAJO ACADÉMICO II

ARTÍCULO ACADÉMICO

ASESORA: Isabel Calle Valladares

ALUMNA: Andrea Lino Suárez

CÓDIGO: 20095413

ÍNDICE

Introducción

CAPÍTULO I: MARCO CONCEPTUAL DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.	2
1.1 Definición de conocimientos tradicionales.	2
1.2 Herramientas de conservación de los conocimientos tradicionales.	3
1.3 Razones por las que deben protegerse los conocimientos tradicionales.	4
1.4 La gobernanza indígena y los principios que deben regir en la protección de los conocimientos tradicionales.	5
1.5 Mecanismos de protección de los conocimientos tradicionales.	6
1.5.1 Ámbito Regional de Protección de Conocimientos Tradicionales.	7
1.5.2 Ámbito Nacional de Protección de Conocimientos Tradicionales.	9
1.6 Condiciones para el acceso a los conocimientos tradicionales, según nuestro sistema nacional de protección.	10
1.7 Concepto de biopiratería.	13
CAPÍTULO II: PROBLEMAS PRESENTADOS EN EL ESQUEMA TRADICIONAL DE LAS PATENTES EN RELACIÓN A LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.	14
2.1 Adopción de los mecanismos tradicionales de protección de los conocimientos tradicionales.	14
2.2 Interés individual vs. Interés colectivo: incompatibilidades presentes en general.	15
2.3 Alcances y objetivos de las patentes y su relación con los conocimientos tradicionales.	17
2.4 El problema de la develación de origen, el cual no es recogido por la figura de las patentes.	20
2.5 Problemas de forma en la figura de las patentes.	22
CAPÍTULO III: RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS PARA ASEGURAR LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.	25
3.1 Autoridades competentes para la protección de los conocimientos tradicionales.	25
3.2 Propuesta: requisito obligatorio de la divulgación de origen en el procedimiento de otorgamiento de patentes.	28
3.3 Fortalecimiento del sistema <i>sui generis</i> : Ley N° 27811.	29
3.4 Mayor difusión de los registros de conocimientos colectivos como herramienta preventiva.	34
3.5 Estado promotor de la investigación y el desarrollo.	35

Conclusiones

Limitaciones y retos de la figura de las patentes para abordar y proteger los conocimientos tradicionales asociados a los recursos biológicos.

Introducción:

Cuando hacemos referencia a los conocimientos tradicionales puede que nos venga a la mente las manifestaciones culturales y de folclore propio de los pueblos indígenas y las comunidades locales; sin embargo, esto no es tan cierto. Los conocimientos y saberes, las innovaciones y las prácticas relacionadas a las características de biodiversidad sí son conocimientos tradicionales en la medida que están asociados a los recursos biológicos, por lo que aquellas prácticas medicinales o agronómicas que aplican estas comunidades deben ser protegidas jurídicamente.

Muchas veces la situación de vulnerabilidad y desventaja en la que se encuentran estos grupos hace que haya una apropiación indebida de estos conocimientos tradicionales, lo que configura el caso de biopiratería, en tanto un uso no compensado ni autorizado de estos conocimientos. Estos casos de apropiación pueden darse como una apropiación física, así como usando los derechos de propiedad intelectual ya que no se realiza un develamiento del origen, lo cual resultaría necesario.

En el presente artículo la pregunta que guiará el desarrollo de los temas consiste en determinar por qué la figura de propiedad intelectual como las patentes, no contribuyen a proteger los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas. Por ello será importante el desarrollo de los problemas presentados en la adopción de la figura de propiedad intelectual.

En esa medida, primero partiré definiendo el concepto de los conocimientos tradicionales así como los alcances que encierra el mismo. De igual manera, señalo como punto importante la gobernanza indígena ya que un derecho colectivo que les asiste es el referido a definir sus prioridades de desarrollo y autogobierno, lo cual deriva en el manejo y gestión de los recursos naturales con fines de subsistencia así como sus conocimientos tradicionales. Considero importante que, con el objetivo de proteger sus conocimientos, cuenten con la debida asistencia técnica que permita celebrar acuerdos equilibrados entre estos pueblos y los terceros que desean acceder a sus conocimientos.

Posteriormente al marco general mencionado, señalaré cuáles son los problemas que se presentan al incluir la protección de los conocimientos tradicionales en el esquema tradicional de propiedad intelectual de las patentes presentándose, por ejemplo, una imposición de esta figura clásica; por lo que podría acarrear incluso un problema de erosión cultural. Así también, un punto importante es el problema de la develación de origen, ya que pueden darse casos en los que el producto final se patenta, sin embargo, en el proceso se tuvo un acceso no autorizado de los conocimientos tradicionales por lo que se hace necesaria la exigibilidad de los certificados de origen o de procedencia.

Finalmente, es necesario tener en cuenta que los derechos de propiedad intelectual protegen derechos individuales, mientras que los conocimientos tradicionales responden a un enfoque colectivo propio de los pueblos indígenas cuyas formas de organización se realiza de modo

colectivo, habiendo aquí un punto de desencuentro entre los intereses individual y colectivo, difícil de compatibilizar en un solo esquema tradicional.

En el ámbito nacional, y como un ejemplo de protección defensiva, tenemos la ley N° 27811 que protege los conocimientos tradicionales señalando el contrato de licencia como instrumento que legitima la utilización de estos conocimientos. Sin embargo, el problema se da en la realidad ya que puede configurarse el caso de biopiratería; la falta de asistencia técnica a las comunidades; o puede no cumplirse con la distribución justa y equitativa de beneficios señalada en el Convenio de Diversidad Biológica (CDB).

Dentro de los problemas señalados, el que mencionaremos en el presente ensayo es el relativo a las falencias que se presentan al tratar de proteger los intangibles conocimientos de estos grupos diversos según la figura clásica de propiedad intelectual como las patentes.

CAPÍTULO I: MARCO CONCEPTUAL DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.

1.1 Definición de conocimientos tradicionales.

Los conocimientos tradicionales están referidos a los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales relacionadas a los saberes que poseen los pueblos indígenas sobre las relaciones y prácticas sobre su entorno, los cuales son transmitidos de generación en generación de manera oral (De la Cruz y otros 2005:11). En ese sentido, los saberes y las prácticas de los pueblos indígenas están relacionadas a las aplicaciones de la biodiversidad en general¹, lo cual marca la diferencia con las manifestaciones culturales referidas al folclore propio de estas comunidades como las danzas, las formas de artesanía y los rituales que practican.

El valor de este conocimiento tradicional colectivo es parte de la cosmovisión indígena, ya que con sus prácticas tradicionales permiten el manejo y conservación de la biodiversidad. De esta manera, por ejemplo, las comunidades han adaptado y mejorado especies vegetales y animales constituyendo centros de conservación in situ² que son una plataforma genética que es la base de la alimentación mundial de muchos países que son menos ricos en biodiversidad y que, por tanto, necesitan de esta plataforma genética.

¹ Biodiversidad definida como “variedad de seres vivos y sus interacciones”, según Antonio Brack Egg. Asimismo, se distinguen cuatro niveles de diversidad: las especies, la variedad genética, los ecosistemas y la diversidad humana; los cuales se encuentran interactuando unos con otros, tal como menciona Laureano del Castillo.

² Isabel Lapeña define como “centros de origen y diversidad” a aquellos lugares en los que tuvieron origen muchos cultivos de importancia para la alimentación mundial, así como aquellos en los que también se ha desarrollado con el tiempo, una gran variedad de especies nativas, de especies relacionadas o de sus parientes silvestres. En estos centros de origen, la biodiversidad se encuentra en su estado natural, es decir, en condiciones in situ, donde juega un rol muy importante la dinámica social como la intervención de los conocimientos aplicados por los agricultores y las comunidades locales.

En ese sentido, nuestro país se constituye en un país proveedor de recursos naturales y de diversidad biológica, siendo una plataforma de base genética para muchos países del mundo.

Algunas características de los conocimientos tradicionales son mencionadas, de manera resumida, a continuación (Restrepo 2006: 87-88):

- Son un sistema, conjunto o acumulación de conocimientos exclusivos de las comunidades.
- Por regla general, los conocimientos tradicionales son ancestrales, transmitidos oralmente de generación en generación.
- Los sistemas de conocimientos tradicionales tienen aplicaciones en ámbitos como la medicina, la alimentación y la agricultura, la gestión medioambiental y la conservación de la diversidad biológica.
- Estos conocimientos confieren un sentido de identidad a la comunidad.
- No tienen ánimo de lucro: estos conocimientos se desarrollan con fines de supervivencia, satisfacción de necesidades básicas y beneficios para toda la comunidad.
- Son dinámicos ya que se perpetúan por medio de la práctica y evolucionan según las nuevas necesidades.

Finalmente, cabe resaltar que los conocimientos colectivos que se protegen deben cumplir con dos características (Bengoa 2013:3):

- i) Origen colectivo: deben haber sido desarrollados y ser mantenidos por la colectividad de los miembros que conforman los pueblos indígenas.
- ii) Vinculación con los recursos biológicos: deben abordar temas relativos a las propiedades, usos y características de la diversidad biológica.

1.2 Herramientas de conservación de los conocimientos tradicionales.

Algunas herramientas que pueden considerarse como insumos, para ayudar a que se protejan los derechos de los pueblos indígenas sobre sus conocimientos tradicionales, son las áreas naturales protegidas, y los centros de conservación in situ que administran.

Así, un ejemplo en el que se aprecia la aplicación de estos conocimientos tradicionales puede verse en el caso de las áreas naturales protegidas, las cuales son muestras representativas de biodiversidad que requieren de protección por los valores asociados a su interés cultural, paisajístico y científico. En estas áreas protegidas viven asentados muchos de estos pueblos indígenas como el caso de las reservas comunales, y en el que estos pueblos aplican sus propias medidas de manejo y conservación de las áreas. Es debido a esa conexión y relación horizontal que presentan con sus territorios, que en estos casos el Estado celebra con las comunidades un contrato de administración, en el que los pueblos se convierten en ejecutores del manejo de las áreas protegidas teniendo que realizar acciones relacionadas a la conservación de la biodiversidad de esos espacios.

De igual manera, los centros de conservación in situ no son meros accidentes geográficos sino una combinación de las dinámicas ecológicas y humanas que permiten que los procesos ecológicos y evolutivos se sigan dando. En ese sentido, esta cosmovisión andina es un elemento importante en los centros de origen y diversidad, ya que la selección y el manejo de los cultivos realizado por el campesino están culturalmente determinados por una serie de criterios como los factores ecológicos y agronómicos (calidad del suelo, la disponibilidad de recursos hídricos, la presencia de plagas, etc.); por los riesgos que pueden presentarse; y por el destino final y los usos de los cultivos (pueden utilizarlo para su propia dieta, como parte de su cultura y rituales) o pueden venderlos por la demanda del mercado (Lapeña 2007: 31 y ss.).

En consecuencia, la agrobiodiversidad es el resultado de un conjunto de variables sociales, culturales, espirituales y éticas que componen la identidad de los agricultores; los cuales gestionan y manejan el riesgo al que tienen que enfrentarse en el día a día. La agricultura se enfrenta a numerosas vulnerabilidades que debe manejar el campesino, como las condiciones ambientales; el clima; la calidad del suelo; las plagas y el mercado³.

En suma, estos conocimientos tradicionales son aplicados en la conservación de las áreas donde se asientan estos pueblos indígenas, así como en los centros de conservación in situ donde se encuentran recursos genéticos, variedades de cultivos nativos y parientes silvestres. Los conocimientos de los agricultores, por ejemplo, determinan una serie de preferencias al momento de realizar sus cultivos, teniendo en cuenta la calidad del suelo, el tiempo de cultivo y enfrentándose a riesgos como las condiciones climáticas y ambientales.

Son estos conocimientos asociados a la biodiversidad los que deben protegerse de una apropiación física, o de las figuras legales usadas para patentar muchos de estos conocimientos sin mencionar el país de origen ni mucho menos repartiendo los beneficios equitativos que les corresponden.

Esta protección es una obligación que se desprende del artículo 68° de la Constitución Política del Perú en tanto señala que *“el Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas”*.

1.3 Razones por las que deben protegerse los conocimientos tradicionales.

Teniendo ya el marco general descrito sobre los conocimientos tradicionales, es importante mencionar las razones de proteger a estos conocimientos.

Así, resulta importante protegerlos debido a que al regularlos adecuadamente también se estaría protegiendo un derecho humano fundamental de los pueblos indígenas relativos a sus formas de vida y expresión. En ese sentido, lo que se protege es el valor intrínseco que representa ese conocimiento tradicional al margen de su precio en el mercado. De igual manera, con la adecuada protección, lo que se busca es establecer razones de equidad para corregir una situación injusta

³ Ídem.

que se presenta entre los pueblos indígenas y las empresas que se benefician comercialmente de sus conocimientos tradicionales (De la Cruz 2005: 14).

