
Manuel Ruiz

PROTECCIÓN DE CONOCIMIENTOS, INNOVACIONES Y PRÁCTICAS INDÍGENAS EN EL PERÚ

... se calcula que el valor anual de los mercados para productos derivados de recursos genéticos [en el campo de los cosméticos, fármacos, semillas, productos biotecnológicos, horticultura] es de US\$ 500 a US\$ 800 billones (miles de millones)¹.

La búsqueda de respuestas a la pregunta acerca de cómo proteger los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas genera algunas de las más interesantes reflexiones en materia del sistema de propiedad intelectual en el ámbito internacional y, crecientemente, en el nacional. De hecho, esta posibilidad se presenta en la actualidad como una de las más discutidas, debatidas y controvertidas por sus consecuencias y los desafíos que plantea a los políticos y legisladores².

Durante siglos, los conocimientos, innovaciones y prácticas indígenas han permitido a las comunidades indígenas del Perú y el mundo no solamente sobrevivir, desarrollarse y adaptarse a medios usualmente inhóspi-

1. Ten Kate, Kerry y Sarah Laird: *The Commercial Use of Biodiversity. Access to Genetic Resources and Benefit Sharing*. London: Earthscan Publications Ltd., 2000, p. 1.

2. Para efectos del presente artículo se utilizarán los conceptos de “conocimientos, innovaciones y prácticas”, “conocimientos colectivos”, “conocimientos indígenas”, “conocimientos de comunidades indígenas”, entre otros, como sinónimos. Estos conceptos deben entenderse en sentido amplio e implicarán los conocimientos, entendimiento de los fenómenos naturales, sabiduría y *know-how* de las comunidades indígenas, pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas. Asimismo, incluyen las formas creativas manifestadas y expresadas por estas comunidades. Para un análisis más extenso de estos conceptos, véase Ruiz, Manuel: *Protecting Indigenous Peoples Knowledge: a Policy and Legislative Perspective from Peru*. Policy and Environmental Law Series. International Affairs and Biodiversity Program-SPDA N° 3. Lima, mayo de 1999.

tos y difíciles y responder a presiones exógenas del mundo “moderno”, sino que han contribuido también a la supervivencia de la humanidad en su conjunto al permitirle conocer los usos de una amplia variedad de productos naturales útiles y, consiguientemente, aumentar de manera considerable sus capacidades de entender y beneficiarse de la diversidad biológica y los recursos naturales en general.

Este artículo hará un repaso de cómo en el Perú se ha intentado dar respuesta al interrogante inicialmente planteado y cuáles son los avances de las políticas públicas y la normativa en la materia.

Para ello, el texto se divide en tres partes: una primera presenta el tema y sus antecedentes y los problemas asociados a él; la segunda evalúa cómo lo han enfrentado las políticas y normas nacionales; y la tercera, finalmente, plantea algunas sugerencias y recomendaciones sobre cómo abordar mejor los diferentes aspectos y las diferentes aristas que presenta el tema de la protección de los conocimientos indígenas.

LA IMPORTANCIA Y EL VALOR DE LOS CONOCIMIENTOS INDÍGENAS

Uña de gato, maca, sangre de grado, curare, papa, tomate, algodón de color, etcétera, constituyen sólo una lista referencial de nombres comunes de recursos biológicos originarios del Perú cuya existencia, potencial, reconocimiento y difusión se debe principalmente a la labor de conservación, mantenimiento, domesticación, cultivo y mejoramiento (*enhancement*) de comunidades del país tanto de la costa, de la sierra como de la selva³.

En el ámbito mundial, el árbol del neem en la India, la rosa periwinkle en Madagascar, el ginseng en la China y el maíz en México son también sólo unos pocos ejemplos de recursos cuya importancia como fuente de

3. Un documento muy ilustrativo sobre la riqueza biológica del país, particularmente en el caso de plantas medicinales y la agroindustria, es *Plantas medicinales en atención primaria de salud, agroindustria, fitoquímica y ecoturismo: Perspectivas de desarrollo en la Región Los Libertadores Wari*, publicado por el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura, IICA-GTZ. Esta Región no es el área típica que podría imaginarse con un potencial importante en estos campos. De hecho, la Amazonia y otras zonas de los Andes han sido mucho más estudiadas. Sin embargo, se identifican hasta 100 especies diferentes de plantas de uso medicinal para afecciones que van desde resfriados comunes hasta el asma, dolores reumáticos, urticaria, entre otras dolencias. Todos estos usos corresponden a aplicaciones basadas en conocimientos indígenas de la región. Para mayores detalles, véase Mario Carhuapoma y Pedro Angulo, editores: *Plantas medicinales en atención primaria de salud, agroindustria, fitoquímica y ecoturismo: Perspectivas de desarrollo en la Región Los Libertadores Wari*. Agencia de Cooperación Técnica del Perú (ACT) del Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura, IICA Proyecto IICA-GTZ. Orientación de la Investigación Agraria hacia el Desarrollo Alternativo. Lima, 1999.

alimentos, medicamentos, suplementos vitamínicos, productos para la higiene personal, entre otros, resulta hoy por hoy incuestionable. Y también lo es el hecho de que fueron comunidades indígenas las que, de alguna manera, los hicieron conocidos al mundo que hoy se beneficia de estos recursos⁴.

Desde medicamentos hasta cultivos para distintos fines, desde vestimentas a perfumes y tintes, desde experiencias en el manejo de ecosistemas específicos hasta prácticas ganaderas y agrícolas, estos y muchos otros productos y componentes de la diversidad biológica y conocimientos asociados a ella pueden ser relacionados a usos directos e indirectos por comunidades indígenas alrededor del mundo y a conocimientos, innovaciones y prácticas aplicados sobre ellos.

