

EL NUEVO REGIMEN INTERNACIONAL DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS (*)

Víctor Toledo Llancaqueo
Centro de Políticas Públicas y Derechos Indígenas



(*) En: ***Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*** M. Berraondo (editor) pp- 5093-536

Alto Comisionado de Naciones Unidas Para los Derechos Humanos. ONU.
Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2006

EL NUEVO REGIMEN INTERNACIONAL DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS

Víctor Toledo Llancaqueo
Centro de Políticas Públicas y Derechos Indígenas

Los derechos de propiedad intelectual (DPI) adquirieron una inusitada centralidad en la nueva economía global, donde predomina el factor conocimiento, las dimensiones simbólicas, la información, el conocimiento y las biotecnologías. Este cambio se tradujo en presiones políticas y comerciales de las corporaciones transnacionales – principalmente de la industria farmacéutica, biotecnológica, informática y de industria cultural – en dos direcciones complementarias:

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

Tales regímenes –de tipo comercial y ambiental- llevan más de dos décadas de elaboración, se materializan a través de una diversidad de tratados y convenciones en curso bajo el liderazgo de los países del norte.

Los nuevos marcos regulatorios de los DPI y de comercialización y apropiación de la biodiversidad, han profundizado antiguas desprotecciones en que se encuentran los derechos indígenas sobre diversos componentes del patrimonio cultural. La vieja práctica colonial de apropiación y saqueo del patrimonio cultural indígena -tradiciones orales, diseños, iconografía, arqueología ancestral, arquitectura, artes, tecnologías, música, lugares, topónimos, idiomas, etc. - adquiere hoy una nueva dimensión, en tiempos de economía simbólica. La biodiversidad indígena ha adquirido nuevo valor como mercancía y es susceptible de diversos modos de apropiación. Las nuevas regulaciones de DPI exponen al conjunto del patrimonio de los pueblos indígenas a

inéditas y radicales practicas de fragmentación y usurpación a manos de terceros, ya sea como patentes, marcas, derechos de autor, indicaciones geográficas, nombres de dominio. Y los nuevos regimenes ambientales crean nuevos mercados y regulaciones tales como los “servicios ambientales”, el acceso a recursos genéticos y bioquimicos, y a los conocimientos asociados a la biodiversidad de los territorios indígenas.

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

1.- LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO FORMA ESPECIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD.

En el pensamiento jurídico occidental, la propiedad intelectual es un tipo especial de propiedad que expresa la capacidad de dominio sobre ciertos bienes de carácter creativo tales como invenciones, obras literarias y artísticas, símbolos, nombres, imágenes, dibujos y modelos utilizados en el comercio.¹

La “propiedad intelectual” confiere a su titular derecho de exclusividad para proteger sus activos inmateriales frente a todos. Desde este punto de vista, la “propiedad intelectual” comparte muchas de las características de la propiedad material y personal. Por ejemplo, es un activo y, como tal, se puede comprar, vender, ceder bajo licencia, intercambiar o entregar gratuitamente, como cualquier otra forma de propiedad; y el titular de la propiedad intelectual tiene derecho de impedir la venta o el uso no autorizado de la misma.

La protección y regulación de los derechos de propiedad intelectual es materia de legislación nacional, sin embargo, desde fines del siglo XIX los países han negociado acuerdos internacionales vinculantes que abordan varios tipos de propiedad, dando forma a un régimen internacional de DPI.

A lo largo del siglo XX los convenios más importantes fueron *el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial* (1883) y *el Convenio de Berna para la Protección de la Obras Literarias o Artísticas* (1886). Pese a su antigüedad, hacia 1960 sólo seis países de América Latina habian adherido al Convenio de París, y solo uno al de Berna. Tales convenios, con sucesivas enmiendas, son administrados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), organismo especializado

¹ Algunos autores consideran que es impropio aplicar la categoría “propiedad” romanista a objetos inmateriales.

Cf. M. Becerra *La propiedad Intelectual en transformación*, IJ-UNAM, México 2004.

de Naciones Unidas, cuyo mandato es fomentar la protección de la propiedad intelectual en el mundo.² Por otro lado, en 1961 un conjunto de países suscribieron el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, que crea a la Unión Internacional para la Protección de Variedades Vegetales (UPOV).³

2. INFRAESTRUCTURA DEL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE DPI.

El régimen internacional de Propiedad Intelectual se compone de tres grandes sistemas de derechos propietarios⁴:

- a) El “**Derecho de Autor**”, cuyas normas le confieren al creador de una obra literaria, artística o científica la facultad de divulgarla al público o reproducirla.
- b) La “**Propiedad Industrial**”, integrada por las normas que confieren el derecho de excluir a cualquier otro, y por supuesto a los competidores, del aprovechamiento económico de las creaciones aplicables en la industria y el comercio.

Características esenciales son la individualidad, tangibilidad, innovación, novedad, temporalidad y susceptibilidad de aplicación industrial.

- c) Los “**Derechos de Obtentores de Variedades Vegetales**”. Se refieren a los derechos de propiedad de una persona -o empleador de dicha persona-⁵, que haya creado o descubierto o desarrollado una variedad de planta, otorgando derechos exclusivos para controlar la reproducción (o copia) de su material

² El *Convenio de París* ha sido revisado en siete ocasiones, la última en 1979. En él se entiende la propiedad industrial en una acepción amplia y aplica no sólo a la industria y al comercio propiamente dichos, sino también al dominio de las industrias agrícolas y extractivas y a todos los productos fabricados o naturales. El art. 1 del Convenio indica,

“la protección de la propiedad industrial tiene por objeto las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, el nombre comercial, las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen, así como la represión de la competencia desleal”.

El *Convenio de Berna* ha tenido siete revisiones sucesivas en el tiempo, la última en París en el año 1971. Regula el Derecho de Autor y aplica el principio de trato nacional, así como la suspensión de todo formalismo para la protección de las obras de origen extranjero; fija un mínimo de duración del derecho en la vida del autor en más cincuenta años (50 años p.m.a.) y reconoce el derecho moral de paternidad y de integridad.

³ El Convenio entró en vigencia en 1968. A escala mundial la UPOV (Unión Internacional para la Protección de Variedades Vegetales) es la instancia que actúa como eje de decisiones, debates e ideas alrededor de la cual gira gran parte de la discusión y legislación en materia de protección de obtenciones vegetales. La UPOV es una unión de países que comparten una legislación armonizada de protección de variedades vegetales, en cuyo seno se redactan las denominadas Actas que rigen los contenidos de las legislaciones nacionales de los Estados miembros. La primera de ellas data de 1961, mientras que en marzo de 1991 se adoptó la última. RAPELA M., *Derechos de propiedad intelectual en vegetales superiores*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 25-30

⁴ Huenchuán, Sandra “Propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas Objetos y enfoques de protección”, *Revista Austral de Ciencias Sociales*, Universidad Austral, Valdivia Volumen 8 (2005).

⁵ Artículo 1, Acta de la UPOV de 1991. De acuerdo al Acta de UPOV de 1991 el obtentor es la persona que ha creado o descubierto y desarrollado una variedad de planta o bien el empleador de dicha persona o que haya encargado el trabajo.

protegido. Para conceder el derecho de obtentor se requiere que la variedad sea nueva, distinta, homogénea y estable⁶. El derecho de obtentor, de acuerdo al Acta UPOV de 1991, no debe ser inferior a 20 años a partir de la fecha de concesión, y para los árboles y las vides, dicha duración no debe ser inferior a 25 años⁷. El derecho de obtentor implica que el titular puede impedir la reproducción o multiplicación de la variedad protegida, inclusive el almacenamiento de semillas.

Estos tres sistemas abarcan diversos tipos de derechos, referidos a materias específicos, los que se resumen en el siguiente esquema:

Sistema	Materias	Derechos
Derechos de Autor	Obras literarias, artísticas y científicas	Derechos de autor
	Interpretaciones o ejecuciones, emisiones de radiodifusión	Derechos conexos
Propiedad Industrial	Invencciones con aplicación industrial o comercial	Patentes
	Dibujos o modelos industriales	Dibujos industriales (también protegido como derecho de autor)
	Origen de un producto que determina la calidad, reputación u otra característica	Indicación Geográfica
	Marcas de servicio, nombres y designaciones comerciales	Marcas
Derechos de Obtentor	Nuevas variedades vegetales	Derechos de Obtentor

⁶ Artículo 5, Acta de la UPOV de 1991.

