

CONOCIMIENTO MAPUCHE Y DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Salvador Millaleo Hernández

Abogado de la Universidad de Chile y doctor en sociología de la Universidad de Bielefeld. Se ha especializado en sociología de la tecnología, sociología del derecho, políticas de la identidad y ciberpolítica. Ha sido *research fellow* en la Universidad de Bielefeld. Profesor del Centro de Estudios de Derecho Informático de la Universidad de Chile, de la Universidad Diego Portales y Universidad Alberto Hurtado.

INTRODUCCIÓN

El capitalismo requiere de la comodificación de los bienes y servicios; es decir, convertirlos en propiedades transables e intercambiables dentro del desarrollo de la división del trabajo. La construcción de lo alienable así como las relaciones contractuales para su transferencia son condiciones normativas de la expansión del capitalismo. El conocimiento representa un claro desafío ya que, a pesar de estar codificado, en general no se encuentra ni posee una rivalidad que le otorgue valor a partir de su escasez. Dicha condición, y tal escasez, es construida a partir de la generalización de los derechos de propiedad intelectual que, mediante monopolios temporales, aseguran la alienabilidad y la exclusividad en el uso del conocimiento¹.

El llamado capitalismo tecnológico², o cognitivo³, asume la ciencia y la tecnología como los elementos más importantes de la producción económica en función de lo cual requiere someterlos a un estricto control, en el sentido de conseguir su apropiación y transferencia. Los derechos de propiedad intelectual permiten que las ideas específicas sean cerradas como exclusivas y apropiadas mientras que los contratos de servicios y empleo aseguran el control de esas propiedades a los capitalistas de las industrias de la cultura y la ciencia gracias a las transferencias de derechos que hacen los autores⁴.

1 CHRISTOPHER MAY, A GLOBAL POLITICAL ECONOMY OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS. THE NEW ENCLOSURES?, (2000).

2 RICHARD NELSON & S.G. WINTER, AN EVOLUTIONARY THEORY OF ECONOMIC CHANGE, (1982).

3 OLIVER BLONDEAU, NICK DYER, WHITHEFORD, CARLO VERCELLONE, ARIEL KYROU, ANTONELLA CORSANI, ENZO RULLANI ET AL, CAPITALISMO COGNITIVO, PROPIEDAD INTELECTUAL Y CREACIÓN COLECTIVA, (2004).

4 Christopher May, *Commodifying the 'Information Age': Intellectual Property Rights, the State and the Internet*, 1 SCRIPT 3, pág. 415, (2004).

A partir de los años setenta, la transformación productiva ha marcado la historia del derecho de propiedad intelectual generando una expansión de su alcance –desde el derecho del autor y las patentes, hasta los nombres de dominio, diseños de semiconductores o las denominaciones geográficas, entre otros–, de las materias cubiertas –software, genética, semillas por ejemplo–, la extensión y convergencia de su protección –de la legislación nacional a un régimen global gracias al TRIPS⁵–, el plazo de protección –de 50 a 70 años en el caso del derecho de autor– y los recursos legales que los protegen.

Por su parte, los conocimientos tradicionales han sido marginados y desacreditados por una sociedad moderna que entrega las formas de reproducción simbólicas a la ciencia, el arte y otras esferas especializadas, manejadas por expertos y desacopladas de las formas de vida comunitaria. Frente a los conocimientos generales y abstractos acumulados por este tipo de procedimientos, los conocimientos tradicionales y las expresiones del folklore quedan reducidos a meros remanentes ligados a las comunidades específicas que las portan, con valor expresivo e histórico, pero sin validez en la esfera de lo considerado como universal.

Sin embargo, con la expansión de la globalización económica y aun cuando se les mantiene en una jerarquía inferior, en los últimos años ha renacido el interés por dichos conocimientos tradicionales, en tanto constituyen una reserva, o recurso productivo, para los científicos y para las industrias. Por una parte, los avances de la biotecnología, especialmente de la ingeniería genética y la bio-medicina, han incrementado las posibilidades de uso de los recursos genéticos, incluyendo aquellos relacionados con los conocimientos tradicionales. Esto también se aplica a la farmacología, la experimentación con semillas y cosméticos. Por otra parte, la demanda de los consumidores por más medicinas y alimentos “naturales” u “orgánicos” también ha incrementado el interés⁶, así como por la necesidad de innovar a partir de otras formas de vida y diferentes culturas que llaman la atención por su exotismo incluyendo los recursos intangibles de las comunidades.

1. LOS CONCEPTOS EN JUEGO: PATRIMONIO CULTURAL, CONOCIMIENTO TRADICIONAL, EXPRESIONES DEL FOLKLORE Y RECURSOS GENÉTICOS COLECTIVOS

La expansión de la propiedad intelectual ha hecho surgir la preocupación internacional por preservar y estimular la creación cultural de los pueblos indígenas, los cuales han recorrido un largo camino en estas últimas décadas buscando el reconocimiento de sus derechos multiculturales y de

5 TRIPS: Trade-related aspects of intellectual property rights. Acrónimo relativo al comercio de derechos de propiedad intelectual.

6 Martin Girberger, *Traditional Knowledge and Intellectual Property Rights The Current State of Play at the International Level*, JUSLETTER 26, pág. 3 (2004).

su estatus político como pueblos. El artículo 5 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁷ reconoce la facultad de éstos a conservar y reforzar sus instituciones culturales, mientras que el artículo 11.1 indica que tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales, lo cual incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales, interpretativas y literaturas. Finalmente, el artículo 31.1 se refiere directamente al derecho de los pueblos indígenas a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos y expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas, lo cual involucra también el derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual sobre dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.

La primera noción en juego es la herencia o patrimonio cultural consistente en todo lo que pertenece a una identidad distintiva de un pueblo y que puede ser compartida, si quieren, con otros. Esto incluye todas aquellas cosas que son conocidas como producción cultural del pensamiento y capacidad artesanal, también las herencias del pasado y la naturaleza, tales como restos humanos, características naturales del paisaje y especies con las cuales un pueblo ha estado largamente conectado⁸.

El patrimonio cultural corresponde, en teoría, a un derecho colectivo, aunque los individuos pueden jugar un rol como curadores o transmisores de conocimientos. El patrimonio puede ser compartido con otros, previo consentimiento de todo el grupo, y otorgado mediante un proceso concreto de adopción de decisiones. Las autorizaciones pueden ser revocadas, pues el uso del patrimonio siempre es condicional y provisorio. A diferencia de la propiedad, el patrimonio cultural nunca puede enajenarse. Daes descarta una aproximación en términos de propiedad respecto al patrimonio cultural ya que los pueblos indígenas no conciben derechos exclusivos que proporcionen beneficios económicos (*income rights*), sino responsabilidades colectivas

7 Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, U.N. Doc. G.A. Res. 61/295, U.N. Doc. A/RES/47/1 (2007).

8 Discrimination against indigenous peoples, Study on the protection of the cultural and intellectual property of indigenous peoples, by Erica-Irene Daes, Special Rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities and Chairperson of the Working Group on Indigenous Populations, Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Forty-fifth session, párrafo 24, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/28, (28 July 1993).

que determinan relaciones no excluyentes⁹. Los pueblos tendrían sobre su patrimonio cultural un derecho constante y colectivo de gestión, mediante el cual siempre pueden determinar cómo se van a utilizar los conocimientos, aunque estos puedan ser compartidos con otros pueblos¹⁰.

El conocimiento tradicional, por su parte, consiste en un saber validado y sedimentado por tradiciones grupales o comunidades, de manera que se desarrollan y transfieren por los mecanismos de transmisión cultural disponibles¹¹. Dado que el conocimiento tradicional es fundamentalmente un conocimiento basado y orientado culturalmente, está vinculado indisolublemente a la identidad cultural del grupo o comunidad que lo preserva¹². El conocimiento tradicional contiene saberes acreditados, así como también las innovaciones y creaciones que se originan en la vida de comunidades de conocimiento, sean éstas locales, étnicas o de cualquier otro tipo. Al respecto, las características que ha reconocido la Organización Mundial de la Propiedad Internacional (OMPI) sobre este tipo de conocimiento pueden resumirse de la siguiente manera:

- a) Consisten en innovaciones, creaciones y prácticas originadas y empleadas por comunidades, sobre todo locales e indígenas.
- b) Son transmitidos de generación en generación mediante transmisión cultural a menudo oral.
- c) Son portados de manera común por la comunidad.
- d) Constantemente son mejorados y adaptados a las cambiantes necesidades de sus usuarios¹³.

El conocimiento tradicional constituye un cuerpo acumulativo de conocimientos y creencias traspasados a través de las generaciones por medio de la transmisión cultural –muy a menudo mediante la literatura oral– sobre sus relaciones con seres vivientes, con otros y con su entorno, sin que se encuentre necesariamente codificado¹⁴. Los conocimientos tradicionales son resultado de procesos de aprendizaje en grupos específicos que se encuentran

9 *Id.*

10 Sandra Huenchuan Navarro, *Propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas: objetos y enfoques de protección*, REVISTA AUSTRAL DE CIENCIAS SOCIALES, N° 8, pág. 84 (2004).

11 World Intellectual Property Organization, *Review of Existing Intellectual Property Protection of Traditional Knowledge*, párrafo 33, WIPO/GRTKF/IC/3/7, (2002).

12 World Intellectual Property Organization, *Elements of a Sui Generis System for the Protection of Traditional Knowledge*, párrafo 28, WIPO/GRTKF/IC/4/8, (2002).

13 Rosa Giannina Alvarez, *Intellectual Property and the Protection of Traditional Knowledge, Genetic Resources and Folklore: The Peruvian Experience*, MAX PLANCK YEARBOOK OF UNITED NATIONS LAW, Vol. 12, pág. 493, (2008).