El mundo moderno y los avances tecnológicos han permitido, a su vez, una más eficiente adaptación y un más expeditivo mejoramiento y desarrollo de estos componentes. Los medicamentos generados a partir de síntesis química y las nuevas variedades vegetales resultantes de la aplicación de biotecnologías son dos ejemplos clásicos de esta adaptación, mejoramiento y desarrollo.

En este contexto, el conocimiento indígena sigue siendo una fuente inagotable de información útil y valiosa para la humanidad incluso en ámbitos en los cuales las comunidades indígenas enfrentan serios desafíos para sobrevivir como culturas y sociedades particulares. La importancia de estos conocimientos no solamente radica en una perspectiva utilitaria sino, y tal vez mucho más importante, en las posibilidades que brindan para el mantenimiento de estas culturas en el futuro.

En todo caso, desde un punto de vista utilitario y económico (la perspectiva preferida de los procesos políticos y normativos de un mundo globalizado), se calcula por ejemplo que en pruebas preliminares utilizando plantas remitidas al Instituto Nacional de Salud de los Estados Unidos de América para su *screening* en búsqueda de componentes activos anti-HIV, la selección no dirigida de plantas medicinales resultó en un 6% de actividad bioquímica, mientras que el uso de plantas utilizadas por “shamanes” o respecto de las cuales existía información etnobotánica dio como resultado un 25% de actividad. Si bien este tipo de evidencia en esta y otras pruebas no es concluyente y definitiva sobre la importancia del aporte cognoscitivo indígena en el uso de estas plantas, denota un rasgo, y es que

4. Hobhouse ha publicado la historia e importancia de cinco cultivos que transformaron el mundo: azúcar, té, algodón, papa y quinina. La historia del desarrollo humano y la dominación se explica en muchos aspectos por la manera cómo y quiénes dominaron la agricultura y aprovecharon el potencial industrial de una serie de cultivos. Ciertamente, las comunidades indígenas que se relacionaron directamente con estos cultivos y plantas tuvieron a su vez un papel importante y crucial en su conservación y difusión (véase Hobhouse, Henry: *Seeds of Change. Five Plants that Transformed Mankind*. London: Papermac, Macmillan Publishers, 1985).

la identificación etnobotánica puede ser de cuatro a cinco veces más efectiva en la detección de agentes o componentes activos en el desarrollo de fármacos⁵. Si se considera que a grandes rasgos la inversión para la investigación y el desarrollo de un nuevo fármaco oscila entre los 200 y los 300 millones de dólares, la importancia de la información etnobotánica y, por ende, del conocimiento indígena en este proceso, es evidente y resulta muy significativa.

En una referencia regularmente citada, Farnsworth y Soejarto calculan que por lo menos la cuarta parte de los medicamentos prescritos en los Estados Unidos provienen directamente de recursos biológicos o componentes derivados de ellos⁶. Es claro que aun cuando sólo una porción mínima de éstos se relacione con usos de comunidades indígenas, esta proporción puede ser relevante si se asume a su vez que la venta anual de medicamentos derivados de productos naturales en el mundo es de cuando menos 25 billones (miles de millones) de dólares⁷.

EL CONTEXTO POLÍTICO Y NORMATIVO PARA LA PROTECCIÓN DE CONOCIMIENTOS INDÍGENAS

Es posible plantear razones de tipo legal, socioeconómico, moral y ético para proponer la protección de los conocimientos de los pueblos indígenas y establecer mecanismos para que se compartan de manera justa y equitativa los beneficios derivados de esta utilización⁸.

5. Para mayores datos sobre este punto, véase Balick, M.J.: "Ethnobotany and the Identification of Therapeutic Agents from the Rainforest", en D.J. Chadwick, editor: *Bioactive Compounds from Plants*. Chichester, UK: Wiley & Sons, 1990, pp. 22-39.

6. Esta referencia tiene ya algunos años y no ha sido actualizada. Sin embargo, permite tener una idea de la *magnitud* de las cifras que son manejadas en este campo. Para detalles más puntuales, véase Farnsworth, N. y D. Soejarto: "Global Importance of Medicinal Plants", en A. Olayiwola, V. Haywood y H. Syngé, editores: *Conservation of Medicinal Plants*. Cambridge: Cambridge University Press, UK 1991.

7. En 1993, Pat Roy Mooney, director del Rural Advancement Foundation International (RAFI) de Canadá, preparó el informe "The Conservation and Development of Indigenous Knowledge in the Context of Intellectual Property Systems" (UNDP Contract-INT/92/209), en el cual se presentan innumerables ejemplos del valor estimado de recursos provenientes de países megadiversos del Sur y su aporte a productos terminados (fármacos y nuevas variedades vegetales) sometidos a alguna forma de propiedad intelectual, principalmente patentes o derechos de obtentor. Para Mooney, y según sus cálculos, son más bien los países del Norte los que le deben al Sur una billonaria contribución (US\$ 5 miles de millones anuales) por el uso no regulado y rara vez compensado de sus recursos biológicos y riquezas naturales.

8. En definitiva, es el artículo 8(j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica el que enfrenta de manera más directa esta necesidad. En resumen, este artículo señala que con arreglo a la legislación nacional, los países deben establecer mecanismos para preservar, mantener y promover los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades, y procurar que su uso se realice con pleno consentimiento de ellas.