El requisito de novedad tiene por finalidad velar porque la variedad no haya sido objeto de explotación comercial. Se trata de una evaluación puramente jurídica y no técnica. Una variedad se considera nueva si se distingue claramente de otra variedad cuya existencia, en la fecha de presentación de la solicitud, sea notoriamente conocida. La definición técnica exacta de la distinción reside en la descripción biológica de la variedad. Basta la opinión de un experto técnico para determinar esta cuestión.

Una variedad se considera homogénea si es suficientemente uniforme en sus características pertinentes, a reserva de la variación previsible habida cuenta de las particularidades de su multiplicación vegetativa. Esto significa en pocas palabras que las plantas de una variedad deben ser iguales o muy similares, y que el grado de similitud depende del método de multiplicación seleccionado. Y es estable si los caracteres de la planta se mantienen inalterados después de reproducciones o multiplicaciones sucesivas o, en caso de un ciclo particular de reproducciones o de multiplicaciones, al final de cada ciclo. Se exige también que la variedad sea designada por una denominación destinada a ser su designación genérica. RAPELA M., op.cit, p. 36

⁷ artículo 19, Acta de la UPOV de 1991

4.- TRANSFORMACIONES NEOLIBERALES DEL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE DPI.

Desde fines del siglo XX se producen profundos cambios en las regulaciones internacionales de los DPI, marcados por la tendencia a elevación de los niveles de protección y la uniformación de las normas regionales y locales. Son manifestaciones de la transformación jurídico-institucional que acompaña a las políticas neoliberales globales.

Tal como señalan algunos intelectuales neoliberales, la economía global requiere de marcos regulatorios nacionales e internacionales que garanticen la inviolabilidad de los contratos, faciliten y reduzcan los costos de las transacciones, y resguarden a los inversionistas extranjeros y nacionales de medidas locales expropiatorias directas o indirectas.⁸ La economía globalizada requiere de un blindaje de la “seguridad jurídica” de las inversiones transnacionales. Tras ese objetivo de afirmar una certidumbre jurídica global de las inversiones, desde los años ochenta, se ha empujado en múltiples niveles un conjunto de reformas legales e institucionales centradas en la depuración liberal de los regímenes propietarios (toda la gama de derechos reales: sobre recursos naturales, bienes materiales e inmateriales, susceptibles de inversión), regímenes arancelarios, etc. A nivel internacional se han uniformado normas, y establecido disciplinas globales y mecanismos de resolución de controversias y sanciones, en donde puedan acudir no solo los estados sino directamente los inversionistas. La formación de la Organización Mundial de Comercio (OMC), los Acuerdos Regionales de Comercio, y los ya más de 2000 Tratados Bilaterales de Inversión, forman parte de este denso proceso de construcción de un nuevo régimen internacional de comercio, con un reduccionista concepto del *Rule of Law*. Emerge un nuevo régimen internacional de comercio que ha introducido una problemática fragmentación del Derecho Internacional Público.

En este contexto, no es sorprendente la transformación del marco regulatorio internacional de los Derechos de Propiedad Intelectual, operada con el impulso de los países del norte y los consorcios farmacéuticos, biotecnológicos y de la industria cultural. Debe considerarse que, en la economía global, el valor y fuerza de las corporaciones se mide cada vez más según el valor de su cartera de patentes y

⁸ Cf. Jeffrey Sach **Globalization and the Rule of Law**, Yale University Press, New Haven, 1999; Ronal Coase **The Firm, the Market and the Law**, University of Chicago Press, Chicago, 1988; Douglas North **“Institutional Change and Economic History”**, en Journal of Institutional and Theoretical Economics, vol 145, 1989.

Para una crítica Cf. Rodríguez, César **El regreso de los programas de derecho y desarrollo**, en Globalización, reforma judicial y Estado de Derecho en América Latina, 2000; Boaventura Santos, “The GATT of Law and democracy”, en J. Fest. (ed) **Globalization and Legal Cultures**, IISJ, Oñati, 1999.

marcas más que por su capacidad productiva. La propiedad industrial pasó a jugar una función de barreras de mercados, y un mecanismo de constitución de monopolios.

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

5.- UN SISTEMA GLOBAL Y MULTIESCALAR DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, COMO PARTE DEL RÉGIMEN MUNDIAL DE COMERCIO.

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

La lógica multiescalar y sincrónica ha descolocado a los críticos del régimen internacional de comercio, que habian focalizado las objeciones en la OMC y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (en adelante ADPIC). Tardíamente han venido a constatar que a través de tratados bilaterales se configuraban regulaciones superiores a los ADPIC. Por su parte, los actores corporativos y gobiernos de países del norte, no tienen dificultad para desenvolverse en esa lógica, brincar regímenes, y saltar entre escenarios multilaterales, regionales y bilaterales, en pos de un mismo programa: un sistema global de patentes.

Es necesario entender esta multiescalaridad, e incesante reconfiguración de instituciones, como una característica del proceso de globalización económica. Como indica Brenner, no estamos sólo ante la expansión físico-geográfica del capitalismo, sino frente a la transformación de los espacios sociales y políticos en los que se asienta, ante una contradictoria reconfiguración del espacio social que acaece

simultáneamente en múltiples escalas geográficas, que no son ni autosuficientes, ni estancas, ni recíprocamente excluyentes.⁹

La multiescalaridad de la construcción de este sistema se expresa en tres niveles: el Acuerdo ADPIC de la OMC, los Tratados OMPI y UPOV; los Acuerdos Regionales de Comercio; los Tratados Bilaterales de Inversión. Tal sistema se expresa localmente en leyes nacionales, que son su corolario.

En paralelo a este sistema de DPI forjado en el régimen internacional de comercio, se ha ido gestando en el régimen internacional ambiental, una regulación de acceso a los recursos genéticos y conocimientos tradicionales.

5.1. El Acuerdo ADPIC de la OMC, 1988-1994.

“Nuestras fuerzas combinadas nos permitieron establecer una red de gobiernos y sector privado que sentó las bases para lo que luego se convirtió en los ADPIC.”

Edmund Pratt. Director Ejecutivo de PFIZER.
“Pfizer Forum: Intellectual Property Rights and International Trade”. *The Economist*, 27/05/1995 p. 26.

Un momento clave de este nuevo sistema global de propiedad intelectual, y que marca un parteaguas en la historia comercial contemporánea, es el Acuerdo suscrito el 1994 *ADPIC*, - o TRIPS por su sigla en inglés¹⁰ - uno de los tres pilares del régimen mundial de comercio expresado en la Organización Mundial de Comercio (OMC). En donde quedaron consagrados un conjunto de normas, que establecen elevados estándares de protección de los DPI, obligatorios para los países parte de la OMC.¹¹

La suscripción del Tratado ADPIC representó un triunfo de las corporaciones a que se refiere Edmund Pratt en la cita de epígrafe. A través de los ADPIC lograron el objetivo de imponer mundialmente los estándares de patentamiento de los países desarrollados a todos los estados, cubriendo la mayoría de las disciplinas de la propiedad intelectual. Al mismo tiempo el acuerdo ADPIC colocó el tema de la propiedad intelectual bajo la dirección de la OMC. Hoy son obligatorias las patentes

⁹ . BRENNER, Neil y Theodore NIK (eds.) **Spaces of Neoliberalism. Urban Restructuring in North America and Western Europa**, Blackwell Publishers, Londres, 2002

¹⁰ Inicialmente el tema de los DPI fue introducido por EEUU desde la ronda de Tokio, a propósito de la falsificación de marcas, y se sumaron la Unión Europea, Japón y Canadá. Para la siguiente ronda se incluyeron no solo las marcas comerciales sino todos los derechos de propiedad intelectual.

¹¹ Anexo 1C Acta Final de la Ronda Uruguay del GATT, suscritos en Marrakech, Marruecos, el 15 de Abril de 1994.

sobre productos farmacéuticos y organismos vivos y quedaron substantivamente restringidas las facultades nacionales de regulación en materia de DPI.