14 World Intellectual Property Organization, *Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders, WIPO Report on Fact-Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999)*, pág. 25, (2001).

en entornos también específicos durante un largo período de tiempo, y frecuentemente es compartido de manera comunitaria¹⁵. También existen modelos de control del conocimiento tradicionalmente generado basados en individuos¹⁶. Algunos de estos conocimientos pueden ser utilizados fuera del contexto comunitario, aunque pueden detentar componentes espirituales que no tienen sentido fuera de la respectiva comunidad¹⁷. Dichos conocimientos pueden, o no, poseer un valor comercial actual o potencial.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)¹⁸ identifica las siguientes características en los conocimientos tradicionales:

- a) Consisten en conocimientos colectivos, por tanto pertenecen a la comunidad y no pueden ser apropiados en forma individual, a menos que se trate de un tipo de conocimientos reservados sólo para personas iniciadas.
- b) Han sido desarrollados con el aporte de todos sus miembros, antepasados y vivos, y sirven para ser traspasados a las generaciones futuras. El titular de la sucesión es la comunidad indígena.
- c) El acceso y uso de los conocimientos tradicionales se rige por normas consuetudinarias propias. El modo en que se adquieren los conocimientos en cada cultura les da el carácter de tradicionales y no su antigüedad.
- d) No se conoce su origen, pueden ser antiguos o nuevos.
- e) Son resultado de la observación de la realidad y de la experiencia directa.
- f) Son conocimientos integrales, no especializados.
- g) La forma de aprendizaje varía, puede ser intuitiva o muy sofisticada a través de la realización de rituales dolorosos y complejos.
- h) Forman parte del espíritu de las personas y de las energías de las cosas.

15 Véase World Intellectual Property Organization, *supra* nota 12, págs. 5-6.

16 Susette Biber-Klemm, Danuta Szymura Berglas, Problemas and Goals, RIGHTS TO PLANT GENETIC RESOURCES AND TRADITIONAL KNOWLEDGE, BASIC ISSUES AND PERSPECTIVES. CAMBRIDGE: THE SWISS AGENCY FOR DEVELOPMENT AND COOPERATION, pág. 18 (Susette Biber-Klemm, Thomas Cottier, Danuta Szymura Berglas Eds., 2006).

17 CARLOS CORREA, LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL. CUESTIONES Y OPCIONES ACERCA DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES, pág. 2 (2001).

18 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Sistemas y experiencias nacionales de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales*, UN Doc. TD/B/COM.1/EM.13/2, (2000).

Por su parte, Daniel Robinson agrega las siguientes:¹⁹

- i. Tienen típicamente una naturaleza práctica y se relacionan con recursos naturales.
- ii. Envuelven elementos de innovación, normalmente abierta y acumulativa, y experimentación.
- iii. A menudo se encuentran envueltos en ecosistemas específicos.
- iv. Están típicamente embebidos en las prácticas consuetudinarias, el lenguaje y la herencia cultural.

En otras palabras, los conocimientos indígenas serían los conocimientos tradicionales desarrollados por las propias comunidades reflejando su adaptación a las condiciones históricas y naturales en que han vivido²⁰. La particularidad de los pueblos indígenas es que a menudo mantienen sus propios sistemas legales, los cuales establecen los diferentes tipos de conocimiento, los procedimientos para adquirirlos y compartirlos, así como los derechos y responsabilidades que conllevan²¹.

Otras categorías empleadas en la discusión internacional son las de recursos genéticos y expresiones del folklore. Éstas últimas son entendidas como “producciones consistentes en elementos característicos del patrimonio cultural tradicional que desarrolla y perpetúa una comunidad o individuos que reflejan las expectativas artísticas tradicionales de dicha comunidad”²². Como tales, son la acumulación de elementos fijos y no fijos de la cultura comunitaria²³. El folklore contiene expresiones verbales y musicales tangibles que corresponden a una autoría colectiva, y muy a menudo comunitaria, y pueden estar en una situación de cambio permanente en la medida que es alterada por las intervenciones de los miembros de la comunidad. Al igual que el conocimiento tradicional, el folklore está ligado a la identidad colectiva de una comunidad determinada, de manera que integra su patrimonio.

Los recursos genéticos, por su parte, son aquellos materiales biológicos existentes en un ecosistema determinado usados, por ejemplo, en la agricultura

19 DANIEL ROBINSON, CONFRONTING BIOPIRACY: CHALLENGES, CASES AND INTERNATIONAL DEBATES, pág. 19 (2010).

20 Véase Huenchuan Navarro, *supra* nota 10, pág. 87.

21 Graham Dutfield, *Alimentos, diversidad biológica y propiedad intelectual: el papel de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales*. DOCUMENTO DE TRABAJO TEMÁTICO SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL N° 9, Quaker UN Office, pág. 4 (2011).

22 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Resumen del proyecto de objetivos políticos y principios fundamentales de la protección de las expresiones culturales tradicionales/ expresiones del folklore*, Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, VII Sesión, Anexo I, pág. 5,OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/7/3, (Noviembre 1-5, 2004).

23 VANESSA LOWENSTEIN Y PABLO WEGBRAIT, PROTECCIÓN DEL FOLCLORE-EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES (2005).

y la medicina²⁴. Algunos hablan de *patrimonio biocultural colectivo* refiriéndose al conocimiento, innovaciones, prácticas y expresiones culturales de pueblos indígenas y comunidades locales que comparten colectivamente y se vinculan de manera inextricable a los recursos y territorios, incluyendo la diversidad de genes, variedades, especies y ecosistemas; valores culturales y espirituales; leyes consuetudinarias formadas dentro del contexto socioecológico de comunidades²⁵. Los conocimientos tradicionales, el folclore y los recursos genéticos colectivos formarían un conjunto sinérgico y holístico.

Los conceptos anteriores destacan la diferencia conceptual con los derechos de propiedad desarrollados por el sistema jurídico occidental, aunque no se descarta el uso de construcciones jurídicas “propietaristas” occidentales para proteger dichas categorías frente a los intereses de los Estados y, sobre todo, frente a los agentes económicos. Así lo manifestaron las discusiones en torno a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, reflejadas en su artículo 31, al referirse a la propiedad intelectual sobre el patrimonio, conocimiento tradicional y expresiones culturales tradicionales.

2. LOS SISTEMAS DE CONOCIMIENTO DEL PUEBLO MAPUCHE²⁶

Una de las consecuencias más severas y duraderas de la colonización consiste en el sometimiento y desplazamiento de las prácticas propias a un canon de categorías intelectuales ajenas, correspondiente a las nuevas hegemonías. En los cien años que van entre la colonización definitiva del territorio mapuche, iniciado en 1881, y el primer intento de protección internacional del conocimiento indígena por parte de la UNESCO y la OMPI, en 1982²⁷, el proceso de asimilación forzada del imaginario indígena al pensamiento occidental –en versión católico-periférica en las repúblicas del Cono Sur²⁸– no logró imponer totalmente el proyecto hegemónico de la cultura occidental mediante sus instituciones, de manera que el imaginario indígena puede –aunque sujeto a cambio y pérdida de control cultural– permanecer y reclamar su reconocimiento a la luz de las nuevas estructuras normativas

24 Véase *id.*

25 Instituto Internacional para el Medio Ambiente y Desarrollo, *Protección de conocimiento tradicional y patrimonio cultural. El concepto del patrimonio bio-cultural colectivo*, Grupo de Trabajo de Poblaciones Indígenas, Sesión 23, (2004), pág. 3.

26 Agradezco la ayuda que me brindó Olga Ries, Doctora en Literatura, Universidad de Bielefeld (Alemania) para elaborar esta sección.

27 World Intellectual Property Organization y United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, *Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and other Forms of Prejudicial Action, adopted in 1982*, (1985).

28 SERGE GRUZINSKI, LA COLONIZACIÓN DE LO IMAGINARIO, SOCIEDADES INDÍGENAS Y OCCIDENTALIZACIÓN EN EL MÉXICO ESPAÑOL. SIGLOS XVI-XVIII, (2007).

internacionales pudiendo ser identificadas como formas culturales de conocimiento indígena distinguibles.

De acuerdo a Quidel, el conocimiento mapuche constituye el cuerpo, o la forma integral organizada, en que se encuentran las distintas comprensiones de la vida y del mundo en su relación con la tierra, los *che* (personas)²⁹ y los distintos elementos que coexisten en la cultura mapuche³⁰. El *che*, desde que es niño/a, inicia su proceso de aprendizaje orientándose a la observación y escucha de los mayores, así como a las actividades sociales y ceremoniales que se desarrollan en su familia y en la comunidad³¹.

El idioma mapuche, el *mapudungun*, dispone de varios conceptos referentes a la inteligencia, saber y conocimiento, arraigados profundamente en la cultura e historia propia. En el complejo sistema filosófico que abarca las distintas manifestaciones de la mente humana, destacan sobre todo los conceptos fundamentales de *kimün* (*kümün*, *küimün* o *kimvn*) y *rakiduum* (*raquiduum*, *rakizuum* o *rakidzuamn*)³². El primero, *kimün*, se traduce generalmente como sabiduría, pero también como enseñanza; mientras que *rakiduum* suele referirse al conocimiento o pensamiento. Ambos, sin embargo,

29 El concepto de *che* no puede concebirse de la misma manera que *personæ* en el pensamiento occidental; es decir, un agente individual capaz de acción y dotado de autoconciencia. Para el pueblo mapuche, cada *che* tiene su propio *newen* (fuerza), su propio *geh* (dominio de sí mismo) y su propio *püjü* (espíritu), en tanto sea *re che* (persona común que no es autoridad), estos son individuales y diferentes de los demás. Pero en el contexto de los *epu nume che* (aquellas personas que son capaces de desdoblarse por sí mismas), éstos también tienen su *püjü* (espíritu particular, único y distinto de otro *püjü*). Donde el pensamiento mapuche diverge radicalmente del occidental es en el planteamiento del *che* como un *newen* individual y un *newen* colectivo. El *che* individual representa un *newen* que no es igual al *newen* de otro *che* pero que, en el ámbito colectivo, son iguales a otros *newen* existentes en el mundo tangible como en el intangible. Otra diferencia fundamental consiste en que el *che* se realiza, esto es, manifiesta su *Az* (característica particular de una persona que lo hace diferente de otras y que lo determina en su ser y en su actuar), en el *wajontu mapu*, el territorio, realizándose materialmente como un ser emplazado, como un elemento de la naturaleza y en modo alguno como un dominador de ella. Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, *Informe Final de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche, en Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato*, Vol. III, Tomo II, Cap. III, pág. 1136-1149, disponible en http://biblioteca.serindigena.org/libros_digitales/cvhynt/v_iii/t_ii/capitulo_III.pdf

30 Javier Quidel, *La regeneración de un curriculum propio mapunche no escolarizado a partir de algunos elementos socio-religiosos*, pág. 50. (2007) (tesis no publicada presentada a la Universidad Mayor de San Simón, Bolivia, para obtener el grado de Magíster en Educación Intercultural Bilingüe).