En esa línea, al proteger los conocimientos tradicionales también se están protegiendo las formas de vida inherentes a las comunidades; por lo que el valor intrínseco que representan estos conocimientos es incalculable. De igual manera, el derecho colectivo de los pueblos indígenas de decidir sus formas de vida y autogobierno se estaría protegiendo, en tanto los conocimientos tradicionales forman parte de esas prioridades de desarrollo de las comunidades al interior de sus territorios.

Este derecho de los pueblos indígenas a establecer sus prioridades de desarrollo se encuentra regulado en el artículo 7° del Convenio 169 de la OIT en el que se señala que *“los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus prioridades de desarrollo, en la medida que éste afecte a sus vidas, su creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural (...)”*.

De igual manera, el artículo 23° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala que *“los pueblos tienen derecho a determinar y elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo (...)”*.

A nivel constitucional, es necesario tener en cuenta el artículo 89° de nuestra Norma Suprema ya que establece que las comunidades campesinas y nativas son autónomas en su organización, en el trabajo comunal, en la disposición de sus tierras, y en los aspectos económicos y administrativos.

En conclusión, el reconocimiento de este derecho colectivo se encuentra regulado en una norma supranacional como en nuestra Constitución, por lo que hay un sustento que respalda las formas de vida y expresión de los pueblos indígenas. De igual manera, respetando la autonomía de las comunidades locales se estarían protegiendo los conocimientos colectivos que tienen trascendencia para nosotros como sociedad, por la diversidad biológica que albergan estos bienes inmateriales.

1.4 La gobernanza indígena y los principios que deben regir en la protección de los conocimientos tradicionales.

La gobernanza indígena puede definirse como *“las formas de gobierno, autogobierno y ejercicio autónomo de los pueblos indígenas en definir sus asuntos propios (estructura organizativa, instituciones, reglas y mecanismos de control social, entre otros aspectos)”* (Andrade y otros 2011: 118). Esta gobernanza, según la autora mencionada, incluye aspectos como el mejoramiento del acceso a la tierra, los recursos naturales, y el reconocimiento de los derechos políticos y culturales. Asimismo, guarda relación con los derechos colectivos de los pueblos indígenas en tanto permite que las comunidades se desarrollen en base a sus propias reglas consuetudinarias para el manejo de los recursos naturales (2011:120).

Por otro lado, según un informe de la Comunidad Andina de Naciones, los principios que deben guiar a los mecanismos de protección de los conocimientos tradicionales son los siguientes (De la Cruz 2005: 29):

- El reconocimiento del carácter de propiedad colectiva de los pueblos indígenas.
- El vínculo imprescindible entre éstos y la territorialidad y la identidad cultural.
- El principio de interculturalidad orientado al diálogo de saberes que permita el desarrollo de un sistema sui generis con miras a su conservación y protección.
- La conservación, revitalización y el uso como un componente de la libre determinación de los pueblos indígenas.
- Los conocimientos intangibles asociados a los recursos genéticos son inalienables e imprescriptibles.
- Los conocimientos tradicionales colectivos e integrales constituyen todo un sistema de saberes ancestrales.

De los principios señalados, es importante destacar el referido a la interculturalidad ya que cualquier instrumento de protección de los conocimientos tradicionales debe comenzar por entender las particularidades del grupo al que se pretende proteger.

En ese sentido, lo importante no es conocer superficialmente una cultura o querer entenderla y apreciar el contenido de sus creencias a completitud. Lo relevante es reconocer que los grupos culturales tienen diferencias arraigadas en sus puntos de vista y que ningún grupo puede pedir o esperar que el Estado actúe solo desde la visión de ellos. De igual forma, destaco el hecho de que un ciudadano intercultural no implica que solo reconozca que hay diversidad cultural, sino que despliegue actitudes tendientes a comprender, aprender e integrarlas a fin de que no se creen sociedades paralelas al interior de un Estado sin ningún tipo de diálogo ni patrones de convivencia comunes (Kymlicka 2003).

En ese sentido, desde el Estado se debe implantar la lógica de la interculturalidad para que de esa manera se puedan establecer efectivos mecanismos de protección sui generis de los conocimientos tradicionales de estas comunidades, protegiendo así las prácticas tradicionales relacionadas a la biodiversidad.

1.5 Mecanismos de protección de los conocimientos tradicionales.

La protección que se hace respecto a las prácticas ancestrales de las comunidades, implica una protección que puede ser positiva (a través de la asignación efectiva o constitución de un derecho positivo, exigible y oponible, por ejemplo, un derecho de propiedad intelectual o de propiedad); o puede ser una protección defensiva (a través del uso de instrumentos existentes para impedir usos o apropiaciones indebidas como las exigencias del develamiento de origen y la procedencia legal del régimen de patentes)⁴.

⁴ Estos conceptos han sido desarrollados por el docente Ruiz Müller, Manuel.

Así, un ejemplo de protección defensiva son los que establecen las decisiones de la Comunidad Andina de Naciones como la Decisión 486 que señala en su artículo 3° que para conceder un derecho de propiedad industrial quien lo solicita debe asegurarse de que se haya tenido acceso a esos recursos genéticos de manera legal. De igual manera, la Decisión 486 de la CAN, señala en su artículo 16° que para obtener una patente el solicitante debe demostrar que ha accedido legalmente a los conocimientos tradicionales e innovaciones utilizados para el desarrollo del producto final que se desea patentar.

En esa misma línea se encuentra la Decisión 391, protegiendo a los conocimientos tradicionales de un acceso no autorizado por parte de terceros.

En el Perú, se plantea una protección defensiva que priorice el principio de prevención de la biopiratería por lo cual la Ley N°28216 señala que la entidad competente de la lucha contra el acceso ilegal de los conocimientos tradicionales es la Comisión Nacional de Lucha Contra la Biopiratería. De igual manera, los principios señalados en esta norma son los referidos al consentimiento fundamentado previo; las licencias de uso para fines comerciales; la naturaleza colectiva de los Conocimientos Tradicionales; así como la distribución equitativa de beneficios.

Uno de los puntos importantes de esta norma es el referido al registro de los conocimientos tradicionales, el cual contiene una sección diferenciada dependiendo si se considera público, confidencial y local; lo cual impide la divulgación desleal de los conocimientos tradicionales que no estén en dominio público. Asimismo, la norma establece la creación de un fondo de desarrollo para los pueblos indígenas; y una protección defensiva en su segunda disposición complementaria.

En estos casos de protección de los conocimientos tradicionales, la autoridad nacional competente es el INDECOPI. Se debe tener en cuenta que la propiedad intelectual está relacionado con las creaciones de la mente: las invenciones, obras artísticas y literarias, así como los signos distintivos, nombres e imágenes utilizados en actividades de comercio, tal como señala la OMPI. Sin embargo, en el segundo apartado veremos por qué este esquema tradicional es incompatible con la naturaleza de los conocimientos tradicionales.

1.5.1 Ámbito Regional de Protección de Conocimientos Tradicionales.

Cabe resaltar en este punto que, dentro del ámbito regional, contamos con un marco de protección dado por la Comunidad Andina de Naciones, a través de la Decisión 391 y la Decisión 486; así como el Tratado de Cooperación Amazónica, el cual reafirma la soberanía de los países amazónicos.

Ya se ha mencionado anteriormente a las Decisiones 391 y 486 de la CAN, sin embargo, en este punto conviene esquematizar los ámbitos de protección de los conocimientos tradicionales, que establecen obligaciones para los países miembros de la CAN.

La Decisión 391, está referida al régimen de acceso a los recursos genéticos estableciendo el contrato de acceso cuando se quiera acceder a los conocimientos tradicionales. De igual forma, reconoce los conocimientos originarios de los países miembros como un componente intangible

invalorable, así como la facultad de decidir de las comunidades indígenas. Por su parte, la Decisión 486, establece el régimen de propiedad intelectual referido al “patrimonio biológico y genético y de los conocimientos tradicionales”, señalando también el derecho de los pueblos a decidir sobre sus conocimientos colectivos. De igual manera, hace referencia a las figuras de contrato de acceso, licencia o autorización para poder acceder y hacer uso de los conocimientos colectivos de las comunidades y pueblos indígenas.

A continuación se describe de manera resumida los ámbitos de protección recogidos en las dos decisiones de la CAN ya señalados (Ministerio de Cultura 2014:16-17):

DECISIÓN 391	DECISIÓN 486
<p>Es una norma subregional de gran importancia en lo referido a la discusión sobre los conocimientos tradicionales en la agenda política nacional.</p>	<p>Esta Decisión es relativa a la propiedad intelectual y tuvo como finalidad adecuar la normativa andina al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).</p>
<p>Establece en el artículo 7, el reconocimiento de los países miembros a los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas de la siguiente forma:</p> <p><i>Artículo 7.- Los países miembros, de conformidad con esta decisión y su legislación nacional complementaria, reconocen y valoran los derechos y facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales: sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas ancestrales asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados.</i></p>	<p>Establece en el artículo 3, lo relativo al “patrimonio biológico y genético de los conocimientos tradicionales”, de la siguiente forma:</p> <p><i>Artículo 3.- Los países miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales (...).</i></p>
<p>Establece una obligación subregional referente a las condiciones de acceso y uso de los conocimientos de los pueblos, debiendo ser establecido mediante un contrato de acceso:</p> <p><i>Artículo 35.- Cuando se solicite el acceso a recursos genéticos o sus productos derivados con un componente intangible, el contrato de acceso incorporará un anexo donde se prevea la distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de la utilización de dicho componente (...).</i></p>	<p>Señala en el artículo 3 que “los países miembros reconocen el derecho y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales sobre sus conocimientos colectivos (...)”</p> <p>Este artículo establece una estrecha vinculación entre la protección del patrimonio biológico y genético y los conocimientos tradicionales vinculados, estableciendo el derecho de los pueblos a decidir sobre sus conocimientos colectivos.</p>

Elaboración: Ministerio de Cultura.

Por su parte, tal como señala el Ministerio de Cultura, el Tratado de Cooperación Amazónica (TCA) tiene como objetivo fundamental la promoción del desarrollo armónico de la Amazonia y la

incorporación de sus territorios a las respectivas economías nacionales, lo que es fundamental para el mantenimiento de un equilibrio entre el crecimiento económico y la preservación del medio ambiente (2014:18).

Asimismo, para el fortalecimiento de este Tratado, en 1998 se creó la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica (OTCA), que ha coadyuvando a la cooperación técnica en lo relativo a los conocimientos tradicionales cumpliendo así los artículos I y XIV del TCA.

1.5.2 Ámbito Nacional de Protección de Conocimientos Tradicionales.

Dentro del Sistema de Protección de los Conocimientos Tradicionales en el Perú, se pueden mencionar tres normas en el tiempo, tal como señala el Ministerio de Cultura: i) la Ley N° 27811, Régimen de Protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos (2002); ii) Ley N° 28216, Ley de Protección al Acceso a la Diversidad Biológica Peruana y los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas (2004); y iii) La ley N° 29565, norma que crea el Ministerio de Cultura (2010).

Estas normas serán analizadas, a efectos de determinar el marco de protección nacional que existe respecto de nuestros conocimientos tradicionales, así como los derechos que tienen los pueblos indígenas para autorizar el uso de sus conocimientos colectivos. A continuación se señalan algunos de los aspectos más importantes de las normas mencionadas:

1. la Ley N° 27811, Régimen de Protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos (2002).

Dentro de los aspectos más resaltantes de la norma se pueden mencionar los siguientes, según el Ministerio de Cultura (2014: 19):

- El reconocimiento del derecho al “consentimiento informado previo”, en el artículo 2c), referente a autorizar o denegar el acceso y uso de conocimientos tradicionales.
- La obligación de la suscripción del “contrato de licencia de uso de conocimientos colectivos, señalado en el artículo 2d), el cual constituye el acuerdo expreso celebrado entre la organización representativa de los pueblos indígenas poseedores del conocimiento y el tercero.
- El artículo 7 señala que para el caso en que se quieran utilizar los conocimientos tradicionales para fines comerciales o industriales, es necesario celebrar un contrato de licencia de uso en el cual se establezcan las condiciones de uso de estos conocimientos y los términos de distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización.
- El establecimiento de porcentajes para el Fondo de Desarrollo de los Pueblos Indígenas.
- El establecimiento de los registros de conocimientos colectivos, los cuales tienen como objetivo mantener y preservar estos conocimientos, así como proporcionar al INDECOPI, información que facilite su defensa. Los tipos de registros son tres: Registro Nacional Público; el Registro Nacional Confidencial; y los Registros Locales.

- Se establece la obligación de contar con licencias de uso de conocimientos tradicionales, en el artículo 25 y siguientes.

En suma, esta norma de protección nacional de los conocimientos colectivos, señala las licencias de uso como modalidad de acceso a los conocimientos tradicionales; la distribución equitativa de beneficios y el respeto al consentimiento informado previo, entre otros aportes ya señalados.

2. Ley N° 28216, Ley de Protección al Acceso a la Diversidad Biológica Peruana y los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas (2004).