El Acuerdo ADPCI es vinculante para los Estados partes, y subordina a las legislaciones locales, las que deben ser adaptadas para guardar concordancia con las nuevas normas; también impone medidas coercitivas, inclusive posibles sanciones comerciales contra los países que no cumplan con esas normas. En América Latina, más del 50 % de las leyes y reglamentos sobre DPI han sido promulgados después del 1 de enero de 1005, cuando entraron en vigencia de los ADPIC.¹²

En el proceso de negociación de los ADPIC, durante la ronda de Uruguay, la posición mayoritaria de los países del sur fue la que este acuerdo solo versara exclusivamente sobre materias de incidencia directa en el comercio internacional, tales como las marcas y copyrights. Sin embargo, en las negociaciones primaron las posiciones de los países del norte, sede de las corporaciones directamente interesadas, y los ADPIC finalmente incluyeron prácticamente todos los asuntos que son objeto de derechos de propiedad intelectual, tales como patentes, marcas comerciales, secretos comerciales, derechos de autor, derechos conexos, copyrights, los que quedaron sujetos a mecanismos de solución de controversias que permiten la imposición de medidas coactivas para la aplicación de los DPI.¹³

Tal acuerdo ADPIC, ya impuso a los estados miembros de la OMC obligaciones y plazos para que adecuen sus legislaciones locales según los estándares y normas mínimas.

¹² Roffe, Pedro “América Latina y la nueva arquitectura internacional de la propiedad intelectual: de los ADPIC-TRIPS a los nuevos tratados de libre comercio”, en Diálogo Regional sobre Propiedad Intelectual, Innovación y Desarrollo Sostenible, Costa Rica, 10-12 Mayo 2006, UNCTAD/ICTSD

¹³ Este Acuerdo consta de siete partes que se refieren a:

Parte I: Disposiciones generales y principios básicos.

Parte II: Normas relativas a la existencia, alcance y ejercicio de los Derechos de Propiedad Intelectual (1. Derechos de autor y derechos conexos; 2. Marcas de fábrica o de comercio; 3. Indicaciones geográficas; 4. Dibujos y modelos industriales; 5. Patentes; 6. Esquema de trazado (topografías) de los circuitos integrados; 7. Protección de la información no divulgada; 8. Control de las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales.)

Parte III: Observancia de los derechos de propiedad intelectual (1. Obligaciones generales; 2. Procedimientos y recursos civiles y administrativos; 3. Medidas provisionales; 4. Prescripciones especiales relacionadas con las medidas en frontera; 5. Procedimientos penales.)

Parte IV: Adquisición y mantenimiento de los derechos de propiedad intelectual y procedimientos contradictorios relacionados.

Parte V: Prevención y solución de diferencias.

Parte VI: Disposiciones transitorias.

Parte VII: Disposiciones institucionales. Disposiciones finales.

La supervisión del Acuerdo está a cargo del “Consejo de los ADPIC al que pertenecen todos los miembros de la OMC, monitorea la operación de los Acuerdos sobre los ADPIC y realiza cualquier tarea sobre los DPI que le encomienden los ministros de la OMC o el Consejo General de la OMC. (Vivas, D. 2004)

No obstante la elevación de los estándares de protección de los DPI que imponen los ADPIC, el Acuerdo dejó algunos márgenes de flexibilidad para dar una protección a materias relacionadas a DPI no incluidas en sus disposiciones.

5.2. Nuevos tratados multilaterales y recomendaciones sobre DPI.

Un segundo momento de desarrollo del nuevo sistema global de DPI lo constituyen una serie de nuevos tratados internacionales y recomendaciones adoptados en el seno de la OMPI después de 1995.

La OMPI es un ente técnico multilateral con el mandato de ONU de promover la protección de la propiedad intelectual. Durante los años ochenta, perdió espacio como foro multilateral, los países desarrollados trasladaron la negociación de los temas de DPI al GATT. Para estos países la OMPI tenía dos desventajas, por un lado en las negociaciones los países en desarrollo presentaban posiciones en bloque contrarias a elevar estándares de protección y por otro lado la OMPI se presentaba como un régimen imperfecto al no contar con mecanismos eficaces de solución de controversias ante situaciones de incumplimientos de los convenios bajo su administración.

Desde 1995, post ADPIC-OMC, la OMPI y su burocracia adquirieron renovada utilidad en el nuevo régimen, tras acordar con la OMC prestar asistencia técnica en DPI a los estados parte y promover la suscripción de nuevos tratados y directrices sobre DPI, con estándares aun más elevados a los establecidos en los ADPIC.

Particular importancia se ha asignado al proceso de negociación de un Tratado sobre el Derecho Sustantivo de Patentes (TDSP). Tal tratado, en los términos que ha sido elaborado, es un paso más en la reducción de los márgenes de flexibilidad nacionales de los sistemas de patentes, despejando camino a un modelo de “patente mundial”, concedida directamente por la OMPI.¹⁴

Tratados OMPI adoptados después de 1995:

- Tratado sobre Derechos de Autor y Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (1996), que se conocen como los nuevos Tratados “Internet” de la OMPI;
- Tratado sobre Derecho de Patentes (2000), que cubre los procedimientos de la derecho de patentes; y,

¹⁴ GRAIN “¿Un sistema mundial de patentes? El Tratado sobre el Derecho Sustantivo de Patentes de la OMPI”. Documento de Análisis. 2003. www.grain.org

- Tratado de Cooperación en materia de Patentes (1970, última revisión 2001);

Recomendaciones adoptadas después de 1995:

- Disposiciones sobre la Protección de Marcas Comerciales Notoriamente Conocidas (1999);
- Licencias de Marcas Comerciales (2000); y,
- Disposiciones sobre la Protección de Marcas y otros Derechos de Propiedad Industrial de Signos en Internet (2001).

Procesos de negociación iniciados después de 1995:

- Tratado de derecho Sustantivo de Patentes,
- reforma del Tratado de Cooperación en materia de Patentes;
- un tratado potencial sobre la protección de presentaciones audiovisuales;
- ciertos asuntos sobre los derechos de autor y derechos;
- un mayor armonización de las leyes sobre marcas comerciales bajo el Tratado de Ley de Marcas Comerciales.

Fuente: D. Vivas 2004

5.3. Tratados Bilaterales de Inversión y Areas de libre Comercio. Normas “más allá de los ADPIC” y mercado de servicios.

Un tercer momento de desarrollo del nuevo sistema internacional de DPI, simultaneo a los procesos OMC y OMPI ya señalados, lo constituye la serie de tratados bilaterales de inversión (TBI) y acuerdos de libre comercio (ALC) que se han suscrito entre países en desarrollo y las principales potencias del mundo. Tales tratados y acuerdos incluyen cláusulas específicas sobre DPI, con estándares superiores a los ADPIC.

Simultáneamente en algunos de estos tratados se introdujeron obligaciones de proteger los derechos de propiedad intelectual en calidad de “inversiones”,¹⁵ con todas las implicancias del caso en términos de disciplinas y mecanismos de resolución de controversias a las que pueden recurrir con inversionistas contra eventuales actos de los Estados parte, que pueda ser considerada una medida expropiatoria.

En los hechos, tales tratados y acuerdos han sobrepasado las normas internacionales sobre DPI, tanto de la OMC como las que están actualmente en debate en diversos foros multilaterales, como en la OMPI. Tales instrumentos bilaterales y regionales han ampliando el alcance de los derechos de propiedad intelectual a asuntos no cubiertos en los ADPIC. Los negociadores de los países desarrollados han presionando a los países en desarrollo suscriptores de estos TBI y ALC a superar los estándares

¹⁵ El tratamiento de los DPI como inversiones ya estaba en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte. En él se vincula el derecho de propiedad industrial con la inversión extranjera.

ADPIC, que ya eran elevados, y han reducido el ya estrecho espacio de flexibilidad de los estados en materias de DPI. Más aun, por la vía de las cláusulas de “nación más favorecida” de los TBI y ALC, que incluyen DPI, explícitamente o como “inversión”, se ha introducido un mecanismo que presionará hacia elevar globalmente las normas de protección de los DPI.

Como señala Carlos Correa, “los acuerdos de inversión generalmente se aplican a todos los tipos de “activos”, independientemente de su carácter tangible o intangible y del sector en el cual están invertidos, lo que incluye diversas formas de propiedad intelectual. Es así que los derechos de propiedad intelectual, estén registrados o no, son inversiones protegidas por los TBI y los acuerdos comerciales que incorporan normas sobre inversiones. Esto agrega otra capa de protección basada en los tratados a los derechos protegidos por el Acuerdo sobre los ADPIC y otros convenios internacionales. Pero va más allá de los ADPIC ya que los acuerdos de inversión se aplican a los derechos que no están amparados por el Acuerdo sobre los ADPIC e incorporan el principio de trato nacional sin las excepciones establecidas en los tratados internacionales sobre DPI”¹⁶

Fue el TLC Chile-Estados Unidos, el que estableció un nuevo estadio “más allá de los ADPIC” del régimen internacional de DPI. Junto con incluir a los DPI dentro de la definición de inversión, estableció un estándar de normas de protección de los DPI más elevado que los ADPIC. El capítulo de propiedad intelectual de este TLC pasó a constituirse en la referencia obligada de los Tratados bilaterales y subregionales.