31 Jorge Colihuinca, Lidia Melipil, Cristina Pacheco, Marco Zuñiga, *El Amelkan como representaciones de seres sobrenaturales y naturales en la cultura mapuche*, pág. 31 (2009) (Tesis presentada como requisito para optar al grado académico de licenciado en educación. Facultad de Educación, Universidad Católica de Temuco, Chile).

32 La existencia de varias formas de escribir y pronunciar algunas palabras se debe a la existencia de diversos estándares paralelos de ortografía en *mapudungun* –también a veces escrito *mapuzungun*– tanto que la inconsistencia ortográfica puede tener lugar incluso en un mismo autor.

muestran importantes diferencias con los correspondientes términos en castellano, que se discutirán más adelante.

Cabe destacar, no obstante, la importancia de ambos conceptos para el actual movimiento mapuche. En la corriente religioso-filosófica se convierten en términos clave de una cosmovisión que abarca lo místico y lo racional, naturaleza y humanidad, donde se define “lo mapuche”, precisamente, a través de lo espiritual. También son importantes en lo pedagógico, en las organizaciones juveniles y en los programas dedicados a la integración de la cultura mapuche en el sistema educativo chileno. Si para los grupos juveniles la carga simbólica de ambos términos, en su búsqueda de una identidad propia positiva y productiva, es difícil de sobreestimar y llega a tener indudable peso político –encontramos festivales, actividades, grupos de jóvenes que utilizan esos términos en su nombre–, es sobre todo en el marco de una pedagogía intercultural donde ambos términos han sido objeto de estudios académicos ya que son los más apropiados para producir interés y participación en todos los niveles de la cultura mapuche en el sistema educativo.

Sobre todo *kimün*, con sus múltiples connotaciones y diferencias con el pensamiento occidental, adquiere un valor simbólico para diversos sectores de la sociedad mapuche contemporánea, ofreciendo una identidad intelectual inconfundible y, con ello, una “patria espiritual”. Como concepto filosófico-espiritual, *kimün* nunca aparece como un valor aislado, sino que íntimamente ligado a otros valores intelectuales: *rakiduum* y *newen* que se traduce como fuerza, otra noción clave de la cultura mapuche. Como tal, *kimün* está presente en casi todas las manifestaciones de la vida y actividad humana. Para citar un ejemplo, así es descrito en el caso de la música:

“Así los oradores, necesitan el *kimün* para desentrañar las enseñanzas de la experiencia, pero necesitan también del *newén* para desarrollar una relación empática con los auditores. El *newen*, entonces da el poder del sonido y el *kimün*, la luz de la comprensión profunda”.³³

A primera vista, las traducciones más corrientes para sabiduría, saber o enseñanza resultan insuficientes para apreciar completamente todas las connotaciones del término. Efectivamente, *kimün* va mucho más allá de un proceso individual de enseñanza y aprendizaje según el patrón occidental; incluye todas las experiencias vitales de una persona y su entorno inmediato, una especie de acervo intelectual y espiritual colectivo. Por lo tanto, el *kimün* varía entre comunidades –todos tienen su propio *kimün*³⁴– pero

33 Diego Félix Tapia Carmagnani, El *newen* la fuerza que mueve a la música *lafkenche* en el lago Budi, pág. 66, (2007) (Tesis para optar al Magister en Artes, Mención Musicología, Facultad de Artes, Universidad de Chile) disponible en http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2007/tapia_d/sources/tapia_d.pdf

34 Rosa Hortencia Huenchumilla Marilao, Julio Marileo, Ana Millahuanque, María Painemal, Algunos Aspectos Educativos del conocimiento mapuche presente en la ceremonia del *Gijatun*, en los *lof che* de *Coigüe*, *Ütügentu*, y *Mawizache*, para la elaboración de un

siempre mantiene su carácter impersonal y comunitario. Es precisamente este carácter ligado a las vivencias e historias concretas de una comunidad lo que convierte al *kimün* en un término clave en la pedagogía que busca integrar el pensamiento mapuche como un valor reconocible y capaz de producir identidad y unidad.

En el sentido espiritual, este concepto refiere a lo que está debajo y dentro del ser, a tomar contacto con la totalidad de la existencia³⁵ alcanzando profundidad, plenitud intelectual y emocional a nivel personal. No tiene relación con criterios morales –brindados por el *Az Mapu*³⁶– ni con rasgos “geniales” y es precisamente allí donde residen las mayores diferencias con las nociones occidentales relacionadas. No se trata de un individuo que por su sabiduría y genialidad se eleva por encima de los demás –un Prometeo como diría Goethe–, sino todo lo contrario, pues implica una inmersión en lo que subyace a la propia vida, una especie de acervo psíquico y cultural del pueblo con el cual se identifica, un movimiento hacia lo completo en el sentido psíquico y no hacia una separación a través de lo particular y único.

Este aspecto holístico del *kimün* permite interpretarlo como un conexión permanente, una condición acumulada o adquirida a lo largo de la vida³⁷, que afecta a la personalidad en varios aspectos. La acumulación del *kimün* hace posible la existencia del *am* –muchas veces traducido como alma, aunque espíritu o energía vital probablemente se aproxima mejor al concepto mapuche– más allá de la muerte física del organismo, pues le otorga estabilidad y fuerza³⁸, completando la identificación con el grupo. El *kimün* constituye un conocimiento de fuente más vivencial que abstracta, aunque no está desprovisto de abstracciones y generalizaciones, y se descubre en diálogo con los elementos de la naturaleza y la comunidad, antes que en procedimientos de argumentación descontextualizados. Su contexto de justificación es proporcionado por su validación experiencial puesto que toma sentido en su reintegrado a la cotidianidad.

proyecto Integrado de Aula, con enfoque Intercultural, pág. 113, (2005) (Tesis Universidad Católica de Temuco), disponible en: <http://biblioteca.uct.cl/tesis/rosa-huechumilla-julio-marileo-ana-millahuanque-maria-painemal/tesis.pdf>

35 ZILEY MORA PENROZ, FILOSOFÍA MAPUCHE. PALABRAS ARCAICAS PARA DESPERTAR EL SER, pág. 53 (2001).

36 El *Az Mapu* es el conjunto de dimensiones espaciales del *mapu* donde los *che* encuentran los principios fundacionales, procedimientos, formas y medios de comportamiento y realización de sus acciones, y por ende, las formas de resolución y reparación ante cualquier trasgresión y/o situación irregular en sus acciones. Se trata de un sistema normativo no estatal y no diferenciado respecto de la moral, así como no enteramente separado de la religiosidad mapuche. Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, supra nota 29, pág. 1121 a 1174.

37 Véase Tapia, supra nota 33, pág. 139.

38 Véase Mora, supra nota 35, pág. 40.

La racionalidad es importante para el conocimiento mapuche pero no constituye su centro, pues es un elemento más en una totalidad que va más allá de la razón y la palabra³⁹, integrando emociones y experiencias naturales y trascendentes. El tiempo no es una categoría secuencial o lineal dentro del conocimiento mapuche; el presente incorpora el pasado y el futuro. El conocimiento no es sólo un producto de la sociedad, sino que la naturaleza, en sus diversos elementos, conocimiento al que se accede viviendo en armonía con ellos.

Curiosamente, también el término *rakiduum* se encuentra a veces traducido como “conocimiento” –aunque la traducción “pensamiento” es probablemente más frecuente– siendo posible, a primera vista, una confusión con el *kimün* si bien una mirada detallada revela que ambos conceptos, si bien intelectualmente interdependientes y complementarios, son fundamentalmente distintos. Donde *kimün* parece casi meditativo en su esencia, *rakiduum* es mucho más energético, dinámico y volcado directamente hacia las acciones-ideas del individuo. En el marco de un sistema espíritu-intelectual –que intentamos esbozar con la relación *newen-kimün*– al *rakiduum* corresponde la función de conectar el mundo espiritual y el físico, con la filosofía y las actividades de la vida cotidiana.

El *kimün* es una condición que el sujeto va adquiriendo a lo largo de la vida. Cada persona tiene la posibilidad de acceder a los diferentes *kimün* que existen en la tierra, la naturaleza, y el universo. La vocación del *che* y su libertad es respetada y fomentada por la cultura mapuche. Es más, la formación de cada *che* se debe brindar en estricto rigor con sus capacidades. El mapuche se interesa por el futuro de los hijos, desea conocerlos para potenciar sus aptitudes y evitar conductas que atenten contra la comunidad. Dentro de la cultura mapuche es un mandato que cada individuo llegue a ser una persona sabia, lo cual significa que no solamente sea un depositario del conocimiento, sino reflejo de su conocimiento. El niño/a recorría este camino en su propio entorno, con diferentes objetivos, diferentes formas de elaboración del *kimün*⁴⁰.

A nivel sistémico, el *rakiduum* describe, en consecuencia, muchas funciones relacionadas con la racionalidad, pero también con las acciones y actitudes subjetivas del sujeto, como transmisión de los conocimientos, procesamiento de información⁴¹, ordenamiento de las experiencias o conservación de información. Sin embargo, y quizás sorprendentemente para algunos observadores, se percibe no como un contraste con las acciones –como

39 Véase Quidel, *supra* nota 30, pág. 50.

40 Sergio Carihuentro, Saberes mapuche que debiera incorporar la educación formal en contexto interétnico e intercultural según sabios mapuche, pág. 24 (2007) (Tesis para optar al grado de Magíster en Educación, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales).

41 Véase Tapia, *supra* nota 33, pág.296.

sería típico para el pensamiento occidental con su dualidad pensar-actuar/ activo-contemplativo– sino como su directo acompañamiento y consecuencia. De esa interpretación es sintomática la deducción etimológica de *rakiduam de rakin-contar*⁴². Entonces, el pensamiento subjetivo es la expresión de un determinado individuo, inseparable de ellos, pero que no abandona su función impersonal de conexión entre la dimensión comunitaria del *kimün* y las acciones del individuo.

Su función social es indudable, pues a través del *rakiduam* se establecen y ejecutan las normas sociales e intelectuales integrando al individuo al tejido social y estableciendo su posición en él. No necesariamente los efectos de *rakiduam* implican una separación de los demás mediante las actividades intelectuales, sino la integración en su cultura.