Cuadro 1
Biopiratería desde el Norte

País región hacia...	Especie	Discusión
Andes hacia compañías privadas	Camote	El camote de los Andes peruanos se está estudiando en la industria del <i>fast food</i> en Estados Unidos como potencial para convertirse en una nueva forma de <i>snack</i> (el mercado anual de tuberosas es de alrededor de 8,5 miles de millones).
Perú hacia Estados Unidos	Tomate	Dos variedades silvestres de tomate peruano contribuyen con 5 millones de dólares al año a los procesadores de Estados Unidos (el mercado global de tomates es de 3 mil millones).
Iraq y Perú hacia Estados Unidos	Arverja	Agricultores peruanos e iraquíes están proporcionando a los Estados Unidos variedades resistentes a pestes de arverjas.
Colombia y Perú a compañías privadas	Algodón	Variedades nativas de algodón de color natural han sido obtenidas de campos peruanos y colombianos, mejoradas y sujetas a derechos de propiedad intelectual en los Estados Unidos (caso Sally Fox y potencial interés de Levi Strauss en estas variedades).
Latinoamérica a compañías privadas	Amaranto	Variedades de amaranto de campos peruanos y mexicanos han sido patentadas en los Estados Unidos.

Fuente: Cuadros de RAFI, en *The Conservation and Development of Indigenous Knowledge in the Context of Intellectual Property Systems* (UNDP Contract-INT 92 209).

En buena medida, las razones legales y de política para la protección de los conocimientos indígenas recaen más en el reconocimiento efectivo de derechos humanos fundamentales referidos a la creación intelectual que en justificaciones que se basan exclusivamente en la necesidad de adoptar medidas *defensivas* contra el uso no autorizado, la monopolización o privatización del esfuerzo intelectual de los pueblos indígenas. Sin duda, el uso no autorizado ni compensado de sus conocimientos requiere ser prevenido y normado. Sin embargo, parece más lógico proponer una visión que tienda a

promover su uso equitativo en un contexto de creciente globalización y en el que el control de los conocimientos se hace cada vez más complejo.

Este uso no autorizado, la monopolización y privatización de los conocimientos indígenas se expresan a su vez en derechos de propiedad intelectual extendidos a recursos biológicos y sus derivados, sin considerar el origen de estos recursos, los conocimientos indígenas que pudieran existir sobre ellos, los esfuerzos en su conservación y el aporte intelectual indígena en su mantenimiento, difusión y uso. Sin duda, también se expresa en el acceso no autorizado a ellos.

Hay un cierto nivel de consenso en aceptar que el sistema de derechos de obtentor y de patentes está generando una situación en la que únicamente un sistema de innovación y desarrollo tecnológico (el sistema moderno u occidental alentado por organizaciones como la Organización Mundial de Comercio-OMC) está siendo reconocido y protegido. Ello agrega un argumento adicional para proponer la protección de *otros* sistemas de innovación (por ejemplo, aquel que practican las comunidades indígenas) y analizar la viabilidad y mecanismos a través de los cuales sería posible protegerlos y, en este caso particular y por su naturaleza, mantenerlos viables a lo largo del tiempo, especialmente para beneficio directo de las propias comunidades.

La “biopiratería” se ha convertido en un concepto atractivo e interesante utilizado para describir el acceso y uso de recursos biológicos y conocimiento asociado (especialmente de conocimientos indígenas) sin el consentimiento o aprobación de los poseedores de estos recursos y conocimientos ni una adecuada compensación por su utilización. Se usa mucho en el contexto antes referido de monopolización y privatización de conocimientos indígenas. También se utiliza regularmente para referirse a invenciones (productos o procesos particularmente en el campo biotecnológico) desarrollados mediante la aplicación directa o indirecta de estos recursos y conocimientos y que, por lo general, están sujetos a alguna forma de propiedad intelectual, especialmente patentes o derechos de obtentor⁹.

El concepto de biopiratería es un concepto de naturaleza política más que de tipo legal o técnico. Legalmente, salvo que exista certeza absoluta sobre el *status* legal (condición jurídica) de los recursos biológicos y sus componentes, es decir, quién tiene derechos sobre ellos o si existe un mecanismo legal vigente que regule el acceso y uso de estos conocimientos asociados a los recursos, su utilización no es necesariamente y en toda circunstancia ilegal o ilegítima. Sin duda sería cuestionable desde una perspectiva ética o moral, pero no necesariamente estaríamos ante supuestos de ilegalidad.

9. La organización RAFI publica regularmente un boletín (el *RAFI Communiqué*), en el cual desde hace varios años documenta casos de biopiratería y su manifestación práctica en inventos biotecnológicos patentados en el Norte. Fueron ellos quienes denunciaron patentes sobre el neem, la quinoa, el ayahuasca, entre otros muchos recursos de países del Sur. Para mayor información sobre este tema y estas patentes, véase el sitio web: www.rafi.org.

En cualquier caso, esta situación contrasta dramáticamente con la situación del conocimiento “moderno” o científico. Mientras que el esfuerzo intelectual occidental y moderno (la base de conocimientos) que se manifiesta en una invención, por ejemplo en un producto biotecnológico o una variedad de planta, puede ser protegido por el sistema de propiedad intelectual a través de patentes, derechos de obtentor, secretos industriales, marcas, etcétera, un sector importante del *output* intelectual y el esfuerzo generado por grupos indígenas, si bien es reconocido como importante, no se encuentra legalmente protegido ni amparado. Y esto pese a que, como se señaló en la parte inicial de este artículo, puede cumplir un papel muy importante en los procesos de investigación y desarrollo, por ejemplo en el campo farmacéutico.

Hay varias razones que explican la situación anteriormente descrita. Por un lado, el sistema de propiedad intelectual se considera intrínsecamente y en sus fundamentos como inadecuado para conferir protección apropiada a los conocimientos, innovaciones y prácticas indígenas. Desde las formalidades que el sistema exige, los costos de él, así como la dificultad de identificar a un único innovador (en el contexto indígena) y su naturaleza monopolista privatista, son algunos de los factores que hacen que este sistema sea poco propicio para proteger los conocimientos indígenas y cautelar sus intereses.