Con posterioridad, los TLCs suscritos por los países Centroamericanos y República Dominicana con los EEUU (DR-CAFTA); Perú -EEUU y Colombia-EEUU, obligan a introducir estándares de protección de la propiedad intelectual significativamente más elevados que los requeridos por la legislación de esos países y el Acuerdo ADPIC¹⁷. Y han ido aun más lejos, puesto que han incluido sendos capítulos de Biodiversidad, incorporando menciones específicas a los conocimientos tradicionales.

Tal como destaca Silvia Rodríguez, los TLCs suscritos y en proceso desde el 2003, están incorporando expresamente a los conocimientos tradicionales bajo las normas de propiedad intelectual, con el buen propósito declarado de limitar la “biopiratería”, pero con el equívoco resultado de zanjar de antemano un debate acerca de la

¹⁶ Correa, Carlos “Tratados bilaterales de inversión: ¿agentes de normas mundiales nuevas para la protección de los derechos de propiedad intelectual?”, GRAIN, 2004, www.grain.org

¹⁷ Correa, Carlos “Protección de productos farmacéuticos y agroquímicos (‘productos regulados’) en DR-CAFTA”. En *Diálogo Regional sobre Propiedad Intelectual, Innovación y Desarrollo Sostenible* Costa Rica, 10 - 12 de Mayo 2006 UNCTAD/ICTSD.

aplicación del modelo oficial de derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales.¹⁸

6.- IMPACTOS DEL NUEVO RÉGIMEN INTERNACIONAL DE DPI, SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. EFECTO COMBINADO CON EL NUEVO RÉGIMEN INTERNACIONAL AMBIENTAL.

El nuevo régimen internacional de DPI, en sus distintos niveles, ha estrechado el espacio para el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre su patrimonio cultural e intelectual, en el caso de existir voluntad para respetar tales derechos. Más aun, dicho régimen de DPI combinado con las nuevas regulaciones de acceso a recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a biodiversidad, y los emergentes mercados de servicios ambientales, crean un escenario de alto riesgo para los pueblos indígenas. Se instalan en cada país y a escala internacional, nuevos y formidables obstáculos a arreglos autonómicos efectivos, que realicen plenamente el principio de autodeterminación de los pueblos indígenas que inspira las negociaciones sobre los derechos indígenas en el seno de Naciones Unidas y OEA.

En este contexto de un nuevo régimen internacional de propiedad intelectual, los convenios ambientales adquieren un insospechado perfil de amenaza, toda vez que tanto el Convenio de Biodiversidad (CDB) como el Protocolo de Kyoto han alentado a la exploración y explotación de los territorios indígenas. El primer caso tiene modalidades conocidas como bioprospección y patentamiento; en el segundo caso, las nuevas amenazas han emergido bajo la modalidad de contratos de “servicios ambientales”.

Desde la perspectiva de los actores indígenas, los cambios regulatorios internacionales operados en los regímenes de Comercio y medio ambiente, en especial el nuevo marco sobre Derechos de propiedad Intelectual (DPI), y las políticas de comercio de la biodiversidad y acceso a los recursos genéticos, impactan negativamente sobre los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el régimen internacional de derechos humanos.

Los tratados internacionales comerciales y de inversión - multilaterales, regionales y bilaterales – y los convenios medioambientales, que incluyen regulaciones sobre derechos de propiedad intelectual y acceso a recursos de biodiversidad, y servicios

¹⁸ Rodríguez, Silvia “TLCs: el conocimiento tradicional en venta”, GRAIN, Abril 2006. <http://www.grain.org/briefings/?id=198>.

ambientales, no solo afectan la soberanía de los países, sino también han comprometido los intereses, derechos, territorios y soberanía de los pueblos indígenas que se encuentran bajo las jurisdicciones de los estados partes. Tales tratados regulan explícita o implícitamente el acceso y patentabilidad de recursos, biodiversidad y patrimonio cultural e intelectual indígena.

7.- ECONOMÍA DE LA BIODIVERSIDAD Y MEDIO AMBIENTE: SOBERANÍA, ACCESO Y BENEFICIOS.

Los instrumentos ambientales internacionales, tales como el Convenio de Biodiversidad y el Protocolo de Kyoto han introducido nuevos desafíos a la soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos y territorios. En la práctica, el emergente régimen internacional ambiental ha ido quedando subordinado al régimen internacional comercial, lo que se expresa en que la agenda ambiental tiene por asuntos principales el acceso y comercialización de biodiversidad ("bienes") y el "pago por servicios ambientales".

El Convenio de Biodiversidad ha sido criticado por las organizaciones indígenas, por su énfasis en la utilización comercial de la biodiversidad, lo que se expresa en el énfasis en los regímenes de acceso a los recursos genéticos y la distribución de beneficios. Asimismo se ha criticado el desconocimiento que hace el CDB y los estados partes de los pueblos indígenas como titulares de derechos - el CDB solo habla de comunidades indígenas y locales".

El CBD señala "derechos soberanos de los Estados" sobre los recursos naturales ubicados en sus jurisdicciones territoriales, y se hace referencia a ellos en el Preámbulo y en el texto (artículos 3 y 15.1). En el artículo 15.1 del CBD expresa que: *"en reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales, la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos incumbe a los gobiernos nacionales y está sometida a la legislación nacional"*. Tal disposición del Convenio de Biodiversidad introdujo un cambio controversial en el derecho internacional al atribuir a los **estados** lo que son derechos soberanos de los **pueblos**.¹⁹ Además, el CBD establece la obligación contraída por cada Parte Contratante para crear condiciones *"para facilitar ... el acceso a los recursos*

¹⁹ Artículo 1. (2). Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

genéticos... y no imponer restricciones contrarias a los objetivos del presente Convenio" (artículo 15.2).

El tratamiento de la relación indígenas-diversidad biológica ha provenido de los circuitos teóricos y políticos ecologistas, cuya arena internacional principal se encuentra en el seguimiento a los acuerdos y Convenios emanados de la Cumbre Mundial de Medio Ambiente. En particular, la institucionalidad surgida en torno al Convenio de Diversidad Biológica (CDB), y sus eventos de Conferencias de las Partes, estructuran el calendario y agenda. En ellos encontramos la temática indígena incluida en el Artículo 8j del CBD, referida a comunidades y no a pueblos. Unas comunidades indígenas son reserva y "custodios" de biodiversidad.

Esta inclusión tangencial de los indígenas en el CDB se explica por el "redescubrimiento" ambiental de los territorios indígenas²⁰ otrora despreciados por su fragilidad ecológica y baja productividad comercial, lo que adquirieron relevancia como espacios de conservación de la diversidad biológica de la tierra. Los territorios indígenas poseen una mayoría sustancial de la diversidad biológica médica y agrícola que sigue existiendo "in situ". Los conocimientos de los Pueblos Indígenas sobre biodiversidad se han generado en la interacción con sus territorios, y está compuesto por el conjunto de usos, costumbres e informaciones sobre los organismos vivos y los complejos ecosistemas en los que viven. Estos conocimientos generalmente se producen de manera colectiva y son de carácter intergeneracional y acumulativo, son producidos y mantenidos en un determinado contexto cultural y biológico. Desde este punto de vista, el territorio es para los indígenas la expresión material de la red de relaciones que construye el conocimiento colectivo. Por esto los derechos intelectuales colectivos son para los indígenas una prolongación de los derechos territoriales, ya que el territorio y el conocimiento conforman una unidad indisoluble. De hecho, la noción de territorio indígena debe ser entendida como garantía de continuidad de los conocimientos sobre biodiversidad.