Esta ley determinó la existencia de una Comisión Nacional de Prevención de la Biopiratería asociada al uso irregular e ilegal de recursos genéticos y conocimientos tradicionales (Ministerio de Cultura 2014:20). Al respecto, esta norma establece como definición de biopiratería la siguiente:

Definición de biopiratería:

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

3. La ley N° 29565, norma que crea el Ministerio de Cultura (2010).

Con la creación del Ministerio de Cultura se creó también el Viceministerio de Interculturalidad que promovió la creación de un Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. Así también, el artículo 15 b) señala entre una de sus funciones, la formulación de políticas de inclusión y creación de mecanismos para difundir una práctica intercultural en el conjunto de la sociedad peruana, por lo cual se recogen todos los conocimientos ancestrales en ciencia y tecnología.

1.6 Condiciones para el acceso a los conocimientos tradicionales, según nuestro sistema nacional de protección.

Según nuestra ley nacional de régimen de protección de conocimientos tradicionales, las condiciones para que se puedan acceder a los conocimientos colectivos son los siguientes:

- a) Consentimiento informado previo: está señalado en el artículo 2 literal c) definida como la autorización otorgada por la organización representativa de los pueblos indígenas poseedoras de un conocimiento colectivo, para la realización de determinada actividad previo suministro de suficiente información relativa a los propósitos, riesgos o implicancias de dicha actividad, en el que también se incluyan los eventuales usos del conocimiento y el valor del mismo.

En ese sentido, este consentimiento implica que una organización representativa de la comunidad campesina o comunidad nativa poseedora de conocimientos colectivos relativos a la biodiversidad, otorgue una autorización cuando un tercero quiera hacer uso de sus conocimientos. Para otorgar esa autorización, previamente estas comunidades deben recibir información oportuna, precisa y suficiente sobre las implicancias de la actividad que se quiera realizar, así como los usos que se le van a dar a sus conocimientos tradicionales, lo cual debe incluir una valoración económica de esos conocimientos.

Asimismo, cuando se habla de consentimiento informado implica hablar de una autorización calificada, ya que debe ser otorgado con conocimiento de causa, sabiendo qué se está autorizando, para qué y qué riesgos involucra (Müller y Ferro 2005: 25).

Este consentimiento, en cuanto informado, implica que se haya proporcionado información que abarque lo siguiente (Zamudio 2012: 270):

- La naturaleza, envergadura, ritmo y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto;
- Las razones o el objeto del proyecto y/o actividad;
- La duración de lo que antecede;
- Los lugares de las zonas que se verán afectados;
- Una evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental; que incluyan los posibles riesgos y una distribución de beneficios que sea justa y equitativa;
- El personal que intervendrá en la ejecución del proyecto propuesto;
- Los procedimientos que entrañará el proyecto.

- b) Licencia de uso: la ley señala en el artículo 2 literal d) el contrato de licencia de uso de conocimientos colectivos definido como el “acuerdo expreso celebrado entre la organización representativa de los pueblos indígenas poseedoras de un conocimiento colectivo y un tercero que incorpora términos y condiciones sobre el uso de dicho conocimiento colectivo”.

Cabe resaltar que se exige la licencia de uso cuando se quiera acceder al conocimiento colectivo con fines de aplicación comercial o industrial, por lo que en estos casos el consentimiento informado previo no basta, debiendo ser recogida- la autorización- en un contrato de licencia de uso del conocimiento. Sin embargo, únicamente cuando el acceso sea con fines de aplicación científica, bastará el consentimiento informado previo (Müller y Ferro 2005: 27).

- c) Distribución de beneficios: la distribución de beneficios se da a través de dos tipos de compensación: una directa y otra indirecta, según la Ley N° 27811, Régimen de Protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos.

- i) Compensación directa: se trata de una compensación a favor del pueblo indígena que negocia y suscribe un contrato de licencia. Esta compensación se da en dos momentos, según Müller y Ferro:
- Un pago inicial monetario u otro equivalente que debe ser efectuado a la firma del contrato.
 - Un segundo pago, a través de un porcentaje, que se efectuará si se desarrollan productos a partir del conocimiento licenciado y si éstos son comercializados (2005: 30).
- ii) Compensación indirecta: se da a través del Fondo para el desarrollo de los Pueblos Indígenas, cuyos recursos estarán a disposición de todos sin excepción y serán administrados por representantes indígenas, mayoritariamente. En ese sentido, se ha previsto que un porcentaje de los beneficios que se obtengan de la comercialización de los productos que se han desarrollado a partir de estos conocimientos, se destinen al Fondo (Müller y Ferro 2005: 30-31).

El artículo 8° de la norma nacional señala que la contribución al fondo será “un porcentaje no menor al 10% del valor de las ventas brutas, antes de impuestos, resultantes de la comercialización de los productos desarrollados a partir de un conocimiento colectivo”.

En suma, los tres requisitos indispensables para acceder a los conocimientos tradicionales son el consentimiento informado previo como una autorización calificada con conocimiento de los objetivos de su utilización; la licencia de uso, en caso la aplicación de los conocimientos se haga con fines comerciales o industriales; y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los conocimientos colectivos.

Estos tres requisitos resultan fundamentales cuando se quiere hacer uso de los conocimientos colectivos de las comunidades locales, para evitar que se configure el caso de biopiratería; y para que de esa manera se dé cumplimiento a los principios señalados en el Convenio de Diversidad Biológica (referido a los términos mutuamente convenidos; el consentimiento fundamentado previo; y la distribución justa y equitativa de beneficios) que también están reflejados en las condiciones de acceso señalados en la Ley N° 27811.

Al acceder a los conocimientos colectivos de estas comunidades se deben respetar los principios de reciprocidad y equilibrio. La reciprocidad implica que lo que se recibe debe ser devuelto en igual medida; proveyendo las bases para la negociación y el intercambio sobre el eje de equidad. Por su parte, el equilibrio está referido a ese balance y armonía entre la naturaleza y la sociedad (Zamudio 2012: 268).

1.7 Concepto de biopiratería.

De acuerdo a la ley N° 28216, Ley de Protección de Acceso a la Diversidad Biológica y los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, la biopiratería es el acceso y uso no autorizado de recursos biológicos y conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas sin autorización; y mediante la apropiación física o invocando algún derecho de propiedad intelectual, como las patentes.

En ese sentido, la biopiratería es “apropiarse de aquello que no se ha poseído antes y que está en la guarda de otro. Quienes han guardado y conservado un bien (recurso genético o cultural) son quienes lo poseen legítimamente y quienes deseen su uso deben respetar a esos guardianes” (Zamudio 2010: 343).

Por tanto, la repartición equitativa de beneficios y el consentimiento fundamentado previo son requisitos esenciales al acceder a los conocimientos tradicionales, lo cual es mencionado tanto en nuestra legislación interna como en el Convenio de Diversidad Biológica del que somos parte.

Un hecho de apropiación indebida se evidencia en el caso de la maca, la cual es una planta nativa del Perú que destaca por su valor nutricional, así como por su poder afrodisíaco. En este caso la empresa norteamericana “Pure World Botanical” obtuvo la patente sobre extractos de maca el año 2001, patentando así el producto “Maca Pure” y afectando a los productores nacionales peruanos (Del Castillo 2004: 26-27).

Otro caso de biopiratería gira en torno a la quinua, sobre la cual existe una patente norteamericana que data del año 1994 a cargo de dos investigadores de la Universidad de Colorado, teniendo así control exclusivo sobre las plantas masculinas estériles de una variedad de quinua boliviana llamada la “Apelawa”. Las consecuencias de esta patente recaen en perjuicio de los productores bolivianos, ya que el desarrollo de híbridos de quinua va dirigido a aumentar los rendimientos de cultivo a escala comercial en Norteamérica. De igual manera, los productores bolivianos de quinua se verían obligados a cultivar las variedades industriales de alto rendimiento para la exportación (Caillaux 2004: 45-47).

En conclusión, todo el marco conceptual presentado en este primer capítulo servirá de base para desarrollar el segundo apartado referido a las incongruencias que se presentan al intentar proteger los conocimientos colectivos mediante la figura de las patentes. Los derechos de propiedad intelectual tienen como esencia la protección de innovaciones novedosas del uso no autorizado por parte de terceros, buscando proteger al inventor del proyecto que utilizará sus productos con fines comerciales e industriales.

Estas incompatibilidades que serán presentadas deben lograr ser resueltas con el fortalecimiento del régimen nacional de protección de los conocimientos colectivos, Ley N° 27811, norma mencionada en este primer capítulo ya que es un norma sui generis de protección. La participación de las autoridades competentes en la protección de estos conocimientos es

importante también; las que deben buscar implementar un sistema preventivo idóneo que evite que se presenten casos de biopiratería como los mencionados.

A continuación se presenta el desarrollo del capítulo dos; ámbito en el que se exponen los principales problemas en la relación entre los conocimientos colectivos y las patentes, como esquema de protección de propiedad intelectual.

CAPÍTULO II: PROBLEMAS PRESENTADOS EN EL ESQUEMA TRADICIONAL DE LAS PATENTES EN RELACIÓN A LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.

En este apartado pretendo señalar los principales problemas que se presentan al tratar de subsumir la protección de los conocimientos tradicionales dentro del esquema de propiedad intelectual. En ese sentido, algunas de las deficiencias en el intento de protección de estas prácticas e innovaciones ancestrales de las comunidades, intentan ser explicadas a continuación.

En esa línea, vamos a situarnos específicamente en el caso de las patentes, describiendo sus alcances y objetivos; y la manera en que se contraponen con la esencia de los conocimientos tradicionales. Asimismo, mencionaré algunos problemas de forma que se presentan en el procedimiento administrativo de solicitud de patentes; así como el problema del develamiento de origen, el cual debería ir acompañado de los certificados de origen para acreditar el cumplimiento de los requisitos del consentimiento informado previo y la distribución de beneficios.

2.1 Adopción de los mecanismos tradicionales de protección de los conocimientos tradicionales.

En el capítulo anterior he señalado el enfoque de interculturalidad que debe guiar la actuación de la administración, ya que de esa manera se asegura una adecuada comunicación entre el Estado y los pueblos indígenas, lo cual redundará en una adecuada implementación de los mecanismos de protección de estos conocimientos tradicionales incorporando la visión andina dentro de estos instrumentos.

Al respecto, al tratar de adaptar las características especiales de los conocimientos tradicionales a los parámetros de los derechos de propiedad intelectual, se presentan algunos problemas relativos a una imposición cultural violenta que desconoce el sentido cultural y espiritual presentes en estos conocimientos colectivos. En ese sentido, estos conocimientos deben protegerse teniendo en cuenta su naturaleza y los intereses legítimos de cada comunidad en particular (Restrepo 2006: 103).

En esa misma línea, podemos decir que al enmarcar estos conocimientos dentro del esquema tradicional de propiedad intelectual, se estaría despojando el carácter cultural y sagrado de los conocimientos tradicionales para cumplir con fines mercantilistas propios de la cultura occidental.

Esto puede originar la erosión cultural, es decir la destrucción de la cultura indígena que terminará cediendo ante la demanda del mercado⁵ (subrayado propio).

La razón de estos cuestionamientos tiene relación con la propia vulnerabilidad presentada por estos pueblos indígenas, los cuales tradicionalmente se han encontrado en situación de desventaja frente al resto de la población. En ese sentido, por ejemplo, al celebrar contratos de acceso con terceros, se presenta un escenario inicial de desequilibrio entre las comunidades y los terceros que desean acceder a esos conocimientos.

Es por ello que, considero necesario que haya asistencia técnica a estos grupos a efectos de que la celebración de los acuerdos sean los más equitativos posibles y que de esa forma pueda cumplirse con la adecuada distribución de beneficios señalados por el CDB, así como el principio de consentimiento fundamentado previo, el cual es una exigencia obligatoria que asiste a las comunidades antes de que se tome una decisión estatal o medida administrativa.

Todo esto nos lleva nuevamente al enfoque de diálogo intercultural que debe regir todas las decisiones de los Estados que planteen establecer medidas legislativas o administrativas que afecten directa o indirectamente a los pueblos indígenas y comunidades locales; aspecto que se da en el presente caso en relación a los mecanismos de protección que se deben implementar.

2.2 Interés individual vs. Interés colectivo: incompatibilidades presentes en general.

Se debe tener en cuenta que una de las bases de los derechos de propiedad intelectual es principalmente individual y tienen como finalidad objetivos comerciales. Entonces, la incompatibilidad se presenta entre ésta característica y las comunidades locales y pueblos indígenas, en tanto su forma de organización es colectiva. En ese sentido, hay un individualismo presentado por el esquema tradicional de derechos de propiedad intelectual, en tanto protegen una invención individualizada y corporativizada; mientras que las comunidades no conciben ese individualismo dentro de sus formas de organización (Forno 2003).

En este punto se aprecia la incompatibilidad de los enfoques, siendo que la forma de organización de los pueblos indígenas es de naturaleza colectiva. Es por ello que las demandas de reivindicación territorial de estas comunidades se centran en el reconocimiento de la propiedad colectiva que sea distinta a la propiedad individual clásica.