Los elementos del *kimün* y las producciones del *rakiduam* –incluso aquellas que están referidas a un agente individual creador que les da vida– no coinciden con los fundamentos de los derechos de propiedad intelectual concebidos en los sistemas jurídicos occidentales, sean “propietaristas” o instrumentalistas⁴³. Los conocimientos mapuches están configurados para ser compartidos, dejando el control cultural de su desarrollo en manos del colectivo, de la comunidad y, en última instancia del pueblo Mapuche en general. Por otra parte, se relacionan con los sujetos a partir del acceso y no de la exclusión (*access rights v/s income rights*). Se cumple, como en la mayoría de las veces, la construcción cooperativa del patrimonio cultural de los pueblos indígenas y su hostilidad a la comodificación y alienabilidad.

3. ABUSO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y DEL CONOCIMIENTO MAPUCHE

En todo el mundo, los pueblos indígenas han sufrido abusos en la constitución de derechos de propiedad intelectual sobre sus conocimientos tradicionales, expresiones del folklore y recursos genéticos en beneficio de terceros, a menudo compañías extranjeras⁴⁴, que se apropian del patrimonio cultural de los indígenas sin otorgarles ninguna participación o compensación por el uso de porciones de su patrimonio inmaterial o biológico. Célebres ejemplos, como el caso del árbol Neem en India y la Ayahuasca, han inspirado la construcción del popular concepto de *biopiratería*. Éste se refiere al uso de los derechos de propiedad intelectual sin la debida autorización, participación

42 LUCÍA GOLLUSCIO, EL PUEBLO MAPUCHE: POÉTICAS DE PERTENENCIA Y DEVENIR, pág 92 (2006).

43 Véase PETER DRAHOS, A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY, (1996).

44 Véase Correa, *supra* nota 15, pág. 18.

o compensación adecuadas⁴⁵, con el fin de legitimar la propiedad y control exclusivos sobre recursos, productos y procesos biológicos usados durante largos períodos por culturas no industrializadas⁴⁶.

Los elementos del patrimonio cultural indígena se vuelven bienes apropiables⁴⁷. En esa situación se encuadran los recursos genéticos provenientes de las plantas que se localizan en regiones con abundante biodiversidad y el conocimiento sobre el proceso de elaboración de compuestos medicinales. Dicha apropiación mercantil de los recursos biológicos y del conocimiento asociado a ellos, se produce básicamente en virtud de la separación artificial entre el sustrato y la información, lo que es permitido por los derechos de propiedad intelectual⁴⁸.

En Chile, se puede observar una serie de experiencias que presentan fenómenos de biopiratería y apropiación, tanto bajo la forma de patentes de invención como bajo otros derechos de propiedad intelectual sobre recursos colectivos mapuches.

3.1 Plantas medicinales y recursos genéticos mapuches patentados o protegidos en otros países

La biodiversidad en Chile es extraordinaria. El 85.5% de la flora tiene su origen en el país, el 44.6% son especies endémicas y el 40.9% nativas⁴⁹. Además, el 76.7% de los anfibios y 58.5% de los reptiles, son endémicos⁵⁰.

No existe un inventario exhaustivo de la diversidad biológica y genética de Chile⁵¹, pero su heterogeneidad de ambientes junto con posibilitar la presencia de gran variedad de especies y ecosistemas, también hace posible una gran diversidad genética exclusiva debido al alto endemismo de las especies. Por ejemplo, de un total de 5.739 taxa de flora presentes en Chile, el 88.5% son nativas y el 45.8% endémicas⁵². El Instituto de Investigaciones Agropecuarias (INIA) ha estimado el uso actual y potencial de las plantas nativas y exóticas

45 GRAHAM DUTFIELD, INTELLECTUAL PROPERTY, BIOGENETIC RESOURCES AND TRADITIONAL KNOWLEDGE (2004), (U.K.), pág. 52.

46 VANDANA SHIVA, PROTECT OR PLUNDER? UNDERSTANDING INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, pág. 49 (2001).

47 ANDRESSA CALDAS, LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL CONOCIMIENTO TRADICIONAL: LA CONQUISTA DE LOS SABERES (2004).

48 *Id.*, pág. 112.

49 Las especies endémicas son aquellas que tienen su origen exclusivamente en un territorio, mientras que las nativas se originan en ese territorio y en otros.

50 MARÍA ISABEL MANZUR y CAROLINA LASÉN, ACCESO A RECURSOS GENÉTICOS: CHILE EN EL CONTEXTO MUNDIAL, (2003).

51 Véase INFORME NACIONAL SOBRE EL ESTADO DE LOS RECURSOS FITOGENÉTICOS PARA LA AGRICULTURA Y LA ALIMENTACIÓN, (Ivette Seguel y Teresa Agüero ed., Diciembre 2008).

52 Comisión Nacional del Medio Ambiente, CUARTO INFORME NACIONAL DE BIODIVERSIDAD, Chile, pag 12 (2009).

de Chile para usos alimenticios, medicinales, forrajeros, principios químicos, ornamentales, madereros y artesanales, entre otros. De las 5.800 especies incluidas en la base de datos del INIA, 14.6% tendrían al menos un uso⁵³.

Lo anterior también explica el atractivo que las variedades genéticas del país ofrecen a los laboratorios extranjeros interesados en desarrollar nuevos productos farmacéuticos, biotecnológicos o cosméticos a partir de los recursos genéticos. Muchos de ellos corresponden a recursos colectivos asociados a los pueblos indígenas y, en particular, el pueblo Mapuche. Por otra parte, el conocimiento tradicional de este pueblo sirve de marcador para dirigir la atención de las empresas extranjeras a plantas y especies cuyo tratamiento ya ha validado.

La Rapamicyna y la Rapamune son recursos genéticos colectivos del pueblo Rapanui, respecto de las cuales se constituyeron patentes en el extranjero. La Rapamicyna fue descubierta en Hanga Roa en 1965 por científicos de la empresa canadiense Wyeth.

Respecto de los mapuche, los recursos genéticos colectivos están amenazados especialmente tratándose del Maqui (*Aristotelia chilensis*), originario y propio del Wallmapu⁵⁴, tanto en Chile como en Argentina. El Maqui, o Quelón, produce bayas negras –o blancas por excepción– en gran abundancia. Es un vegetal sagrado para los mapuches, menos que el canelo e igual que laurel, símbolo de benévola y pacífica intención, y en tal sentido, llevado a todas las reuniones sociales; además es un adorno obligatorio del símbolo religioso el Rewe⁵⁵.

En EEUU se comercializan extractos de Maqui como la *Superberry*, debido a sus propiedades antioxidantes. Syanura, por ejemplo, tiene un jugo de extracto de Maqui, llamado AVIA. La patente está pendiente. En Chile, la Universidad Austral, junto con el laboratorio italiano Indena y el Consorcio de Tecnología e Innovación en Salud S.A. (CTI Salud)⁵⁶, crearon un extracto de Maqui llamado Maqui Select. Fondef financió en su XVIII Concurso de Proyectos de I+D de 2010-2011, un proyecto de la Universidad de Talca y la Fundación Chile que consiste en un *screening* del material genético y desarrollo de clones y técnicas de manejo del Maqui para mejorar la oferta de materia prima exportable y agroindustrial. En ninguno de los proyectos existe algún tipo de consentimiento, participación o distribución de beneficios a comunidades u organizaciones mapuches.

53 Véase *id.* pág. 18.

54 El Wallmapu consiste en el territorio ancestral del pueblo Mapuche, actualmente repartido entre por los Estados de Chile y Argentina.

55 Ernesto Wilhelm de Mösbach, *BOTÁNICA INDÍGENA DE CHILE*, (2000).

56 Conocido como CTI Salud, proyecto creado con recursos públicos e impulsado por el Banco Mundial en el que participaron las universidades Austral, de Concepción, de La Frontera, además de Farminindustria S.A., Instituto Leloir (Argentina), Southern Technology Group S.A. y Vitrogen S.A.

En 2002 comenzó una disputa con Australia por el uso cosmético de la Murtilla llamada *Tassie Berry* considerada como originaria de la isla de Tasmania. Tas Myrtus Berries Pty. Ltd. registró la marca Myrtus berry (Tazziberry™) para su comercialización en Australia. En 2004 se publicó una investigación, financiada por la Fundación para la Innovación Agraria del Ministerio de Agricultura en Chile, titulada “Investigación etnofarmacológica de 21 especies medicinales nativas usadas por los mapuche del sur de Chile”⁵⁷. El estudio fue realizado por un equipo de la Universidad de Copenhagen, Dinamarca, durante 2001 e integrado por Jeannette Lauritsen y Lene Jorgensen de la Facultad de Farmacia Química, Departamento de Farmacognosia⁵⁸. La organización mapuche Kona Pewman denunció que se trata de un acto de biopiratería pues el estudio incluía la investigación de más de sesenta plantas y sólo serán divulgados los resultados respecto de veintiuno⁵⁹. Uno de los principales medios donde se han publicado los resultados de esa y otras investigaciones es el *Journal of Ethnopharmacology*⁶⁰.

Los recursos zoogenéticos también han sido apropiados o se encuentran amenazados. Dentro de ellos, se destaca la Gallina mapuche, mientras que la Vinchuca está patentada en EEUU. En cuanto a los genes humanos, se han obtenido muestras de sangre, cabello y uñas de los pueblos Mapuche, Huilliche, Yagan y Kawaskar como parte del proyecto Human Genome Diversity Project, sin haber informado a las comunidades sobre el proyecto y sus resultados. De otra parte, el Royal Botanic Garden de Edinburgo tiene una colección de 500 especies chilenas, lo que representa más de un 10% de la flora nativa nacional, y el Jardín Botánico de Benmore construye una representación de los bosques templados del sur de Chile en un área de 4 hectáreas.

57 Las plantas investigadas fueron el Cadillo, Meli, Costilla de Vaca, Matico, Palqui, Quila, Voqui Colorado, Deu, Huella, Cochayuyo, Chilco, Avellana, Nalca, Latue, Laurel, Tepa, Radal, Calahuala, Sauco, Quintral y Murta.

58 Fundación para la Innovación Agraria, Ministerio de Agricultura, Comunicado de Prensa, 9 de julio de 2004, <http://www.fia.gob.cl/difus/notici/notic357.htm> (última revisión 13.02.2013).