La inicial lectura optimista del Convenio de Biodiversidad promovida por organizaciones ecologistas subvaloró los riesgos de la matriz comercial que informa a dicho convenio, y los riesgos de la atribución de facultades de autorización de acceso a los recursos biodiversos a los estados, tal como ha quedado de manifiesto en los actuales énfasis de las decisiones de las Conferencias de las Partes en temas

²⁰ Los conceptos de territorio y territorialidad tiene distinta acepción: i) *Dimensión Política*: jurisdicción, gobierno, normas y decisiones. Es lo que se expresa como territorialidad y territorio político; ii) *Dimensión Cultural*: se refiere a la idea de espacio socialmente organizado, esto es un espacio geográfico significativo culturalmente, en el cual se localizan, distribuyen y organizan asentamientos, significados, actividades de un grupo; iii) *Dimensión Natural*: unidad de los recursos naturales, agua, tierra, subsuelo, vegetación.

de Acceso a Recursos Genéticos y Reparto de beneficios²¹. Hoy el movimiento indígena se ve presionado dos posturas: la comercialización de los etnoconocimientos y patrimonio indígena, utilizando acriticamente el sistema de DPI²²; y por otro lado, la negación toda posibilidad de uso o adaptación sui generis de los DPI y de incidencia en los regímenes internacionales.

En ese escenario se revela la insuficiencia del Art. 8 (j) del CDB, que en rigor es una formulación programática, que alude solo a las comunidades, se orienta hacia la comercialización, y la materialización del artículo queda al arbitrio de los estados.

Art. 8 (j): *"Con arreglo a su legislación nacional; respetará, preservará y mantendrá, los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente."*

Como señala el Informe del Grupo de Pueblos Indígenas del CSD y la Conferencia Circumpolar Inuit, a la **Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible**

*44. El CBD, como tal, otorga a los pueblos indígenas una protección muy limitada y débil para su propiedad cultural e intelectual. El CBD no procura desafiar la legitimidad u operatividad de la ley de propiedad intelectual, sino simplemente reconocer que los derechos de propiedad intelectual pueden aplicarse para asistir a los gobiernos en la conservación de la diversidad biológica. Otra limitación importante del CBD es el fuerte énfasis de la soberanía nacional sobre la biodiversidad, sin un reconocimiento adecuado de los territorios indígenas. Las previsiones sobre el reparto de beneficios también dependerían de que los gobiernos reconozcan y apliquen este derecho.*²³

²¹ Las peligros que hoy identifican algunas organizaciones ecologistas, ya habían sido advertidos en 1990 por Andrew Gray del Grupo Internacional de Asuntos Indígenas. Gray, A. 1992 (1990) *Entre la integridad cultural y la asimilación: conservación de la biodiversidad y su impacto sobre los pueblos indígenas*, Copenhagen IWGIA, 1992.

²² Un ejemplo es la posición de Vogel, Joseph 1994 *Genes for Sale*. New York: Oxford University Press
Vogel, Joseph (ed). 2000. *El Cártel de Biodiversidad*. Quito: CARE

²³ ONU E/CN.17/2002/PC.2/6.Add.5

En el seno de la institucionalidad del CDB los pueblos indígenas han librado un prolongado y persistente trabajo de incidencia política, para cautelar sus intereses, recursos y derechos.

8.- Servicios ambientales y territorios indígenas.²⁴

A inicios del siglo XXI emergió el mercado de los servicios ambientales, que se potencia con el mercado de los recursos genéticos y la nueva regulación y protección de los DPI. Los principales impulsores de los “servicios ambientales”, hasta el momento, son grandes corporaciones conservacionistas, interesadas en el control de las áreas protegidas y otras áreas estratégicas desde el punto de vista de la biodiversidad. Su propuesta es que dentro de las áreas protegidas, se lleve a cabo un proceso de valoración y venta de bienes y servicios ambientales. Tales “servicios” incluyen desde la captura de carbono, el etnoturismo, la bioprospección, hasta el acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales.

Cabe destacar que este mercado de servicios, en tanto tal, queda comprendido dentro de las regulaciones del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) de la OMC, En general la crítica desde los derechos indígenas a los tratados de la OMC se ha dirigido a los ADPIC y al Acuerdo sobre Agricultura, descuidando, el Acuerdo y mercados de servicios, y sus niveles de protección en calidad de inversiones, tal como ocurre con los DPI.

“La venta de servicios ambientales es presentada por las corporaciones conservacionistas como una oportunidad en la que comunidades locales reciben compensación por proteger los ecosistemas, y dar acceso a la biodiversidad. En la práctica, es una forma venta del derecho de uso del territorio, garantizando exclusivamente el derecho de las corporaciones. Las funciones de la naturaleza como son la generación de agua, oxígeno y biodiversidad son consideradas como bienes y servicios ambientales. Las comunidades, los campesinos que venden sus recursos como servicios ambientales, pierden el control sobre los mismos. Se pasa desde un enfoque de derechos territoriales, a un mercado de servicios transables, que genera utilidades.”²⁵

Una de las modalidades de este mercado son los “contratos por servicios ambientales”, suscritos por comunidades o pueblos, en que en la práctica hipotecan y ceden el control, de sus territorios, conocimientos y recursos. Una paradójal

²⁴ Instituto de Estudios Ecologistas del Tercer Mundo, “Encuentro taller internacional ‘servicios ambientales’: la naturaleza como mercancía”, Quito, Mayo 2006.

²⁵ Ibid.

amenaza que se cierne después de décadas de luchas por recuperar sus territorios, los cuales han sido titulados con apoyo de programas del Banco Mundial.

9.- FRAGMENTACION DE REGIMENES INTERNACIONALES: COMERCIO, DERECHOS HUMANOS Y MEDIO AMBIENTE.

Uno de los asuntos más complejos que plantea el nuevo sistema global de DPI y servicios, forjados en sede del sistema internacional de comercio, es la discordancia y contradicciones con los derechos y obligaciones estatales establecidas en otros tratados internacionales vinculantes: el régimen internacional de Derechos Humanos y el emergente derecho público internacional ambiental. Esta situación, es expresión de un fenómeno mas general y característico de la globalización: la fragmentación de los regímenes internacionales, lo que plantea serios problemas y dudas respecto a la capacidad de los Estados para cumplir con obligaciones contradictorias²⁶. Al mismo tiempo, tal fragmentación se traduce en problemas y complicaciones para los actores no estatales, como los pueblos indígenas, para hacer valer sus intereses y derechos.

Desde su gestación, el nuevo sistema comercial de derechos de propiedad intelectual ha sido objeto de críticas, protestas y expresiones de preocupación por parte de gobiernos de países del sur, instancias del sistema internacional de Naciones Unidas, organizaciones indígenas y campesinas, iglesias y académicos. Las críticas se han concentrado en el instrumento más visible de este sistema, el Acuerdo ADPIC de la OMC, pero pueden y deben ser extendidas al conjunto de instrumentos – Tratados OMPI post 1995, y TBI y ALC- que forman parte del sistema global de protección de los DPI. Un listado simple de tópicos en debate muestra una combinación de campos temáticos, desde el derecho al desarrollo, salud, educación, industria cultural, comunicaciones, hasta la conservación de la biodiversidad, conocimientos tradicionales, derechos de los pueblos indígenas, pasando por el acceso y transferencias de tecnologías a los países en desarrollo.

Algunos de los principales nodos de críticas y preocupaciones planteados en foros multilaterales son los siguientes:

- a) En asuntos relacionados al ***régimen internacional de derechos humanos***, las críticas coinciden en indicar los impactos del nuevo sistema de DPI en los derechos económico sociales y culturales, tales como el acceso a la salud pública, la educación, la soberanía alimentaria, y el derecho al desarrollo de los países del sur. Así, la Subcomisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su Resolución 2001/21 señaló que:

²⁶ Orellana, Marcos “Fragmentación y acumulación de regímenes internacionales: los derechos indígenas v/s privilegios de los inversionistas”, Ponencia en 51 Congreso Internacional de Americanistas, Santiago de Chile, Julio 2003.

“existen contradicciones reales o potenciales entre la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC y la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, en particular de los derechos a la libre determinación, la alimentación, la vivienda, el trabajo, la salud y la educación, y en relación con la transferencia de tecnología a los países en desarrollo”

Algunos gobiernos países del sur, han promovido la discusión y revisión de los DPI en función de resguardar intereses económicos, y garantizar derechos al desarrollo, a la salud y acceso a tecnologías, entre otros objetivos.²⁷ Asimismo, organismos no gubernamentales con estatus consultivo ante ONU, y movimientos sociales han promovido debates en torno a aspectos de derechos humanos afectados por algunas de las cláusulas del nuevo sistema de DPI.