En este contexto, la biopiratería y el potencial impacto negativo de los derechos de propiedad intelectual¹⁰ (sobre los países en desarrollo y las propias comunidades) se convierten en fundamentos para sostener que es necesario *identificar, registrar y proteger* los conocimientos indígenas mediante mecanismos *ad hoc*. Por otra parte, la concienciación pública en torno al concepto de “biopiratería” también busca generar cambios de política y normativos en los ámbitos internacional y nacional y establecer algún nivel de equidad a una situación muy desfavorable para los pueblos indígenas.

Hay también la tendencia a sostener que en la medida en que los intereses indígenas son negativamente afectados por el sistema de propiedad intelectual o no son cautelados por él, dicho sistema está errado en sus bases fundamentales. Esto es, sin embargo, una simplificación respecto a la naturaleza misma y el rol del sistema. Si bien es cierto que la aplicación del sistema de propiedad intelectual en ciertas áreas (por ejemplo en la biotecnología) beneficia fundamentalmente los intereses de los países desarrollados (y al proceso creativo moderno u occidental), el problema no

10. Los impactos del sistema de propiedad intelectual pueden resumirse en: ampliación de la brecha tecnológica, concentración de poder en las multinacionales, generación de productos orientados a mercados de países desarrollados, afectación de la diversidad biológica (homogeneización de cultivos, desplazamiento de variedades locales), entre otros. Para un análisis de estos impactos en el marco del Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (TRIP), véase Sing Nijjar, Gurdial: *TRIPs and Biodiversity: the Threats and Responses: A Third World View*. Penang, Malasia: Third World Network, 1996.

necesariamente se encuentra en las bases del sistema sino más bien en la forma como se ha ido implementando en estas áreas y las ventajas tecnológicas que desde hace mucho tiempo tienen los países desarrollados sobre los menos desarrollados.

UN BREVE RECUENTO DEL PROCESO PERUANO PARA EL DESARROLLO DE UNA PROPUESTA NORMATIVA PARA LA PROTECCIÓN DE CONOCIMIENTOS INDÍGENAS

Las discusiones generadas en torno al Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), adoptado en la Cumbre de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD) en 1992, fueron muy importantes para propiciar en distintos lugares del mundo el tratamiento del tema sobre la protección de los conocimientos indígenas¹¹. Sin duda, fue un elemento catalizador de los procesos políticos y normativos que se generaron a partir de 1992.

En el caso peruano, un hito determinante fue también el proceso para la adopción de un régimen andino para la protección de nuevas variedades vegetales. En efecto, durante las discusiones que llevaron a la adopción de la Decisión 345 de la Comunidad Andina (en ese entonces el Pacto Andino o Acuerdo de Cartagena) sobre un Régimen Común de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales¹², el tema de los conocimientos indígenas salió a la luz durante el debate del artículo 4 de esta norma andina y Ley para el Perú.

Este artículo señala que la noción de crear una nueva variedad vegetal debe entenderse limitada a la "... creación de una nueva variedad mediante la aplicación de conocimientos científicos al mejoramiento heredable de plantas". Esta propuesta llamó la atención de varios delegados que cuestionaron que en países como los andinos, donde la capacidad innovadora y creadora de sus poblaciones indígenas en el campo de la agricultura y la domesticación de plantas está fuera de toda discusión, se pretendiera limitar la protección a cierta forma de conocimiento asociada más bien a patrones occidentales y modernos y excluir otras formas cognoscitivas. Aunque el artículo en mención se mantuvo, quedó claramente establecido

11. Es importante indicar que de alguna manera estos debates ya se habían planteado a inicios de los años ochenta en el seno de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO). Para un análisis comprehensivo del tema y sus orígenes, véase Pistorious, Robin: *Scientists, Plants and Politics: The History of the Plant Genetic Resources Movement*. Roma: IPGRI, 1997.

12. Este mecanismo de protección (que a su vez se deriva del Convenio Internacional para la Protección de Variedades Vegetales —UPOV— del cual formaban parte en su momento básicamente países industrializados de Europa) confiere al creador de una nueva variedad vegetal que cumpla con los requisitos de novedad, distinguibilidad, homegeneidad y estabilidad, el derecho de impedir que terceros no autorizados utilicen o comercialicen esa variedad o su material de reproducción. Un "Certificado de Obtentor" constituye una suerte de patente especialmente diseñada para proteger nuevas variedades vegetales.

que más allá de la forma o tipo de conocimiento aplicado o utilizado para obtener una nueva variedad, si la variedad cumple con los requisitos de protección (ver nota 12), ésta podrá ser protegida.

Posteriormente, durante el proceso de reglamentación nacional de la Decisión 345 también se debatió en un grupo técnico liderado por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (Indecopi) qué papel podría cumplir este conocimiento en el contexto de un sistema de protección de nuevas variedades vegetales.

Así, se incorporó en el artículo 15 (e) y (f) del Decreto Supremo 008-96-ITINCI, del 3 de mayo de 1996, Reglamento de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales, la idea de que previamente a la concesión de un Certificado de Obtentor, el solicitante correspondiente debiera indicar no solamente el contenido genético de la variedad a protegerse, sino toda información sobre cualquier conocimiento relativo a la variedad¹³.

Pero fue realmente durante el desarrollo de la Decisión 391 de la CAN acerca de un Régimen Común sobre Acceso a Recursos Genéticos que en el ámbito no gubernamental y gubernamental se consolidó definitivamente el tratamiento del tema de la protección de los conocimientos colectivos de las comunidades indígenas¹⁴ tanto en el nivel regional como en el nacional¹⁵.