59 Ecoportal, ETNOBOTÁNICA Y BIOPIRATERÍA: USURPACIÓN DE CONOCIMIENTOS ANCESTRALES MAPUCHE, disponible en: <http://www.mapuche.info/indgen/ecoportal040828.html> (última revisión 13.02.2013).

60 Allí se han publicado los siguientes artículos en relación con plantas del sur de Chile: Per Mølgaard et al., *Antimicrobial evaluation of Huilliche plant medicine used to treat wounds*, 138 J. OF ETHNOPHARMACOLOGY, 1, págs. 219-227, (31 October 2011); Diego Estomba et al., *Medicinal wild plant knowledge and gathering patterns in a Mapuche community from North-western Patagonia*, 103 J. OF ETHNOPHARMACOLOGY 1, págs. 109-119 (3 January 2006); Guillermo Schmeda-Hirschmann et al., *Gastroprotective effect of the Mapuche crude drug Araucaria araucana resin and its main constituents*, 101 J. OF ETHNOPHARMACOLOGY 1-3, 3 (October 2005), págs. 271-276; y P.J. Houghton y J. Manby, *Medicinal plants of the Mapuche*, 13 J. OF ETHNOPHARMACOLOGY 1, (March 1985), págs. 89-103.

3.2 Derechos UPOV y semillas mapuches

Otra dimensión de conflictos se presenta frente a un sistema *sui generis* de derechos de propiedad intelectual: los derechos de los obtentores de variedades vegetales protegidos por el convenio de la Unión Internacional por la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV). Se trata de una organización internacional gubernamental con sede en Ginebra, Suiza, de la cual forman parte los gobiernos que hayan suscrito sus tratados. La UPOV fue creada por el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales⁶¹, siendo su objetivo la protección de las obtenciones vegetales por un derecho de propiedad intelectual. Su desarrollo dice relación con las necesidades de la industria agrotecnológica respecto de las semillas o variedades vegetales de las últimas décadas.

Hay que considerar que hasta fines del siglo XIX, las variedades de cultivo se desarrollaban a partir de la selección que los agricultores llevaban a cabo mediante métodos intuitivos quienes guardaban las semillas producidas para la cosecha siguiente. En el último siglo, en muchos países industrializados⁶² la agricultura y el fitomejoramiento siguieron caminos separados; éste último se dedicó a la obtención de ciertas características de resistencia a plagas y enfermedades, alto rendimiento, manejo fitosanitario integrado, condiciones de estrés, índice de cosecha o nutrición animal, entre otras.

Con el desarrollo de una agricultura comercial a gran escala, los obtentores profesionales comenzaron a producir cada vez más variedades uniformes, más adecuadas para la agricultura industrial mecanizada y diseñadas para proporcionar el mayor rendimiento bajo condiciones específicas. Ello requiere una elevada especialización en el desarrollo y compra de semillas en el mercado, esquema donde la innovación requiere de un sistema de estímulos. Sin embargo, junto a la agricultura industrial y global, subsisten las formas de producción tradicionales cuyos agricultores desarrollan y emplean semillas de propiedades no uniformes, pero adaptadas a sus respectivos ecosistemas en un proceso de innovación incremental, colectiva y muchas veces anónima.

Desde el siglo XIX, los obtentores de semillas de países desarrollados comenzaron a exigir la extensión de derechos de exclusividad sobre las semillas, época que se correspondió con el crecimiento de este comercio. Pero fue la promulgación de leyes para proteger los derechos de los obtentores en los Países Bajos y Alemania, en los años sesenta del siglo XX, la que abrió la puerta al régimen internacional de la UPOV⁶³ lo que impulsó a grupos de interés en torno a la Asociación Internacional para la Protección de la

61 El convenio original fue adoptado en París en 1961 y entró en vigor para el derecho internacional en 1968, luego fue revisado en 1972, 1978 y 1991.

62 Véase Dutfield, *supra* nota 21, pág. 4.

63 BISWAJIT DAHR, SISTEMAS SUI GENERIS PARA LA PROTECCIÓN DE VARIEDADES VEGETALES, OPCIONES BAJO EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC, pág. 3, (2002).

Propiedad Industrial (AIPPI) y la Asociación Internacional de Fitomejoradores para la Protección de las Obtenciones Vegetales (ASSINSEL).

En el 2011 dieciséis senadores⁶⁴ realizaron un requerimiento de inconstitucionalidad respecto del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, cuya ratificación está en trámite ante el Congreso Nacional⁶⁵. La presentación contó con el apoyo de diversas organizaciones indígenas⁶⁶. El Tribunal Constitucional (TC) rechazó el requerimiento, pero estableció una serie de consideraciones jurídicas para su aprobación⁶⁷.

La Red de Legislación Indígena y de Políticas Públicas (RDLIPP) denunció que “(...) el Congreso Nacional nuevamente está aprobando normas de naturaleza legal sin consultar a los pueblos indígenas, esta vez el Convenio UPOV-91, que permitirá que las transnacionales se apropien de nuestros vegetales y hierbas medicinales para después cobrarnos royalties por lo mismo que hemos plantado y sembrado por miles de años”⁶⁸. Por su parte, agricultores y mapuche de la Red Nacional de Salud Mapuche elaboraron un documento en que declaran su total rechazo a la aprobación del tratado, sosteniendo que “Este convenio atenta gravemente sobre nuestros derechos y Patrimonio Ancestral, particularmente sobre nuestro Sistema Cultural de Salud, así como también nuestra Soberanía Alimentaria, que ha sido tradicionalmente la base de nuestra salud integral, holística y territorial”⁶⁹. Para los mapuche, el UPOV-91 impide a las comunidades guardar e intercambiar semillas, lo que contribuirá al aumento de la exclusión y marginalización indígena, profundizando la pobreza al recibir de estas empresas semillas híbridas y transgénicas, encareciendo los productos agrícolas.

También las organizaciones campesinas Anamuri Ranquil y ANMI agrupadas en la Coordinadora Latinoamericana de las Organizaciones del

64 Senadores Alejandro Navarro, Ximena Rincón, Jorge Pizarro, José Antonio Gómez, Jaime Quintana, Camilo Escalona, Juan Pablo Letelier, Patricio Walker, Antonio Horwarth, Guido Girardi, Mariano Ruiz-Esquide, Fulvio Rossi, Isabel Allende, Soledad Alvear, Pedro Muñoz, Carlos Bianchi.

65 Cámara de Diputados, Boletín 6426-10. Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales.

66 Incluyendo a la Corporación Aymara Jach-A Marka Aru, a través de Ariel León, y los representantes indígenas Francisco Vera Millaquén y Rafael Tuki Tepano, Consejero CONADI.

67 Tribunal Constitucional, Sentencia, Rol 1988-2011, (24 de junio de 2011) (Chile).

68 MAPUEXPRESS, Red Legislativa Indígena y de Políticas Públicas Reprocha al Congreso Nacional la Ausencia de Consulta Indígena por Proyecto de Apropiación de Variedades Vegetales (Mayo 9, 2011) <http://www.mapuexpress.net/?act=news&id=6881> (última revisión 13.02.2013).

69 MAPUEXPRESS, Las organizaciones y autoridades mapuche; Logko, Machi, Genpin y Werken agrupadas en la Red Nacional de Salud Mapuche, reunidas hoy día 25 de mayo en la ciudad de Temuko; declaran su total rechazo a la reciente aprobación del Senado chileno para dar luz verde al Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV 91) en <http://www.mapuexpress.net/content/news/print.php?id=6954> (última revisión 20 de enero de 2013).

Campo y, a nivel mundial, de la Vía Campesina (CLOC-VC), expresaron que el tratado “(...) entrega nuevos y más privilegios a las empresas semilleras, permite la privatización de las semillas y criminaliza las técnicas y prácticas que nos permitieron a los pueblos indígenas y campesinos cuidar, crear, conservar e intercambiar semillas durante cientos y miles de años. Esta Ley en definitiva mercantiliza la vida y afecta en forma transversal a todo el pueblo chileno”⁷⁰.

Anteriormente, Wallmapu Fvxa Xawun había solicitado la renuncia de la ministra Ena Von Baer por el conflicto de intereses que la afectaba al ser su padre, el empresario de semillas Erik Von Baer, uno de los titulares de intereses favorecidos por las reglas del UPOV. Dicha organización declaró: “Las semillas son un patrimonio ancestral de los pueblos originarios y campesinos, por lo tanto están unidos a nuestra cultura y el acto de intercambiar conocimientos ancestrales, alimentos, plantas, animales, árboles y semillas, es una acción de unidad con lo más fundamental de la vida”⁷¹.

En Temuco, autoridades tradicionales, curadoras de semillas, dirigentes y organizaciones mapuches⁷², también manifestaron su rechazo al tratado UPOV-91. Aquellas organizaciones indicaron que: “Las semillas forman parte de la espiritualidad del ser Mapuche, las plantas, la tierra, el agua, los animales y por tanto la vida son sagrados para la cultura mapuche y campesina”⁷³. A su vez, la Asamblea Mapuche de Izquierda, la Confederación Nacional Sindical Campesina del Agro y Pueblos Originarios Ranquil, la Asociación Gremial de Comunidades Indígenas y Comités de Pequeños Agricultores de la Provincia de Cautín, el Consejo Autónomo Aymara, el Consejo Nacional Aymara y otras organizaciones del norte y sur de Chile presentaron también su rotundo rechazo.

Los pueblos indígenas, en su rol de agricultores, vienen desarrollando innovaciones desde hace miles de años con las variedades vegetales, que ahora pueden quedar formalmente apropiadas por empresas nacionales o

70 MAPUEXPRESS, Las organizaciones campesinas de la CLOC-VC de Chile; Anamuri Ranquil; ANMI que forma parte de la Coordinadora Latinoamericana de las Organizaciones del Campo y a nivel mundial de la Vía Campesina, 19 de Julio de 2012 en <http://www.mapuexpress.net/?act=news&id=7195> (última revisión 20 de enero de 2013).

71 MAPUEXPRESS, Conflicto de Intereses por UPOV 91: Wallmapu Fvxa Xawun Pide la Renuncia de la Vocera de Gobierno Von Baer, 25 de junio de 2011 en <http://www.mapuexpress.net/?act=news&id=7099>, (última revisión junio 26, 2011).