Una cada vez más intensa actividad de debate y análisis de los efectos del nuevo régimen mundial de DPI, se han desarrollado en diversas instancias de Naciones Unidas, y en entidades especializadas: OMPI, UNCTAD, UNESCO, PNUD, FAO, ECOSOC, y Comisión de Derechos Humanos. En propio seno de la OMC se ha puesto en debate los alcances del acuerdo ADPIC en el derecho a la salud desarrollo y sus discordancias con otras obligaciones internacionales de los estados partes.²⁸

Asimismo, en la medida que se ha ido comprendiendo que los Tratados Bilaterales de inversión y los Acuerdos de Libre Comercio forman parte integrante del proceso de formación del sistema de DPI, se ha ido incrementando la crítica específica a estos instrumentos suscritos por los estados, indicando los conflictos de obligaciones vinculantes de distintos regímenes: de comercio y derechos humanos.

²⁷ Brasil y Argentina plantearon a la Asamblea de la OMPI del 2004 que, “A escala internacional, se reconoce cada vez más la necesidad de incorporar la “dimensión de desarrollo” en las políticas relacionadas con la protección de la propiedad intelectual.” (...) “el mandato de la OMPI conlleva indudablemente tener en cuenta los amplios compromisos y resoluciones en materia de desarrollo contraídos por todo el sistema de las Naciones Unidas. No obstante, también cabe considerar la posibilidad de modificar el Convenio de la OMPI (1967) para que garantice definitivamente la inclusión de la “dimensión de desarrollo” como elemento fundamental del programa de trabajo de la Organización.” (WO/GA/31/11, 27 agosto 2004)

²⁸ Una referencia explícita a la necesidad de tener debidamente en cuenta la dimensión de desarrollo se recogió en el párrafo 19 de la Declaración Ministerial de Doha de 2001, que asigna al Consejo de los ADPIC un mandato en el marco del Programa de Doha para el Desarrollo. La Declaración de Doha prevé que la labor llevada a cabo en el Consejo de los ADPIC relativa a los exámenes (el examen del párrafo 3 b) del artículo 27 o al examen del Acuerdo sobre los ADPIC en su totalidad, previsto en el párrafo 1 del artículo 71) y a cualquier otra cuestión relativa a la aplicación (tanto dentro como fuera del marco de la OMC), debería abarcar también los aspectos siguientes: la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica, la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore, y otros nuevos elementos pertinentes señalados por los gobiernos Miembros en el examen del Acuerdo sobre los ADPIC. En la Declaración se establece asimismo que, al realizar esta labor, el Consejo de los ADPIC se regirá por los objetivos (artículo 7) y principios (artículo 8) enunciados en el Acuerdo sobre los ADPIC y tendrá plenamente en cuenta los temas relacionados con el desarrollo.

- b) En aspectos relacionados al emergente *régimen internacional ambiental* se ha señalado las discordancias entre los ADPIC y el Convenio de Diversidad Biológica (CDB) .

En particular se ha señalado el, impacto negativo de los ADPIC en la conservación de la biodiversidad, la soberanía sobre los recursos, la afectación de derechos de comunidades locales e indígenas sobre sus conocimientos tradicionales, y la equidad en el reparto de beneficios. La Conferencia de las Partes del CDB (CP-CDB) propuso a la OMC analizar las vinculaciones entre los ADPIC y las normas del Convenio en relación a acceso a los recursos genéticos, reparto de beneficios de su explotación, y protección del conocimiento tradicional.²⁹

A su vez, el Acuerdo sobre los ADPIC prevé que se lleve a cabo un examen del párrafo 3 b) del artículo 27, que trata de la patentabilidad o no patentabilidad de las invenciones relacionadas con las plantas y los animales, y de la protección de las obtenciones vegetales. El párrafo 19 de la Declaración de Doha de 2001 ha ampliado el alcance del debate. “En efecto, encomienda al Consejo de los ADPIC que examine también la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica de las Naciones Unidas, la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore”.³⁰

En el Consejo de los ADPIC de la OMC bajo el mandato de la Declaración de Doha de 2001, se ha sometido a discusión “la forma de aplicar conjuntamente el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica (CDB), y la conveniencia de modificar el Acuerdo sobre los ADPIC, en particular, la eventual divulgación en las solicitudes de patente de la fuente del conocimiento tradicional o del material genético; el tipo de autorización que podrían obtener los investigadores e inventores antes de estar autorizados a utilizar dichos conocimientos y material en sus invenciones, y los posibles métodos para compartir los beneficios con las comunidades locales cuando los inventores de otros países tienen derechos sobre invenciones basadas en material obtenido en la localidad correspondiente”.³¹

²⁹ En 1999 la reunión intersesional sobre la operación del Convenio analizó la relación entre los DPI, el CDB y las normas establecidas en los ADPIC. En esa ocasión se recomendó a la Conferencia de las Partes (COP-5) representar a la OMC y a la OMPI, las recomendaciones pertinentes al Artículo 8(j) del CDB, e invitar a la OMC a que reconozca las disposiciones del CDB. El tema de la relación entre ADPIC y CDB fue debatido en la COP-5 realizada en Nairobi, en el punto 23 de la agenda, sobre acceso a recursos genéticos. Correa, 2001

³⁰ OMC. “**ADPIC: EXÁMENES, APARTADO B) DEL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 27 Y ASUNTOS CONEXOS**” en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/art27_3b_background_s.htm

³¹ Diversos países han presentado Documentos de propuesta al Consejo de los ADPIC, para impulsar la revisión del párrafo 3b del artículo 27, y resolver la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la protección de los conocimientos tradicionales. De particular interés son los documentos del Grupo Africano, India y Brasil, presentado en 2003 y 2004. Vease en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/art27_3b_s.htm

11. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y DPI.

Hoy existe una preocupación mundial de los pueblos indígenas por las consecuencias del nuevo régimen de Derechos de Propiedad Intelectual (DPI), sobre los derechos colectivos sobre sus conocimientos tradicionales, su patrimonio cultural, sus recursos y territorios.³² Las organizaciones de los pueblos indígenas de distintos países, han apuntado sus críticas transversales tanto desde el Derecho Internacional Ambiental como de los DDHH. Sus planteamientos los han expresado en los órganos de Naciones Unidas (CDH, OMPI, UNESCO, Conferencias mundiales) como en los espacios de la Convención de Biodiversidad (COP y Grupos de trabajo intersesional)

Asimismo, existe una amplia preocupación de diversos organismos internacionales y no gubernamentales por la situación de los derechos indígenas, los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos en los nuevos marcos de DPI.³³ Por ejemplo en la Resolución 2001/21 de la Subcomisión de Derechos Humanos, se señala

“la necesidad de proteger suficientemente los conocimientos tradicionales y los valores culturales de los pueblos indígenas y, en particular, protegerlos suficientemente contra la "biopiratería" y la reducción del control de las comunidades indígenas sobre sus propios recursos genéticos y naturales y valores culturales”.

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

En esta discrepancia de estrategias y posiciones inciden múltiples factores. En primer lugar, es necesario tener presente la diversidad de situaciones y estatus coloniales en los cuales se encuentran los pueblos indígenas, los diversos grados de vulnerabilidad y presión sobre sus territorios, etc. Ciertamente, los espacios y derechos ganados, y poder de negociación de los Maori en Nueva Zelanda o los Cree en Canadá son

³² Cf. Declaraciones del Taller Internacional de Pueblos Indígenas y Biodiversidad, presentadas en cada ocasión a las Conferencias de las Partes del CDB desde 1997 a 2004. También, Posey, D. Y G. Dutfield *Más Allá De La Propiedad Intelectual Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales*, CIID/WWF/Editorial Nordan 1999

³³ "Estudio sobre la Protección de la Propiedad Cultural e Intelectual de los Pueblos Indígenas", por Irene Erica Daes, Relatora Especial y Presidenta del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, Un Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, 28 de Julio de 1993. Un resumen actualizado del estado de la cuestión en el informe de Yozo Yokota al 22 periodo de sesiones del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de ONU. "Orientación para el examen del proyecto de principios y directrices sobre el patrimonio de los pueblos indígenas" E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/5, Julio 2004

distintos a los que tienen los mapuches en Chile, o los huarani en Ecuador Belize; a su vez la presión sobre los territorios y recursos indígenas es de distinto tipo y grado según la riqueza de su biodiversidad y el grado de soberanía y control sobre sus territorios.