13. La lógica detrás de esta idea era bastante simple. Por lo general, serán tecnologías de punta o biotecnologías en poder de corporaciones transnacionales o sus subsidiarias las que, aprovechando variedades que probablemente ya sean usadas o conocidas por muchas comunidades indígenas en el Perú, generarán alguna modificación en ellas que las hará susceptibles de ser protegidas. Aunque legítimo, también es necesario velar por los intereses del país en el cual se originan las variedades (o material genético en ellas contenidas) y de las comunidades que durante siglos pudieran haber conservado, domesticado y, ciertamente, desarrollado esas variedades. Para conocer en mayor detalle esta propuesta conceptual, véase Tobin, Brendan: "Certificates of Origin: a Role for IPR's in Securing Prior Informed Consent", en J. Mugabe; C.V. Barber; G. Henne; L. Glowka y A. La Viña, editores: *Access to Genetic Resources: Strategies for Benefit Sharing*. Nairobi, Kenya: IUCN/WRI/ACTS Press, 1997.

14. Este proceso normativo subregional se inició a finales de 1993, justamente a raíz de un mandato explícito contenido en la Disposición Transitoria Tercera de la Decisión 345, en la cual se estableció que los países miembros debían aprobar antes de diciembre de 1994 un régimen comunitario andino que regulara el acceso a los recursos genéticos, que a su vez era uno de los puntos centrales y críticos del CDB. Este esfuerzo subregional concluyó formalmente el 2 de julio de 1996 cuando, en Caracas, Venezuela, y luego de un largo proceso que incluyó una etapa inicial no gubernamental y una subsiguiente etapa de negociación gubernamental (seis reuniones de expertos), se aprobó la Decisión 391 que regularía el tema de acceso a los recursos genéticos. Para conocer detalles de este proceso, véase Jorge Caillaux; Manuel Ruiz y Brendan Tobin: *El Régimen Andino de Acceso a los Recursos Genéticos: Lecciones y experiencias*. Lima: SPDA/WRI, 1999.

15. Un proyecto que jugó un papel importante en el nivel nacional en materia de bio-prospección y conocimientos indígenas y cuyos elementos sirvieron como base conceptual para las actividades de los grupos de trabajo liderados por Indecopi (especialmente el responsable de diseñar una propuesta normativa) fue el International Cooperative Biodiversity Group Program-Perú que, en esencia, constituye un proyecto de recolec-

El artículo 7 de la Decisión 391 establece que, de conformidad con sus mandatos y la legislación nacional, se "... reconocen y valoran los derechos y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afro-americanas y locales, sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados". Es decir, se reconoce explícitamente que las comunidades tienen derechos sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas asociados a los recursos genéticos y sus derivados (por ejemplo, un extracto bioquímico).

Pero no solamente se les reconoce a las comunidades estos derechos y la facultad de decidir respecto a los usos que le pueden dar terceros a estos conocimientos. Según el artículo 35, cuando una persona o institución pretenda acceder a recursos genéticos o sus derivados a los cuales se asocie un "componente intangible" (concepto que utiliza la Decisión para hacer referencia a los conocimientos en general), se deberá celebrar un acuerdo con el proveedor de este conocimiento por el cual se establezca una distribución justa y equitativa de beneficios provenientes de la utilización de dicho componente. Este acuerdo constituirá un anexo al contrato de acceso a recursos genéticos que se celebra con el Estado. Y es este anexo la base sobre la cual reposa la propuesta del régimen de protección que se analizará más adelante.

A raíz de estas discusiones y adicionalmente a los avances que se generaban en foros internacionales en la materia, en 1996 Indecopi y el Ministerio de Agricultura decidieron conformar un grupo de trabajo multidisciplinario para evaluar la posibilidad de desarrollar una norma de protección de conocimientos indígenas¹⁶.

ción de plantas medicinales en tierras de comunidades aguarunas para fines de investigación y desarrollo en el sector farmacéutico. Y es que fue en este proyecto, en el cual participan la Universidad Cayetano Heredia, el Museo de Historia Natural, la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú (en representación de los aguarunas), Washington University y Monsanto a través de su subsidiaria farmacéutica Searle, que por primera vez se celebró un "contrato de licencia de uso de conocimientos" o licencia de *know-how* (donde los aguarunas proveen el *know-how*) entre los aguarunas y Searle para garantizar un uso legal de los conocimientos de estas comunidades respecto a las plantas medicinales recolectadas. La Sociedad Peruana de Derecho Ambiental asesoró en esta negociación a CONAP. Para conocer en detalle este proyecto, véase Lewis, W.; G. Lamas; A. Vaisberg; D. Corley y C. Sarasara: "Peruvian Medicinal Plant Sources of New Pharmaceuticals" (ICBG Peru), en *Pharmaceutical Biology, Drug Discovery, Economic Development and Conservation: the International Cooperative Biodiversity Groups*, vol. 37, 1999. Swetz & Zeitlinger, EUA, 1999.

16. En realidad se conformaron cinco grupos de trabajo multidisciplinario: uno para tratar el tema de una reglamentación a la Decisión 391, uno para evaluar cómo comparten beneficios internamente las comunidades por el uso de conocimientos, uno para preparar materiales didácticos e informativos en estos temas, uno para conocer los sistemas de registros existentes para cultivos nativos y sus parientes silvestres, y uno para desarrollar una propuesta de norma para proteger conocimientos colectivos.

El propio Decreto Legislativo 823, Ley de Propiedad Industrial del 23 de abril de 1996, determinó en su artículo 63 que por decreto supremo podría "... establecerse un régimen especial de protección y, de ser el caso, un registro, de los conocimientos de las comunidades campesinas y nativas". Es decir, había una base legal muy sólida y argumentos técnicos contundentes para enfrentar el reto de diseñar un sistema para proteger los conocimientos de las comunidades indígenas.