72 Asociación Indígena Sharayn Mapu de la X Región de Los Lagos, Asociación Indígena Newen Boyen de Coronel, Asociación Leufo Lafquen de Tolten, Asociación Nacional de Comunidades Agrícolas e Indígenas Leftraru, Comunidad Ramón Chincolef Nahuepan de Panguipulli, Comunidades de Curarewe, Territorio Makewe, Sector Metrenco, Sector Tromen, Sector Lican-Ray.

73 MAPUEXPRESS, Continúan Los Categóricos Rechazos a UPOV 91: Declaración Autoridades tradicionales, Curadoras de semillas, dirigentes e instituciones Mapuche, 19 de junio de 2011 en <http://www.mapuexpress.net/?act=news&id=7067> (última revisión junio 26, 2011).

transnacionales desde el momento en que se restrinjan sus derechos. De acuerdo a la presentación ante el TC las organizaciones de Temuco señalaron que el UPOV-91 pone en riesgo el acceso de los agentes de salud indígena, y de las comunidades, a las variedades vegetales para el uso de sus propias medicinas tradicionales. En el fallo, el ministro José Antonio Viera-Gallo indicó que el UPOV-91 “(...) no puede ser interpretado en ningún sentido que pudiera afectar conocimientos y prácticas tradicionales, los que dan origen a derechos que forman parte de la identidad cultural de las etnias originarias en que el Estado debe respetar y promover por mandato constitucional y por compromisos internacionales derivados, entre otros instrumentos y tratados de convenio 169 de la OIT”⁷⁴.

Las críticas al sistema de la UPOV lo consideran inapropiado para la agricultura de países en vías de desarrollo, puesto que promueve y se adecúa a un sistema industrial de monocultivo que favorece al sector comercial de semillas –además de fomentar sistemas que requieren el uso de productos químicos– por sobre los pequeños agricultores, la diversidad y los conocimientos tradicionales. Además, fomenta el uso de variedades obtenidas para la agricultura industrial en lugar de reconocer la innovación incremental o alentar la diversidad existente en la agricultura en pequeña escala que predomina en los países en desarrollo y en los pueblos indígenas.

Durante las últimas décadas, se ha observado que los DOV⁷⁵ han reforzado la concentración de la industria de las semillas lesionando los derechos humanos, la seguridad alimentaria, la biodiversidad, así como el derecho sobre los conocimientos tradicionales. Se ha sostenido que la aprobación de la UPOV-91 amenaza la biodiversidad agrícola ya que produce concentración económica y la eliminación de los pequeños productores y recolectores de alimentos, perdiéndose su conocimiento y sus habilidades. Esto incrementará el control de las grandes empresas sobre la cadena alimenticia desde la semilla, la diseminación de monocultivos industriales y la privatización de la vida a través de los contratos comerciales sobre las semillas, las patentes, los derechos de propiedad intelectual y la propiedad de semillas genéticamente modificadas.

El régimen del UPOV limita los derechos de los agricultores. Estos derechos comprendían las facultades de guardar, utilizar, intercambiar y vender las semillas procedentes de la actividad agrícola, así como ser reconocidos, recompensados y apoyados por su contribución a la reserva global de recursos genéticos, a participar en el desarrollo de obtenciones vegetales comerciales y a incidir en la toma de decisiones sobre cuestiones relativas a los recursos

74 Tribunal Constitucional, Sentencia, Rol 1988-2011, Voto Disidente Ministro Señor José Antonio Viera-Gallo Quesney, párr. 2. (24 de junio de 2011).

75 Los DOV, o derechos de los obtentores de variedades vegetales, son los derechos que corresponden a quienes han manipulado las semillas o variedades vegetales obteniendo una variedad nueva, distinta, uniforme y estable.

genéticos de los cultivos. Los derechos de los agricultores se consideran, en gran medida, de carácter colectivo o comunal y tienden a ser no exclusivos ya que promueven el intercambio de materiales y de conocimientos⁷⁶.

Chile suscribió y ratificó el acta del UPOV-78⁷⁷, integrándose en 1996. Actualmente se encuentra en proceso la ratificación del UPOV-91 mediante un proyecto de ley que comenzó a tramitarse el 12 de mayo de 2009. Tanto el Tratado de Libre Comercio con EEUU, en su capítulo 17, como el tratado de la misma índole con Japón, art. 162, exigen que Chile ratifique el UPOV-91. La aprobación de 1978 requirió la dictación de una ley de adaptación (N° 19.342) que creó un registro nacional de variedades protegidas, con dependencia del Servicio Agrícola Ganadero (SAG).

De otra parte, es importante destacar que Chile aún no ratifica el Tratado sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (TIRFAA) de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), el cual establece en su artículo 9.2 que cada parte contratante deberá, según proceda y con sujeción a su legislación nacional, adoptar las medidas pertinentes para proteger y promover los derechos del agricultor. Particularmente son tres los aspectos más significativos en el ámbito de la alimentación y la agricultura: a) la protección de los conocimientos tradicionales respecto de los recursos fitogenéticos; b) el derecho a participar equitativamente en la distribución de los beneficios que se deriven de su utilización; y c) a nivel nacional, el derecho a participar en la adopción de decisiones sobre su conservación y utilización sostenible.

El mismo tratado establece, en el artículo 12.3. letra d), que los receptores de recursos fitogenéticos no reclamarán ningún derecho de propiedad intelectual, o de otra índole, que limite el acceso a la alimentación y la agricultura, sus partes o componentes genéticos, en la forma recibida del sistema multilateral.

3.3 Los derechos de autor y el patrimonio cultural mapuche

La propiedad intelectual de los mapuche también ha confrontado los derechos de autor. Dichos derechos, considerados recompensas temporales para los creadores y sus herederos, están lentamente invadiendo este ámbito, cuyos elementos han sido apropiados e incorporados en creaciones singulares de individuos o empresas.

76 ZOE GOODMAN, SEMILLAS DEL HAMBRE: CÓMO DEFENDER LOS DERECHOS HUMANOS CONTRA LOS ABUSOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL. Nota de antecedentes N° 2, Serie THREAD, pág. 12 (2009).

77 Véase República de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores, Decreto N° 18 de 1996, que Promulga el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (suscrito en París el 2 de diciembre de 1961, modificado por sus dos Actas Adicionales), (23 de marzo de 1996).

El 11 de agosto de 2005, varios lonkos enviaron una carta abierta al empresario Bill Gates, propietario de Microsoft Corporation, en representación del *Kimkeche Nutramkan*-Conversación entre Sabios y Custodios de la Cultura Mapuche, que se había reunido con el fin de analizar el proyecto de esta compañía para desarrollar, en lengua mapuche, una versión del sistema operativo Windows XP, en virtud de un acuerdo de cooperación suscrito con el gobierno chileno y en asociación con la Universidad de la Frontera (UFRO). En dicha carta, se reivindicaba el derecho a la libre determinación como pueblo indígena y a ser custodio e intérprete, de manera que sólo él debe y puede guardar, mantener, manejar, desarrollar y recrear su patrimonio cultural. Acusaron a Microsoft de cometer un acto de piratería intelectual. Según las autoridades mapuche, Microsoft Corporation y el Gobierno de Chile –a través de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) y del Ministerio de Educación– se habían atribuido un derecho que nos les correspondía. La carta señala: “(...) derecho de poseer, controlar y manejar su patrimonio cultural, derivado de su derecho a libre determinación y a sus tierras y recursos, implica que elementos de su patrimonio cultural no pueden ser utilizados, transmitidos, exhibidos y manejados por otras personas y organismos sin asegurar el consentimiento libre previo e informado del pueblo indígena pertinente. Por ello, la apropiación de nuestro idioma como parte fundamental de nuestra cultura por parte de investigadores, lingüísticos y funcionarios públicos constituye una violación de nuestro derecho inherente e inalienable de nuestro patrimonio cultural”⁷⁸.

La gravedad de la transgresión consistía en que el idioma mapuche no tiene una escritura estandarizada, puesto que existen, al menos, trece alternativas o grafemarios. El utilizado por Microsoft fue el Azumcheffe, creado por expertos de la CONADI y la UFRO, no cuenta con la aceptación de las organizaciones y comunidades mapuches, que se inclinan por la propuesta de Ranguileo, intelectual mapuche que elaboró su propia versión. Por otra parte, la creación del programa significaba la comercialización de una parte del patrimonio cultural mapuche, puesto que registraba a nombre de la empresa, bajo su derecho de autor y sin ninguna participación del pueblo Mapuche en los beneficios. Al constituir un programa propietario, donde Microsoft conserva el control del código fuente, los mapuche no pueden modificar, corregir, ni hacer adaptaciones respecto de un producto que estaba supuestamente destinado a impulsar su propia cultura.

Otro conflicto relacionado con los derechos de autor, se refiere al material educativo elaborado por el Programa de Educación Intercultural Bilingüe del Ministerio de Educación a partir de experiencias de diálogo y validación con diversas comunidades indígenas (Mapuche, Aymara,

78 EMOL, http://www.emol.com/noticias/documentos/pdfs/aucan_gates.pdf (última revisión: 13.02.2013).

Quechua, Rapanui). Tales programas⁷⁹ y materiales⁸⁰ están, sin embargo, atribuidos a expertos del ministerio, sin reconocimiento de la participación comunitaria en su elaboración.

4. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL CONOCIMIENTO TRADICIONAL Y LOS RECURSOS GENÉTICOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Ha sido precisamente la atención que ha recibido la propiedad intelectual desde los derechos indígenas, la que ha permitido entender las necesarias relaciones de aquellos derechos privados con los derechos humanos⁸¹. El informe de 2001 del Secretariado General de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) ha indicado que los dos principales temas son la protección del conocimiento tradicional y la adquisición por terceros de derechos de propiedad intelectual sobre innovaciones y creaciones basadas en el conocimiento tradicional⁸².

El Convenio 169, en su artículo 23.1 establece que la artesanía, las industrias rurales, comunitarias y las actividades tradicionales relacionadas con la economía de subsistencia, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura, autosuficiencia y desarrollo económico. Sólo se establece un deber débil del Estado –con la participación de los pueblos indígenas– de velar para que se fortalezcan y fomenten tales actividades.