Y en segundo lugar, cabe indicar el papel de los diversos discursos ambientalistas, sea en sus corrientes conservacionistas, de “capitalismo verde”, o de ecología social. Gran parte de la literatura disponibles sobre derechos indígenas y conocimientos tradicionales, en rigor responde a las agendas y marcos interpretativos medioambientalistas, y escasean las reflexiones desde los derechos y soberanía territorial indígena.

En tercer lugar, cabe mencionar a la misma fragmentación de regímenes internacionales y sus circuitos de negociación, como factor que complejiza la elaboración de estrategias y el logro de desempeños eficaces, en una agenda internacional, abigarrada, veloz y multiescalar.

Frente a los nuevos desafíos para los derechos y territorios de los pueblos indígenas no existe una única respuesta. Es posible constatar, a lo largo del mundo, una amplia variedad de propuestas, posiciones y experiencias respecto a los mecanismos jurídicos e institucionales para realizar tal programa de derechos. Sin embargo, la piedra la toque para evaluar la pertinencia de esos mecanismos debiera ser cuanto garantizan la soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos, conocimientos y territorios, entendiendo que es eso lo que está en juego, y no es la “propiedad intelectual”, sino las bases de su libredeterminación.

Las diferencias de propuestas las resume el Informe de Yozo Yokoda y Consejo Sami al Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de ONU, “Varios representantes indígenas consideran que el régimen de derechos de propiedad intelectual no es un sistema adecuado para la protección de su patrimonio cultural, mientras que otros reconocen que a veces los mecanismos relativos a esos derechos pueden proteger por lo menos determinados elementos del patrimonio cultural de los pueblos indígenas. Los que no están plenamente de acuerdo con la creación de un régimen internacional de derechos de propiedad intelectual para la protección del patrimonio cultural de los pueblos indígenas piden que se establezcan en su lugar sistemas *sui generis*”.³⁴

Hoy en día el tema de los conocimientos tradicionales y el acceso a los recursos genéticos está instalado en la agenda de diversos organismos internacionales (OMPI, OMC, UNCTAD, CDB, FAO, Foro Permanente sobre Asuntos Indígenas), y en

³⁴ Yozo Yokota al 22 periodo de sesiones del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de ONU. “Orientación para el examen del proyecto de principios y directrices sobre el patrimonio de los pueblos indígenas” E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/5, Julio 2004

cada caso se plantea la necesidad de protección del patrimonio cultural e intelectual indígena. Se discute ahora es cuál es el mejor modelo de protección, cuáles los conceptos y mecanismos, y qué foro global es el más apropiado para hacerse cargo de su administración.

No obstante esa amplia distribución del tema entre las agencias, en la práctica, es en el seno de la OMPI y del CDB en donde se están configurando los asuntos claves. En el caso del CDB, a través del *“Grupo de Trabajo Especial de Composición Abierta entre períodos de sesiones sobre el artículo 8j) y disposiciones conexas”* y del *“Grupo de Trabajo Especial de Composición Abierta sobre Acceso y Participación en los Beneficios”*. En el caso de la OMPI, a través de los trabajos y acuerdos del *“Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos”*.

12. MODELOS DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL E INTELECTUAL INDÍGENA.

De acuerdo al Comité OMPI, los temas que deberían ser abordados para elaborar sistemas y normas destinados a la protección del conocimiento tradicional indígena serían los siguientes:

- acuerdo sobre los principios y objetivos de la protección
- comprensión de las relaciones que existen entre el sistema oficial de propiedad intelectual y los sistemas jurídicos consuetudinarios en las comunidades indígenas
- la puesta a punto de métodos para abordar la creación, innovación y titularidad colectiva, y
- la adopción de métodos para tratar de resolver problemas jurídicos y administrativos³⁵.

En cuanto a la primera cuestión, se identifican los siguientes objetivos de protección:

- respeto de los sistemas de conocimientos y su preservación.
- distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de conocimientos.
- aumento de la utilización de los conocimientos.

³⁵ OMPI, Panorama general sobre las cuestiones relativas a la propiedad intelectual y los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y el folclore, Documento preparado por la Secretaría, Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, Primera sesión, Ginebra 30 de abril a 3 de mayo de 2001 h, p. 23.

- creación de sistemas económicos y jurídicos para los titulares de conocimientos y sus comunidades, y
- protección de los conocimientos en el contexto de la conservación de la diversidad biológica³⁶.

La segunda cuestión se refiere a que existen dos sistemas de protección, uno referido al sistema oficial de propiedad intelectual y un segundo compuesto por un sistema tradicional de protección que opera al interior de las comunidades indígenas. Este segundo sistema pertenece al derecho consuetudinario y es preciso su conocimiento y respeto por parte del sistema oficial.³⁷

La tercera cuestión concierne a la creación, titularidad y custodia colectiva que impera en ciertas comunidades y sistemas de conocimientos. Se considera que el conocimiento tradicional indígena se desarrolla, transmite y comparte de manera comunitaria y que el actual sistema de propiedad intelectual no responde plenamente a las necesidades de las comunidades titulares de conocimientos y la facultad de gozar los derechos colectivos o comunitarios. Como han señalado representantes indígenas *“los regímenes de propiedad intelectual actuales son inadecuados e inapropiados para la protección de nuestro conocimiento colectivo y recursos, porque tales regímenes son monopólicos y favorecen la privatización de nuestros recursos bio-culturales por las empresas transnacionales, y solo protegen derechos individuales de propiedad intelectual”*.³⁸

Se deben encontrar soluciones jurídicas que respondan a las necesidades de las comunidades y al reconocimiento de los derechos colectivos relativos a los conocimientos colectivos³⁹.

La cuarta cuestión se refiere a los procedimientos legales y administrativos del sistema de protección de los derechos intelectuales, el cual debe ser equitativo en cuanto a su acceso y utilización. Los derechos de propiedad intelectual serán ineficaces a menos que los titulares de puedan hacerlos valer en la práctica. Las necesidades primarias en este respecto se dividen en tres categorías:

³⁶ *ibid*, p. 24

³⁷ OMPI, *Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders. WIPO Report on Fact-finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999)*, Ginebra, 2000, p. 213.

³⁸ Foro Internacional Indígena sobre Biodiversidad Declaración de Clausura VII Conferencia de las Partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica, Kuala Lumpur, Malasia, 20 de febrero de 2004

³⁹ OMPI 2001 h, *op.cit*, p. 25

- Disponibilidad de procedimientos justos y equitativos para que los titulares puedan hacer valer sus derechos intelectuales.
- Capacidad jurídica y organizativa de los titulares para hacer valer sus derechos, si los hubiera.
- Acuerdos institucionales que faciliten la observancia de los derechos intelectuales⁴⁰.

En general, en el mundo se detectan dos grandes tendencias en relación a la protección de los derechos intelectuales indígenas:

- utilización de los mecanismos oficiales de protección de la propiedad intelectual, es decir el régimen de DPI.
- creación de un sistema sui generis de protección de la propiedad cultural e intelectual indígena.

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

La alternativa de generar sistemas sui generis de propiedad para proteger el patrimonio cultural e intelectual indígena ha ido tomando cada vez mayor fuerza a nivel internacional. Sin embargo, no existe demasiada claridad en cuáles deben ser los elementos mínimos de un sistema sui generis⁴¹.

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

- que el modelo propuesto sea realmente aplicable.
- qué cambios políticos, legales o culturales se requieren para la implementación del modelo.
- qué partes e individuos necesitan actuar para facilitar la implementación y cumplimiento del modelo.
- qué recursos de los pueblos indígenas se requieren para lograr implementar el modelo.
- cómo contribuirá el modelo a la protección práctica de los derechos intelectuales indígenas.

⁴⁰ *ibid*, p. 28

⁴¹ Huenchuán, Sandra “Propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas Objetos y enfoques de protección”, *Revista Austral de Ciencias Sociales*, Universidad Austral, Valdivia Volumen 8 (2005).

- cómo mejorará el modelo la evolución de los principios concebidos para otorgar una efectiva protección de los derechos intelectuales indígenas.
- qué aspectos del modelo pudieran perjudicar a los pueblos indígenas⁴².

Este enfoque también otorga a los pueblos indígenas el derecho de excluir a otros del acceso a sus tierras y recursos y vetar proyectos que no apoyarán.