Bajo esa misma lógica funcionan los conocimientos tradicionales, teniendo en cuenta que los beneficios del acceso de esos conocimientos deben recaer en la colectividad de las comunidades; lo que refuerza este enfoque colectivo presente al interior de las comunidades locales.

En este apartado señalaremos las incongruencias en los enfoques de los conocimientos colectivos y el sistema de propiedad intelectual, de manera amplia. En el siguiente punto se mencionarán las incompatibilidades presentes específicamente en la figura de las patentes y los conocimientos tradicionales.

⁵ Ídem.

Podemos resumir las principales incompatibilidades entre el derecho de propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales según el siguiente cuadro (Forno 2003):

DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL	CONOCIMIENTOS TRADICIONALES
<ul style="list-style-type: none"> - Creaciones novedosas. - Protección de derechos de propiedad individual. - Protección de invenciones y/o creaciones que se mantienen en la esfera privada del titular de los derechos concedidos. 	<ul style="list-style-type: none"> - Conocimientos tradicionales formados a través de generaciones y a lo largo del tiempo. - Carácter eminentemente colectivo y pertenencia de los conocimientos a toda la comunidad. - Conocimientos regidos por el principio de intercambio entre comunidades y que se mantienen en el seno de su propia comunidad.

Elaboración: Claudia Forno.

En suma, se desprende del cuadro presentado, que la propiedad intelectual protege las creaciones novedosas, es decir innovaciones que son presentadas como algo “nuevo” que no ha estado en el mercado previamente; mientras que, cuando se hace referencia a conocimientos tradicionales, hablamos de un bagaje invaluable de bienes intangibles que se transmiten de manera oral de generación en generación.

De igual manera, el esquema clásico de propiedad intelectual protege derechos de propiedad individual, lo cual se condice con el carácter colectivo de los conocimientos tradicionales, ya que el enfoque de los pueblos indígenas incide en la colectividad de sus comunidades.

Finalmente, el derecho de propiedad intelectual protege creaciones de la mente cuyos beneficios inciden directamente en el titular del derecho, mientras que, en el caso de las comunidades locales, los beneficios derivados de los conocimientos tradicionales se realizan bajo la lógica del intercambio permanente al interior de sus comunidades, así como el intercambio con comunidades aledañas y vecinas, toda vez que no hay una finalidad lucrativa.

Estas diferencias se refuerzan cuando se analizan las figuras que se protegen al interior de los derechos de propiedad intelectual. Por ejemplo, en el caso de los derechos de propiedad industrial, las patentes protegen al inventor y sus innovaciones, teniendo que cumplir- las innovaciones- los requisitos de ser novedosos; debe ser producto de una actividad inventiva; así como aplicable a la industria, es decir, que se utilice para la explotación industrial⁶.

⁶ Solo para mencionar, en el caso de los derechos de autor se protegen las innovaciones vinculadas a la personalidad humana, en tanto aquel que crea una obra literaria o musical es el titular de la obra. En este caso se protegen los intereses del creador de las obras, es decir, la expresión de sus pensamientos y formas de inteligencia. En este supuesto, entonces, hay una obra materializada y un autor identificable (Forno 2003).

Tomando como base los bienes que protegen los derechos de autor, podemos ver que se refuerzan las incompatibilidades presentadas con los conocimientos tradicionales, toda vez que en estos casos se tratan de bienes

En consecuencia, en el plano de la propiedad industrial puede verse también una incompatibilidad manifiesta con la lógica de los conocimientos tradicionales, ya que no se trata necesariamente de “innovaciones” sino de prácticas tradicionales y ancestrales utilizados por las generaciones de miembros de las comunidades campesinas y/o nativas. De igual manera, estos conocimientos no son per se aplicables a la industria ni son susceptibles de explotación comercial: estos conocimientos son aplicados por las comunidades locales como prácticas de convivencia y con fines alimenticios y de subsistencia.

En este punto se aprecia, entonces, las incompatibilidades presentadas en la lógica de un esquema clásico de propiedad intelectual -como el caso de las patentes -y los conocimientos tradicionales, teniendo como base intereses distintos, ya que en un caso se protegen intereses individuales; mientras que, en el otro, se protegen derechos colectivos.

2.3 Alcances y objetivos de las patentes y su relación con los conocimientos tradicionales.

En el presente artículo vamos a trabajar específicamente la figura de las patentes, sus alcances y objetivos; y la manera en que se contraponen, en su esencia, con los conocimientos tradicionales.

Según la OMPI, podemos definir a la patente como “el derecho otorgado a un inventor por un Estado o por una oficina regional que actúa en nombre de varios Estados, que permite que el inventor impida que terceros exploten por medios comerciales su invención durante un plazo limitado en un territorio determinado”⁷.

Es preciso señalar que, el derecho de patentes “no protege la creación de la mente humana en sí, sino el medio que exterioriza y permite que la creación sea perceptible. Es decir, las patentes no protegen ideas sino las estructuras y métodos en los que se aplican los conceptos tecnológicos” (Forno 2003:69).

Por otro lado, no se consideran invenciones los descubrimientos, teorías científicas y métodos matemáticos; tampoco los seres vivos que se encuentran en la naturaleza ni los procesos biológicos naturales (Venero 2015).

En ese sentido, se puede afirmar que - a efectos de ser reconocidos y protegidos por el Estado - se protegen las innovaciones del inventor teniendo que cumplir **los siguientes requisitos de patentabilidad**: (Venero 2015):

- a) **Novedad**: debe observarse una nueva característica hasta el momento no conocida en el “estado de la técnica” en el campo técnico de que se trate.

intangibles y no de obras materializadas; de igual manera, no hay un autor identificable, en tanto estos conocimientos recaen en la colectividad de las comunidades.

⁷ Venero, Begoña. “Elementos de Propiedad Intelectual a considerar en relación a los conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales”. Panamá: OMPI, 2015.

- b) Altura inventiva: debe observarse actividad inventiva, es decir, algo que no pueda ser deducido por una persona con conocimientos generales en el campo técnico de que se trate. Es lo “no obvio”, es decir, que la invención no resulte evidente de las herramientas que el examinador tenía a la mano cuando evaluaba la solicitud (Bazán 2005: 26).
- c) Materia patentable: conforme a la normativa del país, que varía de un caso a otro.
- d) Aplicación industrial: la invención debe tener utilidad práctica o ser susceptible de aplicación industrial, de una u otra índole⁸.

Serán estos requisitos los que tomen en cuenta los evaluadores al momento de examinar una invención que se quiera patentar; no obstante, surge la interrogante de si estos requisitos se presentan también en el caso de los conocimientos colectivos. Antes de mencionar las incompatibilidades presentes entre estos requisitos y los conocimientos tradicionales, debemos señalar los objetivos que se persiguen al tratar de proteger una invención “novedosa” y de aplicación industrial.

Así, respecto a los objetivos que cumplen las patentes, se pueden mencionar las siguientes (Venero 2015):

- Ofrecer al inventor reconocimiento por su actividad creativa y retribución material por su invención.
- Fomentar la innovación, que contribuye a mejorar la calidad de la vida humana.
- Divulgar al público la invención patentada, de modo que terceros puedan beneficiarse de los nuevos conocimientos.
- Contribuir así al desarrollo tecnológico⁹.

De acuerdo a los requisitos señalados en el caso de las patentes, podemos concluir que se presentan incompatibilidades respecto del bien intangible e invaluable que representan los conocimientos tradicionales. Al respecto, estos conocimientos colectivos no necesariamente van a cumplir con el requisito de la “novedad” ya que son prácticas culturales que las poblaciones aplican dentro de sus comunidades como técnicas agrícolas o medicinales que les sirven para sus actividades productivas y de subsistencia.

En relación al requisito de novedad, es un tema bastante discutible ya que “muchas de las patentes no son invenciones sino meros descubrimientos relacionados a los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, es decir, información existente en el dominio público que tiene carácter colectivo. Sin embargo, muchas patentes protegen estos conocimientos que ya se encontraban en dominio público (...)” (Caillaux 2005:42).

Según el Caillaux, frente a este problema presentado en el sistema de patentes, la solución debería estar en la posibilidad de solicitar, de oficio o a solicitud de parte, la nulidad de la patente, a cargo de la autoridad competente (2005:42). Es decir, frente a las irregularidades presentadas,

⁸ ídem.

⁹ ídem.

debe contemplarse como consecuencias la nulidad o revocación de los derechos otorgados en contravención de la normativa nacional.

Al respecto, el artículo 34° de la Ley N° 27811, Ley que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos, señala entre las causales de cancelación de registro: i) que el derecho haya sido concedido en contravención a cualquiera de las disposiciones del régimen de la ley; y ii) que se compruebe que los datos esenciales contenidos en la solicitud sean falsos o inexactos.

De igual manera, no cumplen con el segundo requisito de “altura inventiva” ya que una práctica tradicional puede ser de común conocimiento y uso generalizado por las poblaciones de una comunidad específica, beneficiándose todo el colectivo con esos conocimientos. Finalmente, tampoco cumpliría con el tercer requisito de “aplicación industrial”, ya que estos conocimientos colectivos no son generados para ser comercializados en el mercado sino que son prácticas comunales de aprovechamiento directo y con fines de subsistencia.

Por otro lado, en relación a los objetivos que persiguen las patentes, estos no son de aplicación en el caso de los conocimientos tradicionales. De esta manera, la figura de las patentes busca proteger la actividad creativa del inventor y retribuirlo por ello, en tanto su invención representa una mejora a la calidad de vida, así como una contribución al desarrollo tecnológico.

Estos objetivos no se presentan en el caso de los conocimientos tradicionales, los cuales muchas veces se encuentran dentro del dominio público¹⁰, los que -si bien pueden representar una mejora a la calidad de vida-no están orientados a proteger a un solo inventor que quiere utilizar el producto de su invención con fines mercantilistas. Como he señalado, estos conocimientos tradicionales recaen en una colectividad y no en un inventor individual; tampoco tienen como fin el uso comercial o industrial.

En este punto considero como un problema el caso de los conocimientos colectivos que se encuentran dentro del dominio público y que no han sido registrados; y que, por tanto, pueden ser aprovechados por un particular con la simple acreditación de los requisitos de patentabilidad mencionados. Para corregir los casos de biopiratería deben reforzarse las medidas preventivas como herramientas prioritarias para evitar apropiaciones indebidas sobre productos que se

¹⁰ Al encontrarse dentro del dominio público, estos conocimientos colectivos han pasado a formar parte del “estado de la técnica”, los que - según el artículo 13° de la ley que protege los conocimientos tradicionales, Ley N° 27811 - son conocimientos a los cuales han podido acceder personas ajenas a los pueblos indígenas a través de medios de comunicación masiva. Considero que, siendo que estos conocimientos tradicionales son de público conocimiento, no deberían ser patentables al no cumplir con el requisito de novedad, el cual es el primer requisito para proteger una invención. Sin embargo, el artículo 13° de la mencionada Ley señala que en caso estos conocimientos hayan entrado en dominio público en los últimos 20 años, se destinará un porcentaje del valor de ventas brutas resultantes de la comercialización de los productos desarrollados a partir de estos conocimientos colectivos; retribuciones que serán destinados al Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

encuentran en el ámbito público, por lo que en este caso juega un rol importante el sistema de registros, que maneja INDECOPI¹¹, mencionados en la Ley N°27811.

2.4 El problema de la develación de origen, el cual no es recogido por la figura de las patentes.

Andrés Valladolid, presidente de la Comisión Nacional contra la Biopiratería, considera que uno de los principales problemas que se presenta en los derechos de propiedad intelectual tradicional son los concernientes a la develación de origen.

De hecho gran parte de las discusiones generadas en los informes de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) se refieren a la develación de origen, ya que los países más desarrollados (adquirentes de la biodiversidad y conocimientos tradicionales de los países del sur, principalmente) señalan la negativa a realizarlo porque implicaría un gran esfuerzo.

En ese sentido, la propuesta estaría dada por el requisito de divulgación obligatoria que se aplique a todas las solicitudes de patentes. De esta manera, la iniciativa está orientada a que este requisito se vuelva jurídicamente vinculante estableciendo las reglas de juego equitativas para la industria y la explotación comercial de las patentes, de modo que pueda concretizarse lo previsto en el artículo 15.7 del CDB referente a los beneficios derivados del uso de los recursos genéticos¹².

En consecuencia, deberá ser divulgado el país de origen o, en caso de no se conozca, la fuente específica de los recursos genéticos. Así, el requisito de divulgación de origen contribuirá al cumplimiento del principio de participación de beneficios, así como controlar las normas de acceso que se hagan respecto de los conocimientos tradicionales¹³.

Señala el Comité Intergubernamental que una buena razón para imponer la obligación de divulgación de origen está dada por el hecho de que las invenciones se basan directamente en conocimientos tradicionales. De esta manera, puede darse cumplimiento a lo señalado en artículo 8 literal j) del CDB en tanto es necesario velar por el respeto, la preservación y el mantenimiento de los conocimientos tradicionales.