Como resultado del trabajo del grupo, el 31 de agosto del 2000 se publicó en el diario oficial *El Peruano* la "Propuesta de Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas", para que la ciudadanía en general conozca su contenido y alcances y pueda someterla a un debate amplio y participativo.

Actualmente la propuesta de régimen está pendiente de consulta por última vez en las comunidades para luego ser aprobada por el Ejecutivo o el Legislativo.

ELEMENTOS CENTRALES DEL RÉGIMEN PROPUESTO PARA LA PROTECCIÓN DE CONOCIMIENTOS INDÍGENAS

En términos muy generales, los elementos centrales del régimen de protección propuesto incluyen: a) el establecimiento de un registro para mantener los conocimientos indígenas (a nivel local y nacional); b) el uso de mecanismos contractuales (contratos o licencias de uso de conocimientos) a través de los cuales se podría utilizar los conocimientos indígenas asociados a la diversidad biológica y que permitirían cierto control por los grupos indígenas; y, c) una autoridad central (Indecopi) que administraría el régimen.

Estos elementos reflejan, a su vez, el resultado de largas sesiones de reflexión y discusión en torno a proyectos como el ICBG-Perú que, como ya se indicó (ver nota a pie 11), fue el modelo base utilizado y del cual se extrapolaron los elementos principales de la propuesta normativa.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL RÉGIMEN PROPUESTO

La Propuesta de Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas parte por establecer, en su artículo 1, que el Estado peruano "... reconoce el derecho y la facultad para decidir de los pueblos indígenas, sobre sus conocimientos colectivos". Esto se basa a su vez en el derecho que tiene toda persona a la creatividad intelectual y a la propiedad sobre ella, tal como se define en el artículo 2(8) de la Constitución de 1993.

También se basa en lo que establece la propia Decisión 391 en su artículo 7, en el sentido de que se reconocen los derechos de las comunidades sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas y la facultad de decidir respecto de ellos, así como la propia Ley N° 26839, Ley sobre la

Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica, del 17 de junio de 1997, que determina, en su artículo 24, que los conocimientos, innovaciones y prácticas de estas comunidades constituyen parte de su patrimonio cultural y, por ende, deben tener mecanismos para regular su uso y difusión.

OBJETIVOS DEL RÉGIMEN

En este contexto, los objetivos del régimen de protección (artículo 6) son: 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; y, c) promover el uso de estos conocimientos en beneficio de la humanidad y de los pueblos indígenas.

Se combinan como objetivos el respeto, la protección, la promoción y el uso de estos conocimientos, y la necesidad de procurar que se distribuyan (entre las comunidades y usuarios) de manera justa y equitativa los beneficios que se derivan del aprovechamiento de ellos. El caso de un producto farmacéutico derivado de plantas medicinales utilizadas por comunidades indígenas y que genera importantes beneficios económicos constituye el caso tipo (ciertamente no el único) que puede considerarse para proponer la idea de compartir beneficios con estos grupos.

NATURALEZA COLECTIVA DE LOS CONOCIMIENTOS

Según el artículo 9 de la Propuesta de Régimen de Protección, los conocimientos que se buscan proteger y cautelar son de naturaleza *colectiva*. Esto implica que pertenecen a una comunidad o a un pueblo indígena y *no* a individuos particulares que forman parte de las comunidades o pueblos correspondientes. Es más, y de hecho resulta lo más frecuente: estos conocimientos pueden pertenecer a varias comunidades o pueblos indígenas extendidos a lo largo del territorio nacional e incluso a comunidades de países vecinos.

Esto no afecta aquellos derechos (basados en costumbres o prácticas o derechos consuetudinarios) que puedan generarse en las comunidades o los pueblos indígenas a favor de individuos que sean en la práctica los que realmente generan y producen estos conocimientos.

Lo que el régimen busca rescatar y promover es el reconocimiento de una forma colectiva de generar conocimientos más allá de que sean individuos particulares quienes los puedan generar al interior de las comunidades o pueblos. En estos últimos casos, y para efectos de la distribución de beneficios, podrán apelar a sus sistemas tradicionales en los cuales, por ejemplo, el reconocimiento social cumple un papel muy importante.

CONOCIMIENTOS COLECTIVOS EN EL DOMINIO PÚBLICO Y CONTRATOS DE LICENCIA

Una de las grandes dificultades para diseñar un régimen de protección es que hay mucha información y conocimientos indígenas que se encuentran recogidos en bases de datos, publicaciones, trabajos de investigación, tesis de grado, entre otros, y por ello están en el dominio público y al libre alcance de todo interesado en utilizarlos.

Esta situación dificulta las posibilidades de las comunidades de controlar de manera efectiva el uso que se hace de esta información, pues tienen pocas posibilidades de prácticas de: a) conocer cuándo se han utilizado sus conocimientos; y, b) de ser el caso, iniciar acciones para impedir que sean utilizados.

El artículo 12 del régimen establece que en el caso de conocimientos colectivos que se encuentran en el dominio público (libremente disponibles), las comunidades o los pueblos indígenas que poseen estos conocimientos —o que los tuvieron antes que pasaran a formar parte del dominio público— podrán, de común acuerdo con los solicitantes, negociar una compensación por su uso y aplicación, por ejemplo, en procesos de investigación y desarrollo farmacéutico. Se pondrá especial énfasis en aquellas circunstancias en las que el conocimiento en cuestión haya entrado en el dominio público *sin* el consentimiento de las comunidades o pueblos indígenas poseedores de tal conocimiento. Este podría ser el caso de investigaciones etnobotánicas cuyos fines rara vez son conocidos (en su integridad) por los propios interesados, es decir, las comunidades.