Las opciones de protección varían de acuerdo al objeto específico que se pretenda proteger y a las prioridades nacionales en la materia. Vivas identifica cuatro grupos básicos de sistemas sui generis⁴³:

- *Los sistemas amplios*: aquellos que cubren no solo los conocimientos indígenas, sino también otras materias. Un ejemplo es la *Ley de Derechos de los Pueblos Indígenas de Filipinas*, que incluye derechos a los dominios ancestrales, derechos al autogobierno, justicia social y derechos humanos de las sociedades indígenas, entre otros. La ley es ventajosa desde el punto de vista de la integralidad de la protección, no obstante, existen dificultades de aplicación en tanto coherencia de la amplitud de temas que incluye.
- *Los sistemas derivados del CDB*: aquellos que poseen como objetivo principal la conservación de la biodiversidad y utilizan mecanismos reconocidos por el Convenio. Entre estos se encuentran el Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos de la Comunidad Andina de Naciones y el Proyecto de Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas del Perú.

El *Régimen común de acceso a los recursos genéticos de la Comunidad Andina de Naciones* – conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela – regula las condiciones de acceso sobre los recursos genéticos. En la disposición transitoria de la Decisión 391 de 1996 se estableció el futuro desarrollo de un régimen especial o una norma de armonización para fortalecer la protección de los conocimientos, innovaciones y práctica tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales⁴⁴, incluyendo a los derivados de los recursos genéticos. Asimismo establece que los contratos de acceso deben tomar en

⁴² SIMPSON T., SIMPSON Tony, Patrimonio Indígena y Autodeterminación, IWGIA, Copenhagen, 1997.

⁴³ VIVAS, David, “Opciones sui generis para la protección del conocimiento tradicional y la experiencia venezolana en la materia”, Ministerio de Ciencia y Tecnología de Venezuela, Caracas, Marzo 2002.

⁴⁴ COICA, Iniciativas para la protección de los derechos de los poseedores de conocimientos tradicionales, pueblos indígenas y comunidades locales. OMPI, Mesa Redonda sobre Propiedad Intelectual y Pueblos Indígenas, Ginebra 23 y 24 de Julio de 1998, p. 19.

cuenta los derechos y los intereses de los proveedores de los recursos genéticos, sus derivados y los componentes intangibles. Se definen estos últimos como,

“todo conocimiento, innovación o práctica individual o colectiva, con valor potencial o real, asociado a los recursos genéticos, a los productos derivados o a los recursos biológicos que los contienen, estén o no protegidos por los regímenes de propiedad intelectual. En caso de que haya un recurso que incluya un componente intangible la Decisión exige la identificación del proveedor del recurso genético y sus derivados, y la incorporación de un anexo al contrato de acceso donde se prevea la distribución equitativa de los beneficios resultantes por el acceso a los elementos anteriores⁴⁵.”

El Proyecto de régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas del Perú, funcionaría a través de un registro facultativo de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas ligados a los recursos biológicos. El acceso a la información contenida en el registro está sometida a la autorización del pueblo indígena – con la excepción de aquella información que trate sobre los usos que dan las comunidades indígenas a los recursos genéticos – así como la identificación de las comunidades en cuestión. Con relación a un posible uso comercial de conocimientos, el régimen solo lo permite cuando existe un contrato de licencia entre las comunidades y los interesados en el uso respectivo.⁴⁶

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

En la doctrina existen posiciones que afirman que la mejor manera de proteger los conocimientos – dadas sus características, variedad y riqueza – sería a través del establecimiento de bases de datos sui generis. Estas bases de datos se protegerían por el derecho de las bases de datos originales sobre la selección o disposición de sus contenidos. Para su aplicación se requiere, por una parte, la protección de la información no divulgada y, por otra, que existan derechos sobre los conocimientos allí registrados⁴⁷.

- *Opciones sui generis sectoriales:* están dirigidas a solucionar problemas concretos en sectores donde existe mayor probabilidad de éxito económico y social, o donde se presentan los mayores resultados prácticos del mismo. Un

⁴⁵ GRULAC, Los conocimientos tradicionales y la necesidad de otorgarles una protección de propiedad intelectual adecuada, OMPI, Ginebra, 16 de marzo de 2001, p. 8

⁴⁶ *ibid*

⁴⁷ *ibid*,

ejemplo de estas iniciativas es la *Ley de Panamá sobre Régimen especial de Propiedad Intelectual para los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas*. Esta ley se aplica a las invenciones, modelos, dibujos y diseños indígenas, tiene un énfasis particular hacia los contenidos de las imágenes artísticas y las expresiones tradicionales susceptibles de uso comercial a través de un sistema de registro especial. Esta ley crea derechos de propiedad intelectual colectivos y les otorga derechos de exclusión cuando la solicitud sea formulada por pueblos indígenas. Estos derechos se conceden siempre que se cumplan los criterios establecidos en la definición de derechos colectivos indígenas y se registren. La ley crea derechos colectivos y expresiones folclóricas a cargo de un departamento especial de la oficina de propiedad industrial.⁴⁸

CONCLUSIONES

Los pueblos indígenas se ven enfrentados a nuevas amenazas a sus derechos y soberanía permanente sobre sus territorios y recursos. En la práctica, los estados por la vía de los regímenes comerciales y ambientales, van inclinando la discusión y cerrando los espacios de opciones de protección, al incluir en los TLC y Acuerdos Comerciales regulaciones relativas a los conocimientos tradicionales, biodiversidad y acceso a recursos genéticos. Todos esos mecanismos tienden a incluir los conocimientos tradicionales y el patrimonio cultural y ambiental indígena bajo regímenes propietarios. Ello ha implicado, al igual que en materia de derechos indígena a la tierra, que el campo de opciones para los pueblos indígenas se reduce cada vez más, y se tiende a buscar reivindicar derechos propietarios colectivos sobre el patrimonio cultural e intelectual de los pueblos indígenas.

Como constata Tony Simpson, la evidencia indica que, *“los pueblos indígenas se están volcando a la ley de propiedad intelectual para proteger su conocimiento, estilos tradicionales, patrimonio cultural y recursos biológicos; y que el uso de los pueblos indígenas de la ley no implica necesariamente su apoyo a estos mecanismos, sino más bien, es un resultado del hecho de que existe una creciente presión internacional sobre los Estados para que implementen una legislación nacional que garantice los derechos de propiedad intelectual y existen pocos intentos de parte de éstos de explorar mecanismos legales alternativos para proteger adecuadamente la propiedad cultural e intelectual indígena”*⁴⁹.

⁴⁸ VIVAS D., op.cit, p. 8

⁴⁹ SIMPSON Tony, Patrimonio Indígena y Autodeterminación, IWGIA, Copenhagen, 1997.

Esta reivindicación de “derechos propietarios intelectuales indígenas” no debiera ser sorprendente si se considera la antigua estrategia de los pueblos indígenas de amparar sus derechos soberanos sobre sus tierras, recursos y territorios bajo instituciones jurídicas de propiedad. Tales derechos propietarios sui generis han sido reconocidos en el derecho internacional.⁵⁰

Sin embargo, el desafío de defender los derechos intelectuales de los pueblos indígenas, su patrimonio cultural, es cómo evitar la mera aplicación de las instituciones de los DPI oficiales. Elaborar y promover tipos sui generis de propiedad: colectiva, inalienable, indivisible, inembargable, imprescriptible, aplicando el bagaje de principios y experiencias desarrolladas en la defensa de tierras y recursos. En el entendido de que se trata de medio de resguardar derechos soberanos. Ello pasa por destacar la centralidad del principio de la soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos, un asunto crucial de la autodeterminación de los pueblos indígenas.⁵¹

⁵⁰ Para una discusión sobre los derechos propietarios indígenas Vid Anaya, J. y R. A. Williams, Jr 2001 “The Protection of Indigenous Peoples' Rights Over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System” Harvard Human Rights Journal 33; García Hierro, P. “Territorios Indígenas: tocando a las puertas del derecho”, en Surralles A. y P. Garcia (eds) 2004 *Tierra Adentro. Territorio Indígena y percepción del entorno* Lima: IWGIA.; Rodríguez-Pinero, Luis “El Caso Awás Tingni y la norma internacional de derecho de propiedad indígena”, en **Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas**, Fernando M. Mariño y Daniel J. Oliva, eds., Madrid, Editorial Dykinson, 2004.

⁵¹ Daes, Erica-Irene “La soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales”, E/CN.4/Sub.2/2004/30, 13 de julio de 2004