En consecuencia, algunas propuestas de artículos en relación al requisito de divulgación serían los siguientes¹⁴:

¹¹ El INDECOPI ha establecido requisitos específicos y el formulario que debe ser llenado, según se opte por un registro de naturaleza pública o confidencial. Esto permite a las comunidades registrar sus conocimientos y evitar así la apropiación indebida de los mismos. Frente a este registro, debe haber mayor divulgación de la norma a efectos de que las comunidades puedan acceder a este sistema correctamente.

¹² Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. "Divulgación de origen o la fuente de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales conexos en las solicitudes de patentes". Ginebra: vigésima edición, 2012.

¹³ Ídem.

¹⁴ Estas propuestas son señaladas en el texto del Comité Intergubernamental (CIG) de la OMPI. "La protección de los conocimientos tradicionales: proyectos de artículos", vigésima primera sesión, Ginebra, p.18

1. “Las solicitudes de títulos de propiedad intelectual relativas a cualquier procedimiento o producto relacionado con conocimientos tradicionales o que los utilice incluirá información sobre el país en el que el solicitante obtuvo o del que recibió los conocimientos tradicionales. En dicha solicitud se indicará si se ha obtenido el consentimiento fundamentado previo para acceder a los conocimientos y utilizarlos.”. (Subrayado propio).
2. “Los derechos que deriven de la concesión de un título serán revocados y no podrán hacerse valer cuando el solicitante no haya cumplido las obligaciones correspondientes a los requisitos obligatorios previstos en el presente artículo o cuando haya proporcionado información falsa o fraudulenta”.

Estas alternativas de propuestas son más proteccionistas respecto a las prácticas, conocimientos e innovaciones de los pueblos indígenas en tanto hay una exigibilidad de la divulgación de origen; de manera que si el solicitante no cumple con el requisito se desestima su solicitud o, en caso ya hubiera obtenido el derecho, es susceptible de revocarse el título habilitante que posee. En ese sentido, el producto final que se desea patentar debe cumplir con la presentación del certificado de origen del país del que tuvo acceso a los conocimientos tradicionales; del mismo modo, debe acreditar el cumplimiento del derecho del consentimiento fundamentado previo que le asiste a las comunidades locales y pueblos indígenas.

En consecuencia, “la divulgación de origen ha sido concebida como un mecanismo que permitiría verificar, durante el proceso de concesión de patentes, que los recursos genéticos utilizados en una invención (o durante su proceso de creación) han sido obtenidos de manera legítima, cumpliéndose los requisitos legales de acceso en el país de origen” (Ferro 2009:305).

Como correlato a esta obligación de divulgar el país del cual se ha obtenido el conocimiento colectivo, se encuentran los “certificados de origen”¹⁵, el cual sería un documento estandarizado que constituye una evidencia de haber cumplido con obtener el consentimiento informado previo y la distribución de beneficios. Este certificado contendría información relevante respecto al país donde fue colectado el conocimiento, sus características, la persona que proveyó el conocimiento, el país de origen, etc. En ese sentido, este certificado sería una suerte de “documento de identidad” o “pasaporte” que acompañaría al producto final durante toda su vida útil y cuando es trasladado de un país a otro; serviría también como herramienta para el rastreo y monitoreo de los recursos (Ferro 2009: 306).

Por otro lado, si bien es cierto en materia de recursos genéticos los principios básicos señalados en el CDB son la soberanía de los Estados; el consentimiento fundamentado previo; los términos mutuamente convenidos y la distribución justa y equitativa de los beneficios, no se lograría la real concreción de estos principios sin la adecuada asistencia técnica en favor de las comunidades locales ni con la “no exigencia” del certificado de origen.

¹⁵ Según Caillaux, la idea de este certificado de origen es que se demuestre haber accedido legalmente a los conocimientos colectivos. Así, este certificado exige a los solicitantes de patentes de los productos que han utilizado como base recursos genéticos y conocimientos tradicionales, un certificado otorgado por la autoridad competente del país de origen de dichos recursos y conocimientos, que en nuestro país, estaría a cargo del INDECOPI (2005:44).

En un intento por regular las acciones de los países usuarios de recursos genéticos, se establecieron, aunque no vinculante, las Directrices de Bonn el cual tiene una sección vinculada a regular las actividades que realizan los países usuarios debiendo reportar a los países proveedores lo que hacían con sus recursos obtenidos. De igual manera, se encuentra el Protocolo de Nagoya que señala que los países usuarios deben respetar la legislación de los países proveedores.

Si bien el artículo 27° de la Ley N° 27811, Ley que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, señala que el contenido del contrato de licencia implica la obligación del licenciatario de “informar periódicamente, en términos generales, al licenciante acerca de los avances en la investigación, industrialización y comercialización de los productos desarrollados a partir de los conocimientos colectivos vinculados a recursos biológicos”, considero que esta divulgación que debe hacer el titular del derecho es insuficiente.

Se deben mejorar los sistemas de rastreo y monitoreo del destino de los recursos genéticos y derivados usados en productos o invenciones, a efectos de ejercer un control ex post que resulte adecuado. En la norma de protección nacional no se menciona cómo es que se realiza la fiscalización ni con qué periodicidad, por lo que la propuesta del certificado de origen continúa siendo la medida preventiva que resulta más idónea para la protección de los conocimientos tradicionales.

En conclusión, considero que una adecuada regulación de las actividades de los países usuarios, tendría que incluir el requisito de exigibilidad de divulgación de origen, sobre todo cuando hablamos de conocimientos tradicionales que son bienes intangibles invaluable. La importancia radica no solo para las comunidades sino también para nosotros como país¹⁶, ya que esos conocimientos son plasmados en la conservación de la biodiversidad in situ que se tienen en muchas de las áreas donde estos pueblos se encuentran asentados.

2.5 Problemas de forma en la figura de las patentes.

Otro de los problemas presentados en la figura clásica de propiedad intelectual es el relativo a la estructura de forma que presenta. Así, las autoridades competentes en materia de patentes, no tienen la obligación de evaluar el contenido de la información presentada; tampoco se ven obligados a verificar si el solicitante ha obtenido el material de acuerdo al consentimiento fundamentado previo¹⁷.

En ese sentido, la propuesta sería que en el formulario estándar de la solicitud de patente se formule una serie de preguntas. Por ejemplo, el solicitante deberá responder afirmativa o negativamente si la invención que pretende patentar está basada en conocimientos tradicionales o recursos genéticos. Si la respuesta es negativa, entonces el solicitante no deberá cumplir requisitos administrativos adicionales; sin embargo, si la respuesta es afirmativa será aplicable el

¹⁶ Los conocimientos tradicionales tienen valor para nosotros como sociedad, por lo que la trascendencia en la protección de los recursos genéticos y derivados, se basan en el “interés público”.

¹⁷ CIG, Ob. Cit., p.6.

requisito de divulgación del país de origen o de la fuente. En caso desconozca el país de origen deberá hacer de todos modos una declaración en ese sentido¹⁸.

Puede también que la información proporcionada por el solicitante sea incompleta o incorrecta habiendo sido realizado deliberadamente por el solicitante; por lo que la consecuencia debería ser la imposición de las sanciones correspondientes.

Estos requisitos señalados deberían aplicarse respecto de todas las solicitudes internacionales, regionales y nacionales tendientes a querer patentar una invención en la que se ha accedido a recursos genéticos y conocimientos tradicionales de un país de origen. La finalidad de esta propuesta es constituir mecanismos más proteccionistas para los conocimientos ancestrales de las comunidades, de manera que se respete su consentimiento así como la distribución equitativa de beneficios.

Esta es una propuesta que debería ser tomada en cuenta por el INDECOPI, autoridad competente nacional, así como por la Comisión Nacional contra la Biopiratería para poder reforzar las labores de seguimiento y evaluación técnica de las patentes de invención presentadas o concedidas en el extranjero que involucren conocimientos tradicionales.

Con la incorporación de esta propuesta se mejoraría el examen de fondo de las solicitudes de patentes que incluyan recursos biológicos, genéticos y conocimientos asociados. En ese sentido, con el suministro de dicha información se facilitaría la determinación del estado de la técnica al proveer información útil al examinador. Además, esta información suministrada podría contribuir casos de apropiación indebida de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados y, de ser el caso, impugnar la validez de las patentes otorgadas indebidamente (Correa 2005:2).

De esta manera, las oficinas que otorgan las patentes de invención, en el caso nacional INDECOPI, otorgarían derechos basado en una mayor transparencia, ya que dentro de los requisitos de forma que deberán evaluar, se encontraría la presentación del certificado de origen de los conocimientos tradicionales a los cuales tuvieron acceso para el desarrollo del producto final; en caso contrario, se debería denegar la solicitud.

Por otro lado, la documentación que deberá presentarse, bajo la propuesta de develación de origen, puede implicar diversos niveles de exigencia en cuanto a la información que presentarán, siendo las opciones, las siguientes (Correa 2005:11):

- Simple divulgación de información.
- Información acompañada de una o más declaraciones del solicitante.
- Información acompañada de documentación probatoria, respecto del cumplimiento de la obligación de acceso y participación de beneficios¹⁹.

¹⁸ Ídem.

¹⁹ Según Correa, la obligación de la divulgación de origen se presenta cuando existe una relación entre los recursos y conocimientos, por ejemplo, cuando estos conocimientos colectivos forman parte del material sobre el que se solicitan

La no presentación de este requisito fundamental debería acarrear la denegación de la solicitud presentada; sin embargo, en caso de presentación de información falsa o insuficiente podrían aplicarse sanciones dentro del régimen de propiedad intelectual, que podrían ser las siguientes (Correa 2005:13):

- Responsabilidad civil o criminal.
- Aplicación de las disposiciones de competencia desleal u otros regímenes externos a la propiedad industrial.
- Sanciones administrativas.
- Interrupción del trámite de una solicitud cuando la información presentada es insuficiente o falsa.
- Revocación o invalidación de los derechos de patentes o de obtentor otorgados cuando la información es insuficiente o falsa.
- Exigencia de restitución de cualquier beneficio indebidamente recibido.

En consecuencia, la incompatibilidad en este punto se encuentra en la estructura formal que se presenta en los derechos de patentes, ya que los examinadores aprueban una patente cuando se cumplen los requisitos de novedad, actividad inventiva y aplicación industrial. Sin embargo, no toman en cuenta la divulgación de origen en tanto es algo que no está regulado nacional ni internacionalmente aún.

En tal sentido, resulta importante la propuesta planteada sobre el llenado de formularios que debería hacer el solicitante, de manera que se señalen con precisión el país de origen del que ha obtenido los conocimientos tradicionales utilizados para la realización de su producto final o invención. En estos casos, los formularios funcionan como punto de partida para generar mayor transparencia en estos esquemas clásicos de propiedad intelectual, y para que no se configuren casos de biopiratería.

Es de esta manera que, si el solicitante proporciona información errónea o falsa, operaría la interrupción del trámite de su solicitud; sanciones administrativas e incluso la revocación de su derecho, en caso ya se haya otorgado. Lo que se busca, entonces, es impedir que una innovación tecnológica, por ejemplo, se intente patentar cuando-en los procesos de elaboración de ese producto final- se accedieron indebidamente a los conocimientos tradicionales sin un contrato de licencia de por medio ni mucho menos habiendo obtenido el consentimiento fundamentado previo por parte de las comunidades de las que derivan esos conocimientos.

Las consecuencias derivadas en caso se haya otorgado un derecho en el que se presenten irregularidades o que se haya accedido ilegalmente a los conocimientos colectivos, deberían estar contemplados en la legislación nacional; sin embargo, la Ley N° 27811 solo señala dos supuestos de cancelación del registro, los cuales serían insuficientes.

derechos de propiedad intelectual. También cuando estos conocimientos han sido utilizados en el proceso de desarrollo del materia protegible; y cuando han sido utilizados como recaudo necesario para desarrollar la materia protegible.

En ese sentido, se presenta un problema en esta estructura de forma presente en el derecho de propiedad intelectual, debiendo cambiarse el procedimiento clásico por el que se patentan derechos; de manera de que se protejan los conocimientos tradicionales utilizando formularios por los cuales los solicitantes puedan realizar declaraciones; divulgación de información, así como presentar información documentada que acredite la invención que desea patentar.

El procedimiento administrativo por el que se otorgan las patentes deberían contemplar estos formularios, a efectos de que los evaluadores hagan un verdadero “examen de fondo” en los casos en que se quieran patentar recursos genéticos y conocimientos colectivos, considerando la importancia y el valor que revisten estos conocimientos para nuestra sociedad.

En suma, el requisito de la divulgación de origen pasaría a ser una condición obligatoria dentro del procedimiento para obtener una patente. Esta sería la propuesta que debe discutirse a nivel internacional con el objetivo de proteger a los países mega-diversos, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades.