Tal como está planteado en la propuesta de norma, la posibilidad de obtener beneficios de conocimientos que ya se encuentran en el dominio público dependerá en gran medida de la disposición del potencial interesado en negociar respecto de información que en rigor podría obtener de manera libre y eventualmente gratuita de muchas fuentes. Obviamente, en el caso de conocimientos que se encuentran en el ámbito exclusivo de las comunidades y que éstas mantienen en reserva (es decir, *no* están en el dominio público), las posibilidades de negociación son mucho mayores.

En cualquiera de estos dos supuestos, de conformidad con el artículo 23 de la propuesta, la comunidad, comunidades, pueblo o pueblos indígenas que poseen un conocimiento colectivo podrán otorgar a terceras personas licencias de uso de dicho conocimiento colectivo sólo mediante contrato escrito. En este sentido, es la vía contractual la que se utilizará para establecer obligaciones de uso del conocimiento colectivo. Estos contratos son, en rigor, licencias de *know-how* que implican una transferencia de conocimientos Sur-Norte en contraste con el paradigma tradicional Norte-Sur en el campo de la tecnología.

Un interrogante que surge es cómo establecer un mínimo de equidad cuando por lo general serán varias comunidades, incluso etnias enteras, las que poseen y han desarrollado similares conocimientos o usan estos cono-

cimientos para fines similares. En suma, quiénes participarán de los procesos de negociación.

El régimen prevé que para la celebración de estos contratos no es necesario el consentimiento de *todas* las comunidades o pueblos indígenas que posean el mismo conocimiento, pero en todos los casos las comunidades que están por iniciar una negociación para el uso de sus conocimientos "... deberán informar que están entrando a un proceso de negociación al mayor número posible de comunidades o pueblos indígenas poseedores del conocimiento y tomar en cuenta sus intereses e inquietudes..." (artículo 7)¹⁷. Esto, sin embargo, no soluciona el problema de conocimientos que puedan compartirse entre comunidades o pueblos de varios países, aunque un mínimo de consideración práctica indicaría que en algún punto deberá establecerse un corte y una exclusión de ciertos grupos frente a otros.

La tercera parte del artículo 7 establece que, en todo caso, se destinará un porcentaje no menor del 0,5% del valor de las ventas brutas antes de impuestos resultantes de la comercialización de los productos desarrollados a partir de dicho conocimiento colectivo al Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. De esta forma, al margen de si el conocimiento está o no en el dominio público, un porcentaje fijo de las ventas brutas de productos desarrollados a partir de estos conocimientos se canalizará hacia un fondo fiduciario que se orientará al financiamiento de proyectos en materia de conservación y desarrollo sostenible en el ámbito comunal¹⁸. Evidentemente, podrán establecerse porcentajes mayores durante el proceso de negociación.

17. Según el artículo 44 de la propuesta, cualquier discrepancia que pudiera generarse entre los pueblos indígenas en el marco de aplicación del régimen, incluso aquellas referidas a promover la mayor participación posible de comunidades que comparten conocimientos en los procesos de negociación, podrán solucionarse mediante la aplicación de sus leyes consuetudinarias y sus formas tradicionales de resolución de conflictos. Por ejemplo, para que las comunidades aguarunas decidieran que se procediera con el proyecto ICBG en el Perú (y en sus territorios), se recurrió a un IPAAMAMU celebrado en Santa María de Nieva en el año 1994 y que no es otra cosa que un sistema tradicional para la adopción de decisiones importantes al interior del pueblo aguaruna (véase nota 11).

18. Según el artículo 34 de la propuesta, el Fondo se crea "... con el objeto de contribuir al desarrollo integral de los pueblos indígenas a través del financiamiento de proyectos y otras actividades. Este Fondo gozará de autonomía económica, administrativa y financiera". Tendrán acceso al fondo todas las comunidades indígenas o pueblos, por el hecho de serlos y más allá de que posean conocimientos registrados o de que sean objeto de una negociación. Este mecanismo busca establecer un mínimo de equidad y justicia para comunidades que, compartiendo conocimientos, no han sido incluidas en el proceso de negociación o no han podido registrar sus conocimientos. Dado que resulta aún incierto el nivel de ingresos o recursos que generaría el régimen, el artículo 37 establece que el Fondo podrá obtener recursos del prepresupuesto público, de cooperación internacional, de donaciones, de los porcentajes considerados por la propuesta, entre otros.

EL REGISTRO DE CONOCIMIENTOS COLECTIVOS¹⁹

Según el artículo 15 de la propuesta, el Registro de Conocimientos Colectivos de Pueblos Indígenas tiene por objeto preservar los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas y proveer a la autoridad nacional competente de información que le permita defender los intereses de aquellas comunidades o pueblos indígenas que hayan registrado sus conocimientos frente a terceros²⁰. Este registro incorporará información sobre: el recurso biológico respecto del cual versa el conocimiento, indicación del uso o usos que se dan a este recurso, el conocimiento que se pretende proteger, entre otros.

Este registro no podrá ser consultado por terceros, salvo en el caso de quienes cuenten con el consentimiento escrito de la comunidad o pueblo indígena titular de dicho registro (artículo 19). Sin embargo, se podrá solicitar información a Indecopi acerca de las comunidades o pueblos indígenas a contactar en función de las necesidades de información del interesado. No queda muy claro cuál es el incentivo de utilizar primero el registro antes de contactar a las comunidades de manera directa. Es decir, qué valor agregado ofrece el registro frente a la posibilidad de establecer un contacto directo con las comunidades.

Finalmente, los pueblos indígenas podrán organizar registros *locales* de conocimientos colectivos, independientes del Registro de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas que administra Indecopi.