En 1995, la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó los principios y directrices para la Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas⁸³. Dichos principios establecen que una protección efectiva debe basarse en la autodeterminación, que incluye el derecho de los pueblos indígenas a desarrollar sus propias culturas y sistemas

79 Los programas pueden verse en Programas de Estudio Sector Lengua Indígena en MINISTERIO DE EDUCACIÓN, http://www.mineduc.cl/index2.php?id_portal=28&id_seccion=3413&id_contenido=13936, (última revisión 25 de enero de 2013).

80 MINISTERIO DE EDUCACIÓN, PROGRAMA DE EDUCACIÓN INTERCULTURAL BILINGÜE Y FONDO DE NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA UNICEF, GUÍA PEDAGÓGICA DEL SECTOR LENGUA, INDÍGENA, MATERIAL DE APOYO PARA LA ENSEÑANZA DEL MAPUZUNGUN, (2010).

81 LAURENCE HELFER, & GRAEME AUSTIN, HUMAN RIGHTS AND INTELLECTUAL PROPERTY, pág. 432 (2011).

82 Véase WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, ANNUAL REPORT 2001, pág. 38 (2001) Disponible en: http://www.wipo.int/freepublications/en/general/441/wipo_pub_441_2001.pdf. (última revisión 25 de enero de 2013).

83 Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, Principios y Directrices para la Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas, jun. 21, 1995, U.N. Doc. E/CN.4/SUB.2/1995/26,GE. 95-12808 (E).

de conocimiento (numeral 2). Consecuentemente, se reconoce que son los mismos pueblos indígenas los guardianes e intérpretes primarios de sus culturas, artes y ciencias (numeral 3). La propiedad de los pueblos indígenas y el cuidado de su patrimonio debe ser un derecho titular colectivo (numeral 5). Por su parte, el Banco Mundial ha sostenido que la creación de un régimen legal adecuado para la protección del conocimiento tradicional tiene que basarse en el pluralismo jurídico y el reconocimiento de la diversidad legal existente en los pueblos indígenas y en las comunidades locales⁸⁴.

4.1 Revisión de las alternativas de protección disponibles en el contexto internacional

El carácter colectivo de tales derechos quiere decir, en primer lugar, que los pueblos indígenas tienen capacidad de agencia colectiva y que el objeto protegido corresponde a bienes públicos compartidos⁸⁵. Dichos derechos se derivan del derecho fundamental a la autodeterminación consagrada en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸⁶.

En relación a los mecanismos de protección, se encuentran aquellos de autoregulación a través de códigos de buenas prácticas de jardines botánicos y, en general, sobre colecciones públicas de conocimientos genéticos y tradicionales en cuanto a su uso *ex-situ*; es decir, fuera del ecosistema de origen por empresas privadas⁸⁷. A ello se agregan, sin embargo, seis sistemas que se han ido perfilando para dicha protección.

4.1.1 Sistemas de inventarios o registro de conocimientos

Se trata de un mecanismo con trayectoria internacional orientado a prevenir la apropiación indebida mediante patentes, lo que permite contrastar las solicitudes con los registros existentes. Por ejemplo, no se puede otorgar el registro de un diseño industrial, como un dibujo o un modelo relativo al aspecto ornamental o estético de una artesanía, si no corresponde a uno nuevo u original. Existe un inventario de conocimiento público que impide el registro de lo previamente registrado o inventariado⁸⁸. Según la OMPI,

84 WORLD BANK, CULTURAL HERITAGE AND COLLECTIVE INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, INDIGENOUS KNOWLEDGE, Notes, No.95, (2006), pág. 2.

85 Leslie Green, Two Views of Collective Rights, CANADIAN J. L. & J., Vol. IV, No 2, (1991)

86 Condy Holder, *Self-determination as a basic human right: the Draft UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, MINORITIES WITHIN MINORITIES: EQUALITY, RIGHTS AND DIVERSITY, (Avigail Eisenberg and Jeff Spinner-Halev eds.), pág. 297 (2004).

87 KRISTYNA SWIDERSKA, TRADITIONAL KNOWLEDGE PROTECTION AND RECOGNITION OF CUSTOMARY LAW: POLICY ISSUES AND CHALLENGES, pág. 9 (2004).

88 María Ochoa, *Conocimientos tradicionales. Sobre su protección jurídica y la capacitación de sus poseedores. Referencia al caso de Venezuela*, BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO, NO.127, (2010).

también es posible utilizar los datos del registro como un complemento para determinar y proteger los conocimientos tradicionales, cuando se han reconocido derechos colectivos de propiedad de las comunidades indígenas⁸⁹.

La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO⁹⁰, de 2003, recomienda a los Estados parte implementar medidas para salvaguardar el patrimonio cultural, incluyendo identificación, documentación e investigación del patrimonio⁹¹. De esa manera, corresponde a los Estados identificar y definir los distintos elementos del patrimonio cultural inmaterial presentes en su territorio, con participación de las comunidades, los grupos y las organizaciones no gubernamentales pertinentes.

En India se organizó una biblioteca digital de conocimientos tradicionales, conocida como Traditional Knowledge Digital Library; se trata de una base de datos electrónica sobre plantas medicinales que también recoge las formulaciones usadas en los sistemas tradicionales de medicina. Se organizó en 2001, en un esfuerzo colaborativo entre el Council of Scientific and Industrial Research y el Department Ayurveda, Yoga y Naturopathy, Unani, Siddha and Homeopathy del Ministerio de Salud, Familia y Bienestar de la India⁹². Su objetivo es proteger de la biopiratería los conocimientos tradicionales mediante la documentación electrónica. También sirve para impulsar la investigación basada en el conocimiento tradicional y simplifica el acceso al conocimiento. Cuando el registro fue completado preliminarmente en 2006, el gobierno indio decidió darle acceso a oficinas extranjeras de patentes incluyendo a la Oficina de Patentes Europea (EPO), a Japón y EEUU para permitir a la examinación de solicitudes de patentes y contrastarlas con el registro indio, evitando de este modo, el otorgamiento de patentes abusivas. La consulta misma está sujeta a una cláusula de confidencialidad en el uso de la información.

En España, existen los Inventarios de los Conocimientos Tradicionales relativos al Patrimonio Natural y la Biodiversidad y a los Recursos Fitogenéticos para la Agricultura y la Alimentación⁹³. Algunos países de América Latina han reconocido en su legislación nacional la protección del conocimiento tradicional así como la necesidad de crear registros que deben ser elaborados con la participación y consentimiento previo de las comunidades indígenas

89 World Intellectual Property Organization, *Inventario de bases de datos en línea de catalogación de conocimientos tradicionales*, Intergovernmental committee on intellectual property and genetic resources, traditional knowledge and folklore, 3rd Session, WIPO Doc. WIPO/GRTKF/IC/3/6, (GNV), punto 7. (2002).

90 UNESCO, Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, Doc. MISC/2003/CLT/CH/14 (oct. 17, 2003)

91 Véase id., artículo 2

92 El registro fue regulado por la *Patents (Amendment) Act* N° 15 de 2005 de India.

93 Ley 42/2007, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, 13 de diciembre de 2007 (España). Ley 30/2006, de semillas y plantas de vivero y de recursos fitogenéticos, 26 de julio de 2006 (España).

propietarias del conocimiento. Los registros también están siendo desarrollados desde las propias comunidades y pueblos indígenas, lo que permite la identificación, apropiación y protección de su patrimonio cultural.

La legislación peruana establece que los pueblos indígenas pueden registrar sus conocimientos tradicionales en tres tipos de registros⁹⁴. El primero es el Registro Nacional Público de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, que contiene los conocimientos que se encuentren en el dominio público. Registra y organiza la información para que los conocimientos no se pierdan en el tiempo y se puedan desarrollar otros nuevos. El segundo corresponde al Registro Nacional Confidencial de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, que contiene conocimientos que eventualmente pueden generar mayor valor productivo y que no pueden ser consultados por terceros⁹⁵. El tercer caso son los Registros Locales de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, organizados por los propios pueblos indígenas de conformidad con sus usos y costumbres⁹⁶. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de Perú (INDECOPI) presta asistencia técnica para la organización de estos registros.

Actualmente, en Perú a través del Centro Nacional de Salud Intercultural (CENSI), del Instituto Nacional de Salud, se desarrolla un Inventario Nacional de Plantas Medicinales de uso Tradicional que incluirá las especies de los diversos pisos ecológicos: costa, sierra y selva. Uno de los problemas de este sistema es la dificultad para proteger el acceso a los conocimientos tradicionales, puesto que la mayor parte de los registros implica un grado de accesibilidad para terceros no indígenas. Aunque se ha consolidado un número creciente de bases de datos de conocimientos tradicionales en Perú, éstas no cumplen con los requisitos técnicos necesarios para ser usadas como fuente del estado de la técnica, de manera que resultan deficitarios como mecanismo de protección preventiva.

4.1.2 Sistema de dominio público de conocimientos tradicionales

Desde la perspectiva tradicional del derecho de propiedad intelectual, el dominio público constituye el depositario de los conocimientos tradicionales y del folklore. La falta de cumplimiento de los requisitos de originalidad individual e innovatividad traslada automáticamente dichos saberes, especialmente los pertenecientes a los pueblos indígenas, a la categoría del dominio público dentro del derecho de propiedad intelectual occidental⁹⁷. Desde esta perspectiva, el conocimiento colectivo que se encuentra en el

94 Ley N° 27.811, establece el régimen de los conocimientos colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos, 10 de agosto de 2002 (Perú).

95 Véase, id., artículo 18.

96 Véase id., artículo 24.

97 Severine Dusollier, *Estudio Exploratorio sobre el derecho de autor y los derechos conexos y el dominio público*, WIPO, (GNV), pág. 12 (2010).

dominio público consiste en aquel que ha sido accesible a personas ajenas a los pueblos indígenas a través de medios de comunicación masiva. Esto significa que dicho conocimiento queda liberado para su explotación comercial y que no puede ser apropiado ya que carece de los requisitos de originalidad e innovatividad necesarios.

Para los defensores de esta posición, los conocimientos tradicionales son sencillamente demasiado viejos como para merecer protecciones propietarias, ya que cualquier derecho de propiedad intelectual, aunque sea colectivo y *sui generis*, debe ser limitado en el tiempo. Los conocimientos tradicionales indígenas habrían superado los límites temporales de una protección⁹⁸.