Debería incorporarse este requisito a nivel internacional, dentro del Convenio de Diversidad Biológica, aunque es sabido que son los países desarrollados (que acceden a la base genética de los países en vías de desarrollo) quienes se muestran en contra de esta propuesta, alegando los costos que generaría, así como la dificultad de poder determinar con exactitud el país del cual se obtuvo el conocimiento colectivo.

CAPÍTULO III: RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS PARA ASEGURAR LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.

En el presente capítulo pretendo señalar algunas recomendaciones para proteger de manera más efectiva los conocimientos tradicionales. Ya se ha mencionado a lo largo de esta investigación las incompatibilidades que se presentan al querer proteger los conocimientos colectivos y recursos genéticos mediante la figura de las patentes; generándose problemas de forma y de fondo que deben ser resueltos.

De esta manera, en este capítulo se desarrollarán las funciones de las principales autoridades encargadas de proteger los conocimientos tradicionales, así como aquellas que no han sido consideradas en la normativa nacional de protección de los mismos. De igual forma, una propuesta a largo plazo es promover la investigación a efectos de poder revalorar el potencial que se encuentran en la base de nuestros recursos naturales y conocimientos colectivos.

3.1 Autoridades competentes para la protección de los conocimientos tradicionales.

Las autoridades principales que deben verse involucradas en la protección de los conocimientos colectivos, son las que se presentan en el siguiente cuadro:

VICEMINISTERIO DE INTERCULTURALIDAD	GOBIERNOS REGIONALES	INDECOPI	COMISIÓN NACIONAL DE LUCHA CONTRA LA BIOPIRATERÍA
<p>Es importante que este Viceministerio pueda emitir una opinión previa vinculante ante el otorgamiento de una licencia, hecho que no ocurre actualmente.</p> <p>Hoy día el Ministerio de Cultura no tiene una participación clara respecto a los contratos de licencia que se otorgan sobre los conocimientos tradicionales, sobre todo en relación al consentimiento fundamentado previo.</p>	<p>Los Gobiernos Regionales, en tanto tienen mayor cercanía con la población local y las comunidades que poseen estos conocimientos colectivos, deben brindarles asistencia técnica para que se puedan implementar contratos de licencia adecuados entre las partes.</p> <p>Deberían mejorar su base de registros de los conocimientos colectivos inscritos por las comunidades que se ubican dentro de su competencia territorial.</p>	<p>Esta autoridad debe reforzar la protección de los conocimientos, mediante la difusión y transparencia de los registros de los conocimientos tradicionales, a efectos de que se conozca la matriz de estos registros por las poblaciones locales.</p> <p>Asimismo, es necesario que se conozcan las patentes que se han otorgado sobre nuestros recursos genéticos.</p>	<p>Esta Comisión fue creada mediante la Ley 28216 y se encuentra adscrita a la PCM.</p> <p>Debe reforzar sus estrategias preventivas para evitar que se produzcan casos de biopiratería, y comunicarlo inmediatamente al INDECOPI.</p> <p>Asimismo, debe realizar una fiscalización a través de los monitoreos sobre las patentes otorgadas; así como difundir los informes sobre los mismos.</p>

Elaboración propia.

De las autoridades señaladas, la Comisión de Lucha contra la Biopiratería e INDECOPI tienen funciones claras respecto de la protección de los conocimientos tradicionales. Así, la Comisión tiene una función preventiva para evitar que se produzcan casos de biopiratería; mientras que el INDECOPI maneja un registro de los conocimientos colectivos que pueden tener un registro público, reservado y confidencial de los conocimientos que deben ser protegidos.

Lo que queda pendiente es reforzar las estrategias respecto de los conocimientos colectivos que son de dominio público, aun no registrados, que son susceptibles de apropiación ilícita para su aprovechamiento indebido. Son los conocimientos que se encuentran dentro de este escenario, los que pueden ser aprovechados para patentar un producto final que utilizó como suministro los conocimientos colectivos de poblaciones locales.

Por otro lado, en el cuadro he mencionado al Viceministerio de Interculturalidad en tanto debe jugar un rol protagonista en la protección de los recursos genéticos y conocimientos colectivos, actuando en representación de las comunidades locales y pueblos indígenas. Así, planteo que al momento de celebrarse contratos de licencia, este Viceministerio pueda presentar un informe con carácter vinculante que actúe como una opinión previa favorable que debe ser tomada en cuenta por el INDECOPI.

En adición, es necesario que este Viceministerio asegure el cumplimiento del consentimiento previo de las comunidades, como requisito antes de que se celebren los contratos de acceso sobre estos conocimientos colectivos. Para ello será necesario que implemente el diálogo intercultural entre el Estado, las comunidades y los terceros que deseen acceder a sus conocimientos, por lo que el enfoque dialógico²⁰ será importante para la negociación entre las partes.

Este rol de garante que le atribuyo al Ministerio de Cultura tiene sustento en base a las competencias exclusivas y compartidas señaladas en el artículo 5° de la norma de creación del mencionado Ministerio, Ley N°29565. Así, el literal a) señala que el Ministerio de Cultura se encarga, de manera exclusiva, de la supervisión, evaluación y fiscalización de las políticas nacionales y sectoriales del Estado en materia de cultura.

De igual manera, el literal b) señala que el Ministerio de Cultura tiene como competencia exclusiva la formulación de planes, programas y proyectos nacionales en el ámbito de su sector para la protección y puesta en valor de las manifestaciones culturales. Por su parte, el literal f) señala que este Ministerio se encarga de la administración del sistema de registros nacionales relativos a los bienes de patrimonio cultural, de las manifestaciones culturales y actividades culturales.

Por otro lado, el Ministerio de Cultura tiene también competencias compartidas con los gobiernos regionales en materia de patrimonio cultural, gestión cultural; así como en lo relativo a los lineamientos para la puesta en valor del Patrimonio Cultural de la Nación en base a criterios de interculturalidad, tal como señala el artículo 6° de la norma mencionada.

En esa misma línea, el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura señala que tiene competencia para la gestión cultural en materia del patrimonio cultural de la Nación; así como asegurar la pluralidad étnica de la Nación.

Un punto interesante dentro del ROF de este Ministerio es el numeral 3.21 en tanto señala que tiene competencia para “expedir certificados, otorgar autorizaciones, permisos y aprobar la determinación de sectores de intervención relacionados al ámbito de su competencia”. Esto debe ser leído también de manera conjunta con el punto 3.28 que señala que el Ministerio de Cultura promueve una cultura de respeto y acceso a derechos culturales.

En base a estas consideraciones, el Ministerio de Cultura puede convertirse en un garante al momento en que se celebren las licencias de uso para acceder a los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas, en tanto –de acuerdo a la base normativa señalada– es el encargado de promover la gestión cultural a nivel nacional. Asimismo, tiene competencia para otorgar autorizaciones, certificados y permisos; por lo que este punto puede hacerse extensivo en el caso de los contratos de acceso mediante la opinión previa favorable que debe tener cuando se quieren acceder a derechos culturales.

²⁰ Este enfoque puede definirse, según Ban Ki Moon, como “un código de conducta y una cualidad de interacción que puede ser común a la manera de involucrarse en diferentes procesos (...). Estos procesos serían dialógicos en tanto permitan crear ambientes en los cuales los participantes puedan sentirse incluidos, empoderados y seguros (...)”.

Por otro lado, es necesario que los Gobiernos Regionales se involucren también brindando asistencia técnica a las comunidades nativas y campesinas en la protección de sus conocimientos tradicionales, dentro del marco de descentralización relativa a la planificación nacional. Por la competencia territorial, estos gobiernos regionales deben manejar adecuadamente una base de datos con los registros de los conocimientos colectivos que hayan inscrito las comunidades locales para la protección estos bienes intangibles.

La Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales, señala que una de sus competencias exclusivas es “promover el uso sostenible de los recursos forestales y biodiversidad”; mientras que en materia de difusión de cultura tiene una competencia compartida con el Ministerio de Cultura.

En el caso de los Gobiernos Regionales encuentro estas disposiciones en relación a materia cultural y la conservación de la biodiversidad, aspectos generales en los que se puede introducir las coordinaciones intersectoriales en relación a los conocimientos tradicionales asociados a la diversidad biológica y la asistencia técnica que menciono como propuesta.

En el caso de los registros locales que administran los gobiernos regionales, ésta es una función atribuida expresamente por la Ley nacional de protección de conocimientos tradicionales, desarrollado en el capítulo anterior.

En suma, las autoridades mencionadas son las que deben cumplir un papel relevante en las estrategias de planificación preventiva para proteger los conocimientos tradicionales de apropiaciones ilícitas que configuren los casos de biopiratería. De igual forma, es necesario que actúen de manera coordinada y conjunta para asegurar los principios señalados en el Convenio de Diversidad Biológica: términos mutuamente convenidos, distribución justa y equitativa de beneficios; y consentimiento fundamentado previo.

3.2 Propuesta: requisito obligatorio de la divulgación de origen en el procedimiento de otorgamiento de patentes.

Como he mencionado en el capítulo anterior, los evaluadores que se encargan de patentar las invenciones de terceros, no realizan un examen exhaustivo a efectos de rastrear el origen del que provienen los conocimientos tradicionales que sirvieron de base para la invención.

Este problema en el procedimiento para el registro de las patentes, es el que puede desencadenar el caso de biopiratería, mediante una apropiación física y/o legal sobre nuestros recursos genéticos y derivados. Por ello, el certificado de origen debe ser considerado como un requisito obligatorio de patentabilidad que deben observar los evaluadores que se encargan de registrar las invenciones.

En ese sentido, esta propuesta busca acercar el sistema de patentes con el sistema de acceso como requisito obligatorio para otorgar patentes sobre invenciones que estén vinculadas con recursos genéticos y conocimientos tradicionales; propuesta que quiere ser incorporada-a iniciativa de los países en desarrollo- en el ADPIC (Ferro 2008).

De esta manera, el procedimiento de otorgamiento de patentes debe contemplar información sobre la que debe versar el requisito: i) proveedor; ii) fuente; y iii) origen (si se conoce). Asimismo, debe entregarse pruebas de cumplimiento de la legislación de acceso del país proveedor sobre los conocimientos colectivos utilizados en su invención (Ferro 2008).

Como señala Ferro, se espera que el solicitante entregue toda la información que disponga o a la que pueda acceder de manera razonable. El incumplimiento de este requisito, en caso sea obligatorio, debe tener las siguientes consecuencias: i) suspensión del procedimiento; ii) declaración de abandono; iii) revocación de la patente; y iv) transferencia de porcentaje de regalías (2008).

Dependiendo del momento, las consecuencias van desde la suspensión del procedimiento hasta la revocación de la patente ya otorgada; o la obligación de que el tercero transfiera un porcentaje de regalías a los poseedores de los conocimientos colectivos utilizados para su invención. Esta propuesta busca formar parte de las medidas preventivas que debe implementar el Estado para evitar apropiaciones ilícitas sobre nuestros recursos genéticos y conocimientos colectivos.

De igual manera, incorporando este requisito con carácter obligatorio, se busca mejorar el examen de fondo que realicen los evaluadores que se encargan de registrar las invenciones, ya que de esa manera se obliga al tercero a develar la información del origen de los conocimientos relacionados a su producto. En caso no sepa con exactitud el país del que provienen esos conocimientos, deberá proporcionar la información que posea o a la que razonablemente haya podido acceder.

En consecuencia, esta propuesta busca ser una herramienta preventiva de protección de los conocimientos colectivos y recursos genéticos del que disponen las comunidades campesinas y nativas; promoviendo un marco de transparencia en el procedimiento administrativo por el que se otorgan las patentes.

3.3 Fortalecimiento del sistema *sui generis*: Ley N° 27811.

El régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos, señala entre sus objetivos los siguientes:

- a) Promover el respeto, la protección, la preservación, la aplicación más amplia y el desarrollo de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas.
- b) Promover la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de estos conocimientos colectivos.
- c) Promover el uso de estos conocimientos en beneficio de los pueblos indígenas y de la humanidad.
- d) Garantizar que el uso de los conocimientos colectivos se realice con el consentimiento informado previo de los pueblos indígenas.
- e) Promover el fortalecimiento y el desarrollo de las capacidades de los pueblos indígenas y de los mecanismos tradicionalmente empleados por ellos para compartir y distribuir beneficios generados colectivamente.

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

En relación a los objetivos que establece este régimen de protección nacional, podemos decir que sus pilares fundamentales se orientan a evitar que se concedan patentes sin respetar el requisito de distribución justa y equitativa en favor de los pueblos indígenas; así como el respeto al consentimiento informado previo de estas comunidades. De igual manera, esta norma busca el fortalecimiento de las capacidades de estos pueblos a partir de los beneficios que se deriven del uso de sus conocimientos colectivos, fomentando de esta manera la preservación de los mismos.

Para el desarrollo de las capacidades de las comunidades locales, la norma prevé en el artículo 37° la creación de un fondo para su desarrollo, señalando que el objetivo es el financiamiento de proyectos y otras actividades en beneficio de los pueblos indígenas. Este fondo estará manejado por representantes de estos pueblos que podrán acceder a los recursos del fondo para implementar proyectos de desarrollo dentro de sus comunidades.