19. La idea de un registro de conocimientos se basa en aspectos y elementos recogidos de la experiencia hindú. En este sentido, se recomienda revisar: Achar, K.P.: *People's Biodiversity Registers. Documentation of People's Knowledge and Perceptions About Biodiversity and Conservation at Mala Village Panchayat and Karkala Taluk, Karnataka State*, 1997. BCPP y WWF India. Nueva Delhi.

20. Por ejemplo, una manera de objetar solicitudes de patente en trámite, cuestionar patentes concedidas o influir en general en el otorgamiento de patentes relacionadas con productos o procesos obtenidos o desarrollados a partir de un conocimiento colectivo (evitar la "biopiratería"), es que las comunidades o pueblos indígenas que hayan registrado sus conocimientos colectivos podrían solicitar a Indecopi que remita información mantenida en el registro a otras autoridades en materia de propiedad intelectual para que sea tomada en cuenta durante la determinación del estado de la técnica. Esta idea se encuentra recogida en el artículo 20 de la propuesta.

Otro mecanismo defensivo para prevenir la "biopiratería" está contemplado en la Disposición Complementaria Segunda de la propuesta que establece que "... en el caso se solicite una patente de invención relacionada con productos o procesos obtenidos o desarrollados a partir de un conocimiento colectivo, el solicitante estará obligado a presentar una copia del contrato de licencia, como requisito previo para la concesión del respectivo derecho, a menos que se trate de un conocimiento colectivo que se encuentra en el dominio público. El incumplimiento de esta obligación será causal de denegación o, en su caso, de nulidad de la patente en cuestión".

Estos mecanismos ya se encuentran recogidos por ejemplo en la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones, Régimen Común de Propiedad Industrial, de finales del 2000, en el cual por primera vez una norma subregional sobre propiedad intelectual aborda este tema. Para una lectura completa de la Decisión 486, véase www.comunidadandina.org.

DERECHOS CONFERIDOS A LOS PUEBLOS INDÍGENAS QUE POSEEN CONOCIMIENTOS COLECTIVOS

El artículo 40 de la Propuesta de Régimen de Protección establece que "... el pueblo indígena que posea un conocimiento colectivo estará protegido contra la revelación, adquisición o uso de tal conocimiento colectivo sin su consentimiento y de manera desleal en la medida en que este conocimiento colectivo no se encuentre en el dominio público".

Este régimen, en realidad, aplica la noción de secreto industrial o empresarial del régimen de propiedad industrial tradicional al caso puntual de las comunidades indígenas²¹, y en el contexto de información y conocimientos que aún sean mantenidos en secreto o reserva por las comunidades (es decir, que no se encuentren en el dominio público).

Por otro lado, este mismo artículo establece que las comunidades estarán protegidas contra la divulgación sin autorización en caso de que un tercero haya tenido acceso legítimamente al conocimiento colectivo pero exista un deber de reserva previamente acordado.

Los pueblos indígenas podrán interponer una acción por infracción contra quien infrinja los derechos que se precisan en los párrafos anteriores. Igualmente, procederá la acción por infracción cuando exista peligro inminente de que estos derechos puedan ser infringidos.

MARCO INSTITUCIONAL

La Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías de Indecopi es competente para conocer y resolver en primera instancia todo lo relativo a la protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas, incluyendo los procesos contenciosos en la vía administrativa sobre la materia (artículo 61). Por otro lado, la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del propio Indecopi será responsable de conocer y resolver los recursos de apelación en segunda y última instancia administrativa.

La propuesta ha establecido un Comité de Asesoramiento Multidisciplinario cuyos miembros serán designados por el Directorio de Indecopi, en coordinación con la Secretaría Técnica de Asuntos Indígenas del Promudeh.

La idea es que este Comité apoye a los responsables de la administración del Fondo y, adicionalmente, a las propias comunidades en la elaboración y ejecución de los proyectos que sean seleccionados. Asimismo, este Comité apoyará a la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías de

21. Los secretos empresariales se encuentran regulados en los artículos 260 y siguientes de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones sobre un Régimen Común de Propiedad Industrial de setiembre del año 2000.

Indecopi en el desempeño de sus funciones (orientadas a la implementación del régimen de protección) y brindará asesoría a los representantes de los pueblos indígenas que así lo soliciten en asuntos vinculados con este régimen.

COMENTARIO FINAL

La Propuesta de Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas es el primer esfuerzo normativo mundial casi concluido para tratar de establecer un mecanismo *ad hoc* de protección de los conocimientos de las comunidades indígenas del Perú.

Ciertamente, el régimen se limita al aspecto intangible (conocimientos y eventualmente prácticas traducidas en procedimientos) y no estaría aplicándose a aspectos tangibles como podrían ser las innovaciones (productos). Sin embargo, sólo el ámbito que pretende cubrir puede tener impactos muy interesantes en la manera como las propias comunidades conciben nuevas relaciones de intercambio respecto de su esfuerzo intelectual y aportes cognoscitivos.

Aún es prematuro evaluar cuál será el impacto real de esta norma, aunque desde ya pueden imaginarse supuestos en los que la propuesta se convertiría en un instrumento muy útil para garantizar a las comunidades un nivel de control mínimo respecto de sus conocimientos.

Un elemento que tendrá que evaluarse son los costos de transacción del sistema propuesto. Es decir, los beneficios reales que genera el régimen frente a los costos que, por ejemplo, pudiera significar su administración.

Finalmente, aún son plenamente válidas las preguntas: ¿se generará un mercado de conocimientos indígenas?; ¿ofrece la propuesta los incentivos necesarios para que las comunidades acepten el sistema, lo internalicen y, en última instancia, decidan registrar sus conocimientos? Éstos y varios otros interrogantes se irán despejando conforme el sistema sea implementado en los próximos años.