Cabe resaltar que estos conocimientos colectivos son de interés público, en tanto forman parte del patrimonio cultural de los pueblos indígenas, cuyos beneficios derivados de estos bienes se extienden también a la sociedad peruana. Es por ello que se busca que el manejo que las comunidades hagan sobre estos conocimientos se base en el principio de desarrollo sostenible, en la medida que los beneficios sean aprovechados también por las futuras generaciones.

Este mismo principio resulta de aplicación para el uso de los conocimientos colectivos con fines comerciales e industriales que hacen los terceros, por lo cual la norma establece condiciones para el acceso a estos conocimientos y un trámite de solicitud que debe seguirse ante las oficinas de INDECOPI para que se pueda obtener el contrato de licencia.

Este régimen busca proteger de manera particular a los conocimientos colectivos asociados a los recursos biológicos, protegiendo a este género o especie de manera singular. Es por ello que esta norma protege a los conocimientos que han sido transmitidos de generación en generación entre las comunidades, y que están relacionadas a las propiedades de la diversidad biológica (genes, especies y ecosistemas).

De manera general, se puede decir que el sistema sui generis debe tener el siguiente contenido mínimo (Forno 2003:92):

- Reconocer el carácter colectivo y acumulativo de los conocimientos tradicionales, es decir, tener en cuenta la propiedad comunitaria sobre los mismos.
- Recoger el derecho a impulsar el intercambio no comercial de estos conocimientos entre las comunidades.

- Estipular el derecho a oponerse al desarrollo de cualquier investigación que atente contra el respeto de los derechos de las comunidades locales y pueblos indígenas²¹.
- Garantizar la integridad de los conocimientos como parte de la integridad cultural de las comunidades.
- Conceder cierto nivel de control a las comunidades sobre la aplicación y uso de los conocimientos.

Respecto a este contenido mínimo, podemos decir que se cumple la mayoría de las estipulaciones en los objetivos señalados por la norma nacional de protección de los conocimientos colectivos. Así por ejemplo, se reconoce el carácter acumulativo de los conocimientos que se han transmitido de manera oral a lo largo de las generaciones; de igual manera, se promueve el desarrollo de las capacidades de la población local permitiendo el uso sostenible de los conocimientos colectivos que poseen.

Sin embargo, pese a los avances que significa esta norma nacional de protección, considero que aún deben realizarse ciertos ajustes a los términos utilizados, así como a las incongruencias que presenta. Por ejemplo, si analizamos a detalle a la norma, notaremos que se utiliza mucho el concepto de “preservación”, el cual está referido a la intangibilidad de un bien; es decir, su no uso, no manipulación y no alteración. No obstante, el término más adecuado hubiese sido el de “conservación”, en la medida en que se permite el uso no comercial en favor de las comunidades; así como el uso comercial en favor de terceros, teniendo en cuenta el principio de desarrollo sostenible (Forno 2003:111).

Otro problema que se presenta, como señala Forno, es el relativo a las “organizaciones representativas” de los pueblos indígenas que señala la norma, en la medida que para acceder a los beneficios derivados del aprovechamiento de sus conocimientos colectivos, la comunidad debe actuar a través de una organización que los represente; aspecto que no se cumple al interior de todas las comunidades del país (2003:113).

De igual manera, se menciona que será la “organización representativa” la encargada de interponer la denuncia ante los casos de infracción que se presente debiendo indicar el número de registro que ampara su derecho, o en su defecto la descripción del conocimiento colectivo que poseen; la descripción de los hechos constitutivos de la infracción e indicación de la medida cautelar que solicita. Esta medida cautelar puede consistir en el pedido de cesación de la infracción; en el decomiso de los productos; el cierre del establecimiento del denunciado, entre otras medidas.

Como se ha mencionado, no necesariamente todas las comunidades cuentan con bases u organizaciones representativas que actúen en nombre de todos los miembros de la comunidad. De igual forma, puede resultar bastante costoso que sea la organización quien interponga la

²¹ El derecho a oponerse, que recae en los pueblos indígenas, se conoce como “objeción cultural”; aspecto no regulado en la normativa nacional de protección de conocimientos colectivos asociados a recursos biológicos.

denuncia, considerando los escasos recursos económicos que se presentan en muchas de estas poblaciones locales.

Otro punto que genera debate es que la Ley N° 27811 otorgó a la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías (OINT) del INDECOPI, “una serie de funciones que van desde la recolección en campo de conocimientos tradicionales y el mantenimiento de registros, hasta la fiscalización del cumplimiento de la ley. Sin embargo, este incremento en el número de sus funciones no ha tenido correlato en el aumento de su personal o presupuesto” (Bengoa 2013:7).

Por otro lado, considero que deberían ampliarse las causales de cancelación del registro, señaladas en el artículo 34° de la norma, en tanto ésta solo señala dos supuestos en los cuales procede la cancelación de un contrato de licencia. El primer supuesto hace referencia a la contravención “a cualquiera de las disposiciones del presente régimen”; mientras que el segundo supuesto refiere que la cancelación puede darse cuando el contenido de la solicitud sea falso o inexacto.

Si bien son supuestos generales en los que puede irse agregando consideraciones que vayan apareciendo en la práctica, debería tomarse en cuenta que- por ejemplo -puede que se haya seguido todo el procedimiento para celebrarse el contrato de licencia pero que no se cumpla con la retribución justa de los beneficios que se derivan del producto final.

Otro vacío que deja la norma es en relación a las patentes que se otorgan sobre recursos genéticos y conocimientos tradicionales, y los supuestos de biopiratería. No se señala cuál es el camino a seguir en caso haya habido una apropiación indebida de los conocimientos colectivos asociados a los recursos biológicos ni cómo solicitar una nulidad de la patente otorgada al carecer de buena fe.

Aunque es verdad que una norma no puede contemplar todos los supuestos, el tema de la biopiratería está asociado al caso de los conocimientos tradicionales, por lo que debió mencionarse el rol preventivo que cumple la Comisión Nacional de Lucha contra la biopiratería, así como las consecuencias que derivan de las patentes mal otorgadas.

Al hacer un diagnóstico de la situación actual, se puede decir que -pese a los aportes de este régimen de protección- los pueblos indígenas aun sienten temor de compartir sus conocimientos con terceros, ya que una vez que esos conocimientos entran dentro del dominio público pueden ser utilizados libremente por cualquier persona e incluso patentar invenciones sobre la base de estos conocimientos colectivos (Forno 2003: 114).

Por ello, será importante una buena difusión de la norma, promoviendo el conocimiento de la misma y los beneficios de los registros que maneja INDECOPI en favor de las comunidades locales para que protejan sus conocimientos. Reforzando esta medida preventiva, tendríamos el caso de conocimientos registrados que no podrán ser objeto de apropiaciones indebidas, debiendo acceder a dichos conocimientos mediante las licencias de uso, una vez cumplidos todos los requisitos señalados en la norma.

Algunas recomendaciones generales para fortalecer el régimen de protección nacional, señaladas por el Comité Intergubernamental de la OMPI, son las siguientes:

- Que el enfoque de un sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales, esté orientado a la efectiva protección de tales conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales mediante el derecho consuetudinario, y no mediante el acceso el acceso y la comercialización como recurso de apropiación a través de los derechos de propiedad intelectual.
- Que se reafirme el reconocimiento de la titularidad colectiva, el carácter intergeneracional e integral de tales conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales en favor de los pueblos indígenas y comunidades locales.
- Un mayor desarrollo del principio de consentimiento previo e informado de los pueblos indígenas.
- Que se trate a profundidad la **objeción cultural** para el uso de los conocimientos tradicionales, en razón de que muchos de estos conocimientos son sagrados y no pueden estar sujetos a los sistemas de utilización que se vienen desarrollando en las negociaciones internacionales.
- Que se tome en cuenta la importancia del rol del derecho consuetudinario como un sistema milenario de protección *per se* y evitar su codificación, porque ello conduciría a su extinción convirtiéndolo en derecho positivo.
- Que este sistema *sui generis* fomente y respete de la manera más amplia posible las prácticas ancestrales de uso, manejo e intercambio de recursos genéticos y sus derivados²².

De las recomendaciones señaladas, es necesario resaltar el referido a la objeción cultural, aspecto no regulado en nuestra normativa nacional; así como el caso del consentimiento informado previo ya que la Ley N° 27811 no menciona la forma en que se debe implementar ese derecho.

Por ello, los puntos que deben reforzarse son los referidos a un mayor desarrollo del derecho al consentimiento informado previo, debido a que nuestro régimen nacional de protección no señala la manera en que se implementará este derecho cuando un tercero quiere acceder a los conocimientos colectivos.

De igual forma, no hay ninguna referencia, en nuestra norma nacional, respecto a la objeción cultural, entendido como la oposición que puede ejercer una comunidad campesina o nativa respecto de los conocimientos que posee; argumentando razones éticas, culturales, religiosas o similares por las cuales no desean compartir sus conocimientos.

²² Comité Intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. "Panel de la OMPI sobre las comunidades locales indígenas, preocupaciones y experiencias en la promoción, mantenimiento y la protección de sus conocimientos tradicionales, de sus expresiones culturales tradicionales y de sus recursos genéticos". Ginebra. Décima sesión: 30 de noviembre a 8 de diciembre de 2006.

3.4 Mayor difusión de los registros de conocimientos colectivos como herramienta preventiva.

Un registro es “una base de datos o repositorio destinado a almacenar y sistematizar información con la finalidad de conservarla en el tiempo y ponerla a disposición de todo aquel interesado en acceder a ella a partir del cumplimiento de algunas condiciones (...)” (Bengoia 2013:9).

Esta base de datos que funciona como una matriz que sistematiza los conocimientos colectivos, debe cumplir las siguientes funciones (Bengoia 2013:9):

- Generar un listado de conocimientos colectivos sobre determinados recursos biológicos.
- Reconocer a los pueblos indígenas como poseedores de los conocimientos tradicionales.
- Mantener los conocimientos colectivos en el tiempo para usos diversos (capacitación, educación a nivel local, etc.).
- Evitar la concesión de derechos por parte de terceros no autorizados (sistema de protección defensiva).

Con el sistema de registros se tiene una herramienta preventiva frente a la apropiación indebida de los conocimientos colectivos y recursos genéticos, ya que habiendo este registro, el tercero que quiera aprovechar estos bienes intangibles deberá seguir un procedimiento para que se le otorgue la licencia de uso. De esta manera se previenen los casos de biopiratería respecto de los conocimientos que se encuentran en el dominio público y que no han sido registrados, no pudiendo ser patentado libremente por cualquier persona para su uso comercial o industrial.

Si bien este registro es declarativo, otorga un respaldo a los conocimientos asociados a la diversidad biológica, en la medida que se entiende que tiene oponibilidad frente a terceros y se asume que es de conocimiento público. Es por ello que debe haber una mayor difusión sobre las ventajas de estos registros, debiendo señalarse a las poblaciones locales los tipos de registros que amparan sus derechos sobre estos conocimientos²³.

En esa medida, si los conocimientos tradicionales se encuentran dentro del dominio público, deberán inscribirse en el registro público de conocimientos colectivos de los pueblos indígenas. En caso las comunidades deseen mantener sus conocimientos bajo reserva, pueden inscribirlos en el registro nacional confidencial; y los terceros solo podrán consultar el registro de estos conocimientos previo consentimiento de la población local. Finalmente, en caso de traten de conocimientos locales, el registro lo maneja el gobierno regional bajo los criterios que los pueblos indígenas determinen, según sus intereses y prioridades.

²³ Es necesario señalar que **este registro no es constitutivo de derechos**, por lo que no significa que la comunidad que registra sus derechos tenga un mejor derecho que otra pero se puede asemejar a un sistema de registro público. En ese sentido, es importante que **progresivamente** todos los conocimientos colectivos se vayan registrando en el sistema que maneja el INDECOPI, a efectos de darle publicidad a los derechos que detentan estos pueblos y comunidades. De esta manera, el registro puede actuar como una herramienta preventiva de apropiaciones indebidas de estos conocimientos que pueden encontrarse en el dominio público y ser aprehendidos por cualquier tercero. Para reforzar estos registros será necesario una mayor difusión de la norma, así como otorgar facilidades económicas y técnicas para que las comunidades puedan registrar sus conocimientos.

Considero que el sistema de registros es un logro de la Ley N° 27811, régimen de protección nacional de los conocimientos colectivos; sin embargo, los pueblos indígenas y comunidades locales deben saber que cuentan con esta base de datos que ampara sus derechos y que-bajo este marco- se evitan las apropiaciones físicas indebidas o el otorgamiento de patentes sobre sus conocimientos de manera inconsulta.

Aquí los gobiernos regionales juegan un rol importante, en la medida que administran registros locales de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas dentro del ámbito de su competencia, punto ya descrito en este apartado.

Lo que se quiere lograr con este registro es que no haya conocimientos colectivos que se encuentren en dominio público, no registrados, que puedan ser utilizados por cualquier tercero e incluso patentados, ya que eso configuraría los casos de biopiratería. Si estos conocimientos son de público conocimiento, pero no están registrados, lo que sucede es que pasan a convertirse como bienes inmateriales que pertenecen al “estado de la técnica” y no cumplen con ser “novedosos”, sin embargo, pese a esta limitación, son objeto de solicitudes de patentes.

Este registro, como herramienta preventiva, debe complementarse con las competencias de las autoridades mencionadas y la coordinación intersectorial que debe haber entre ellas y el INDECOPI, como autoridad que maneja los registros a nivel nacional.

3.5 Estado promotor de la investigación y el desarrollo.

Resulta importante el rol de un Estado promotor de la investigación y el desarrollo y la participación de la sociedad en su conjunto. De esta manera, “todos somos responsables de exigir incentivos para desarrollar proyectos de investigación aplicada que conlleven a la elaboración de procedimientos y productos nacionales que sean susceptibles de ser protegidos por la propiedad intelectual de manera que sean más competitivos en el mundo globalizados de hoy” (Ferro 2009:309).

Esta iniciativa busca que los principales beneficiarios del aprovechamiento de nuestros recursos genéticos y conocimientos tradicionales seamos nosotros como sociedad. En ese sentido, un Estado que promueva la investigación y la elaboración de proyectos, asegurará que se realicen investigaciones sobre la base de estos conocimientos colectivos que nos lleven a elaborar productos que puedan ser patentados con una marca peruana.

Como señala Ferro, contando con patentes nacionales sobre la base del aprovechamiento de nuestros propios recursos se obtendrán mayores beneficios de los que se obtienen al celebrar licencias de uso con terceros, o permitiendo que terceros patenten sus invenciones. De esta manera, podemos asegurar nuestras propias invenciones y posicionarlas en el mercado extranjero, obteniendo la totalidad de beneficios en el patrimonio nacional (2009:309).

Al ser un país mega-diverso²⁴, debemos no solo ser países proveedores de recursos genéticos y conocimientos colectivos y pasar a ser usuarios de nuestros propios recursos. El aprovechamiento de nuestra biodiversidad puede generar también ingresos, por lo que estos bienes intangibles deben ser aprovechados de manera sostenible, a través de la cooperación de todos los niveles de gobierno.

Es así que nuestras riquezas pueden ser una verdadera fuente de desarrollo, por lo que será necesario contar con alianzas estratégicas público-privadas para asegurar el financiamiento de proyectos de investigación²⁵. Para convertir nuestra biodiversidad en una fuente permanente de ingresos “se requieren esfuerzos en distintos niveles de gobierno para lograr el desarrollo de nuestras capacidades técnicas, científicas y tecnológicas. (Ferro 2009: 309).

En consecuencia, en este punto la propuesta se orienta a realizar cambios transformacionales, pasando de ser meros países proveedores a ser países usuarios de nuestra propia diversidad e incluso patentando nuestras propias invenciones, lo cual solo podría lograrse con el desarrollo de la investigación y el fortalecimiento de nuestras capacidades.



²⁴ El Perú ha sido catalogado como uno de los 17 países con mega-diversidad, por sus altos niveles de diversidad biológica silvestre y cultivada; además de la diversidad cultural representada en los grupos indígenas de origen amazónico y andino.

²⁵ Señala Ferro que es necesario que haya un Estado promotor de la investigación y el desarrollo porque de esa manera los beneficiarios de los recursos será la sociedad en su conjunto, pasando a ser países usuarios y no solo proveedores. Una ventaja del aprovechamiento de estos recursos naturales renovables genera menos conflictos sociales, a diferencia de lo que pasa con las actividades extractivas mineras.

CONCLUSIONES:

1. Los conocimientos tradicionales se caracterizan por ser prácticas ancestrales asociadas a la diversidad biológica, transmitidas de manera oral de generación en generación y sin tener ánimo lucrativo en tanto son intercambiadas al interior de las comunidades campesinas y pueblos indígenas.
2. Las razones protección de los conocimientos colectivos están relacionados al respeto a las formas de autogobierno y gobernanza indígena que aplican las comunidades campesinas y nativas. De igual manera, la protección de estos conocimientos implica, a su vez, el respeto del derecho a proteger las prioridades de desarrollo de los pueblos indígenas, reconocido a nivel supranacional y constitucional.
3. La protección de estos conocimientos, a través de los sistemas positivos y defensivos, implica el reconocimiento de los derechos colectivos indígenas pero también resalta la importancia que estos recursos biológicos y conocimientos colectivos significan para la sociedad peruana en su conjunto.
4. Se presentan incompatibilidades al tratar de adoptar la protección de los conocimientos tradicionales en el esquema clásico de propiedad intelectual, como por ejemplo, incongruencias en relación a los fines que persiguen; en cuanto a los intereses que protege; problemas de forma; y el problema de la divulgación de origen.
5. Los derechos de propiedad industrial, como las patentes, protegen innovaciones, la actividad inventiva y la aplicación industrial, protegiendo a un autor individualizado y una obra materializada; buscando así la explotación de esas innovaciones con fines comerciales dentro del mercado. Esta lógica contrasta con los conocimientos tradicionales, en tanto no hay un autor identificado ni se persiguen fines lucrativos.
6. El problema de forma que se presenta en el procedimiento de solicitud de patentes, reside en que los examinadores evalúan criterios de forma sin tomar en cuenta un tema tan importante como la divulgación de origen, ya que aún no ha sido regulado a nivel internacional, aunque hay debate sobre ello y algunos proyectos al respecto.
7. En relación a la divulgación de origen, pueden configurarse casos de biopiratería cuando los solicitantes intentan patentar una innovación que cumple con el requisito de ser novedoso; sin embargo, en el proceso de elaboración, pueden haberse apropiado indebidamente de los conocimientos tradicionales sin haber tenido de por medio un contrato de acceso.
8. Los derechos de propiedad intelectual, tal como están regulados, no serían los más adecuados en tanto se intenta adoptar los conocimientos tradicionales dentro de

estos esquemas sin antes haber atendido las particularidades que se presentan en los pueblos indígenas, y sin haber implementado el enfoque de interculturalidad que debe guiar toda política pública.

9. Debe haber una mayor difusión y transparencia respecto de los registros de los conocimientos colectivos que maneja el INDECOPI, de manera que las comunidades sepan que tienen como respaldo estos registros como un sistema preventivo de protección de sus conocimientos.
10. Además de un sistema que atienda a las características propias de las comunidades campesinas, deberían tener asistencia técnica respecto a la celebración de contratos.
11. Es necesario un fortalecimiento del nuestro régimen nacional de protección de conocimientos tradicionales asociados a los recursos biológicos, Ley N° 27811 como norma sui generis de protección de estos conocimientos.
12. El Estado debe convertirse en promotor de la investigación y el desarrollo para pasar de ser países proveedores de recursos genéticos y conocimientos colectivos, a ser países usuarios de nuestros propios recursos. De esta manera, se puede lograr el desarrollo de productos nacionales que pueden ser patentados, lo cual va a generar ingresos económicos dentro del patrimonio nacional.
13. Es necesario que haya una coordinación intersectorial entre el Ministerio de Cultura, el INDECOPI, la Comisión Nacional de Lucha Contra la Biopiratería y los gobiernos regionales; en tanto todas esas entidades tienen funciones relativas a la protección de los conocimientos colectivos asociados a los recursos biológicos.
14. Resulta importante que se esclarezca la función que cumple el Viceministerio de Interculturalidad en la protección de los conocimientos tradicionales, debiendo presentar un informe que actúe como una opinión previa favorable ante el otorgamiento de derechos de licencia de uso.
15. Aunque la norma señala que uno de los requisitos para la celebración de las licencias de uso es el consentimiento informado previo, debe haber mayor desarrollo respecto a la forma en que se implementará este derecho en la práctica.
16. En el marco de las competencias descentralizadas, es necesario que el gobierno central establezca lineamientos técnico-oficiales que sirvan como directrices para la conservación de los conocimientos colectivos. Los gobiernos regionales deben recibir asistencia técnica respecto al manejo de los registros locales, y la información que estos van a dar a las comunidades campesinas y nativas poseedoras de conocimientos colectivos.

BIBLIOGRAFÍA:

1. ANDRADE, Karen y otros.
2011 "Gobernanza ambiental en Bolivia y Perú. Gobernanza en sus tres dimensiones: de los recursos naturales, la conservación en áreas protegidas y pueblos indígenas". Quito: FLACSO, p.118.
2. BENGOA, Carla.
2013 "El régimen peruano de protección de conocimientos tradicionales: logros obtenidos y retos pendientes". Lima: SPDA, XII taller de derecho ambiental.
3. BENGOA, Carla.
2013 "Los registros de conocimientos de los pueblos indígenas: algunos alcances para su desarrollo en un contexto de protección". Informe UICN. Fmam y PNUMA.
4. BAZÁN, Sylvia.
2005 "Propiedad intelectual: conceptos básicos". En ¿Cómo prevenir la biopiratería en el Perú? Reflexiones y Propuestas. Lima: Pamela Ferro y Manuel Ruiz (Editores), SPDA.
5. CAILLAUX, Jorge.
2005 "Acceso a los Recursos Genéticos". En ¿Cómo prevenir la biopiratería en el Perú? Reflexiones y Propuestas. Lima: Pamela Ferro y Manuel Ruiz (Editores), SPDA.
6. CIG/OMPI.
2006 "Comunidades locales e indígenas: preocupaciones y experiencias en la promoción, el mantenimiento y la protección de sus conocimientos tradicionales, de sus expresiones culturales tradicionales y de sus recursos genéticos". Ginebra: Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. OMPI, Décima edición.
7. CIG/OMPI.
2012 "Divulgación de origen o la fuente de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales conexos en las solicitudes de patentes". Ginebra: Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. Vigésima edición.
8. CORREA, Carlos.
2005 "Alcances jurídicos de las exigencias de divulgación de origen en el sistema de patentes y derechos de obtentor". Lima: documentos de investigación SPDA, p. 2.
9. DE LA CRUZ, Rodrigo y otros.
2005 "Elementos para la protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena". Lima: Comunidad Andina, p. 11.

10. FERRO, Pamela.
2008 "La divulgación de origen en el contexto de debate sobre el uso y aprovechamiento de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales". Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, facultad de derecho.
11. FERRO, Pamela y Manuel RUIZ.
2005 "Apuntes sobre agrobiodiversidad: conservación, biotecnología y conocimientos tradicionales". Lima: SPDA.
12. FERRO, Pamela.
2009 "Acceso a los recursos genéticos y conocimientos tradicionales: escenario actual y últimos avances legislativos a nivel nacional". Lima: Anuario Andino de Derechos Intelectuales, Año IV, pp. 305-309.
13. FORNO, Claudia.
2003 *Conocimientos tradicionales y propiedad intelectual*. Tesis para optar por el título de abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de derecho.
14. KYMLICKA, Will.
2003 "Estados multiculturales y ciudadanos interculturales". Lima: Actas del V Congreso Latinoamericano de Educación Intercultural Bilingüe.
15. LAPEÑA, Isabel.
2007 "Semillas transgénicas en centros de origen y diversidad". Lima: SPDA, pp. 31 y ss.
16. DEL CASTILLO, Laureano.
2004 "Diversidad biológica y biopiratería: el caso de la maca". Lima: Debate Agrario/37.
17. MINISTERIO DE CULTURA.
2014 "Conocimientos tradicionales. Una aproximación desde la diversidad biológica". Lima: Ministerio de cultura.
18. MIRANDA, Milagros.
2009 "Protección de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales en el Perú". Caracas: Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. Reunión regional sobre protección de los conocimientos tradicionales, expresiones de folclor y recursos genéticos en América Latina y el Caribe.
19. MULLER, Manuel.
2015 "Agrobiodiversidad, Seguridad Alimentaria y Nutrición". Lima: SPDA, pp. 19-28.
20. RESTREPO, Carlos.
2006 "Apropiación indebida de recursos genéticos, biodiversidad y conocimientos tradicionales: "biopiratería"". Bogotá: Editorial Cordillera S.A.C, pp.87-88.

21. SUMALAVIA, Daniel y Juan ANGELES.
2014 "Conocimientos tradicionales: una aproximación desde la diversidad biológica".
Lima: Ministerio de Cultura, 1era edición.
22. TOBIN, Brendan y Krystyna Swiderska.
2001 "En busca de un lenguaje común: participación indígena en el desarrollo de un
régimen sui generis para la protección del conocimiento tradicional en Perú".
Lima: International Institute for Environment and Development (IIED).
23. ZAMUDIO, Teodora.
2012 "Los conocimientos tradicionales y el régimen legal de acceso y distribución de
beneficios". Lima: Revista Derecho PUCP, N° 69.
24. ZAMUDIO, Teodora; Luis MULLER y otros.
2010 "El Perú contra la biopiratería: hacia el correcto uso y disfrute de su
biodiversidad". Lima: Revista Derecho y Sociedad, Año 21, N° 35.