Algunos Estados aceptan que los conocimientos tradicionales y expresiones culturales indígenas entren al dominio público, pero refuerzan su protección con regímenes especiales, particularmente en el caso del folklore; es el caso de algunos países africanos, como Argelia, Kenya y Rwanda. Sin embargo, muchos Estados, así como la casi totalidad de los movimientos indígenas, rechazan que los conocimientos tradicionales, las expresiones culturales y, menos aún, los recursos genéticos queden a libre disposición⁹⁹. Para las comunidades y organizaciones indígenas, el dominio público es una categoría extraña e inadecuada debido a contiene formas culturales tradicionales que fueron extraídas en violación de las reglas y costumbres indígenas y, normalmente, sin su consentimiento previo. De allí que no se pueda sostener que sean parte del dominio público, porque no fueron publicadas o difundidas de forma lícita, sino en perjuicio de las comunidades, sus tradiciones, su espiritualidad y sus capacidades económicas.

La posición consistente de EEUU en la OMPI ha sido que los conocimientos tradicionales deben protegerse como parte del dominio público, para evitar su apropiabilidad por parte de terceros mediante derechos monopólicos, como los de propiedad intelectual. En la doctrina legal se ha criticado el llamado “romance del dominio público”, por cuanto la sobreprotección de la propiedad intelectual privada ha engendrado un ideal de libre compartición y acceso que, a veces, enmascara graves desigualdades en el acceso a los bienes comunes de la cultura. Ese es el caso de los pueblos indígenas que han sido discapacitados para acceder a dichos bienes y beneficiarse de ellos, además de verse obligados a compartir sus propios conocimientos frente a las grandes empresas que son, también, las más capacitadas para aprovechar innovativamente los conocimientos del acervo del dominio público¹⁰⁰.

98 Daniel Gervais, *Trips, Doha and Traditional Knowledge*, J. WORLD INTELL. PROP. L., VOL. 6, ISSUE 3, (2003).

99 Véase Declaración de Kimberly, CUMBRE INTERNACIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS SOBRE DESARROLLO SUSTENTABLE, TERRITORIOS DE KHOI-SAN, KIMBERLY, (RSA), párrafo 6 (2001).

100 Anupam Chander & Madhavi Sunder, *The Romance of the Public Domain*, CALIF. L. REV. VOL. 92, ISSUE 51331-1374, (2004).

4.1.3 Sistemas de licenciamiento abierto para conocimientos tradicionales

Una nueva alternativa de protección ha surgido de los derechos positivos de propiedad intelectual o propiedad intelectual reversa (*copyleft*), los cuales consisten en sistemas contractuales de licencia que prohíben la apropiación privada de ciertos conocimientos y, simultáneamente, permiten que sean compartidos bajo ciertas condiciones fijadas por el creador del conocimiento. Originalmente derivados de las prácticas de innovación abierta y el software libre, estos esquemas han ganado rápidamente prestigio y cobrado alcance general gracias a las licencias de *Creative Commons*.

La Fundación Natural Justice e International Development Law Organization proponen el desarrollo de sistemas de licenciamiento que permitan crear un espacio común de conocimientos tradicionales¹⁰¹. Este esquema requiere comunidades titulares de conocimientos tradicionales que licencien el acceso a sus conocimientos en conformidad con sus reglas consuetudinarias, y en los términos y condiciones que deseen, para usos no comerciales de tales conocimientos. Uno de los antecedentes corresponde a las relaciones de los curanderos con los *gunis* (sanadores) de Rajasthan¹⁰².

Los protocolos bioculturales se desarrollaron originalmente como una herramienta propia de las comunidades, en el contexto de negociaciones de acuerdos de repartición de beneficios, pero se está extendiendo a otros contextos como los de la Programa Conjunto de las Naciones Unidas para la Reducción de Emisiones provenientes de deforestación y de la degradación de los bosques (UN-REDD). El objetivo de este tipo de protocolos es asegurar el papel central de las comunidades que han sido custodias de los ecosistemas. Aunque el contenido de cada protocolo biocultural, sus términos y condiciones, son únicos en función de las diversas perspectivas de las comunidades indígenas y locales, existen algunos puntos comunes, como el acceso relativamente libre, el uso no comercial, la reciprocidad, la dualidad y el equilibrio. Estos últimos importan formas de intercambio que incluyen la recepción en las comunidades de las derivaciones de sus conocimientos, así como otras formas de distribución de beneficios.

La comunidad Warumungu, en la ciudad de Tenant Creek en Australia central, quería un sistema digital en línea con sus protocolos culturales, lo que dio origen al sistema Mukurtu¹⁰³. Sus desarrolladores crearon licencias de conocimientos tradicionales reconociendo que las comunidades indígenas tienen un uso y expectativas de acceso diferentes en lo que respecta a sus conocimientos y materiales. Las licencias requieren permisos especiales y

101 IDLO, *Imagining a Traditional Knowledge Commons, a community approach to sharing traditional knowledge for non-commercial research*, (IDLO, 2009), (ITA.).

102 IDLO, *Imagining a Traditional Knowledge Commons, a community approach to sharing traditional knowledge for non-commercial research*, (IDLO, 2009), (ITA.), págs. 11-12.

103 Véase MUKURTU, disponible en: <http://www.mukurtu.org>

el reconocimiento adecuado por parte de la comunidad de origen y se basan en *Creative Commons* así como en licencias de derechos de autor para especificar derechos de acceso y uso. Mukurtu constituye una comunidad libre y de código abierto cuya gestión de contenidos se basa en herramientas y estándares internacionales pero con capacidad para adaptarse a los protocolos locales y a sistemas de propiedad intelectual de las comunidades indígenas, bibliotecas, archivos y museos.

4.1.4 Autorregulación mediante códigos de buena conducta

Se observa un avance de mecanismos de autorregulación para llenar los vacíos o la total inexistencia de legislación. Esto ha tenido especial resonancia en el ámbito de prácticas de laboratorios en el acceso a conocimientos relacionados con recursos genéticos, aunque también otros sectores industriales, como el arte y la moda, han implementado estos esquemas. En el sector académico, la expansión de prácticas de autorregulación ha ido de la mano con otras preocupaciones sobre ética de la investigación y usos del conocimiento.

Para Bannister estos esquemas deben cumplir seis condiciones para aspirar a resolver las controversias sobre el uso de conocimientos tradicionales:

- a) Reconocer daños ocurridos en el pasado ocasionados por actores privados.
- b) Respetar la cultura, las tradiciones y las reglas de los grupos indígenas.
- c) Considerar los intereses de los grupos indígenas.
- d) Conceptualizar y desarrollar la investigación desde una visión de cooperación con las comunidades.
- e) Ajustar la investigación para dirigirla a las consideraciones y necesidades de los pueblos indígenas.
- f) Disponibilidad voluntaria e informada de la comunidad para conceder acceso a sus conocimientos.
- g) Brindar oportunidades para que la comunidad pueda reaccionar ante los hallazgos de la investigación¹⁰⁴.

La efectividad de estos mecanismos dependerá siempre de las capacidades de negociación que tengan los pueblos indígenas para hacer que las empresas o los centros de investigación cumplan adecuadamente sus reglas. De esa manera, los esquemas de autorregulación no son muy eficaces sin sistemas de protección positiva de derechos colectivos de los pueblos indígenas.

104 Kelly Bannister, *Non-legal instruments for the protection of the intangible cultural heritage*, en: PROTECTION OF FIRST NATIONS CULTURAL HERITAGE: LAWS, POLICY, AND REFORM, (Catherine Bell, Robert Paterson, (Eds.), (UBC Press, 2008).

4.1.5 Sistema de compartición de beneficios con consentimiento previo e informado

Este es el sistema que instaló el Convenio Internacional sobre la Diversidad Biológica (CDB) entre cuyos objetivos está “(...) la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos”¹⁰⁵.

Un grupo especial de trabajo se reunió en 2001 en Bonn, Alemania, con el fin de preparar un proyecto de directrices sobre acceso a recursos genéticos y participación justa y equitativa de los beneficios provenientes de su utilización, el que fue sometido a debate y enmiendas para su posterior adopción en abril de 2002. Las directrices de Bonn¹⁰⁶, indican que los términos de participación variarán dependiendo de lo que se considere justo y equitativo en función de las circunstancias.

Posteriormente, se adoptó el Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos, participación justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización del CDB¹⁰⁷, el cual establece que las medidas nacionales de participación en los beneficios deben estipular que los que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, así como de sus aplicaciones y comercialización subsiguientes, se compartan de manera justa y equitativa con la parte contratante que provea esos recursos. La utilización incluye actividades de investigación y desarrollo sobre la composición genética y/o bioquímica de los recursos genéticos. La participación en los beneficios deberá estar sujeta a condiciones mutuamente acordadas y pueden ser monetarios o no monetarios, como resultados de investigación compartidos o transferencia de tecnología. Este protocolo también propone la creación de un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios, con la finalidad de abordar recursos genéticos que se producen en zonas o situaciones transfronterizas en las que no puede obtenerse el consentimiento.

La Comunidad Andina de Naciones (CAN), en concordancia con el CDB, aprobó mediante su Decisión 391 en 1996, un Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos¹⁰⁸, que regula el acceso a éstos y sus

105 Organización de las Naciones Unidas, Convenio sobre la Diversidad Biológica, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medioambiente y Desarrollo, 93/626/CEE, (1992), (BRA.), artículo 1.

106 Organización de las Naciones Unidas, Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, Directrices de Bonn sobre el acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización, COP 6 DECISION VI/24, (2002), (CAN.), en adelante las Directrices de Bonn.

107 Organización de las Naciones Unidas, Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica, (2011), (CAN.).

108 Comunidad Andina de Juristas, *Decisión 391 Régimen común sobre acceso a los recursos genéticos*, GACETA OFICIAL DEL ACUERDO DE CARTAGENA, AÑO XII, N° 213, (1996).

productos derivados. Tiene por objeto, entre otros, prever condiciones para una participación justa y equitativa en los beneficios derivados del acceso. Siguiendo esa misma línea, algunos países han dictado normas desarrollando estas obligaciones a nivel interno, tales como la Medida Provisoria 2.186-16 de Brasil¹⁰⁹, la Ley 27.811 de Perú¹¹⁰ y la Ley sobre Diversidad Biológica de Venezuela¹¹¹.

Zapara sostiene que la participación en los beneficios debe resolver cuestiones derivadas de los siguientes puntos: la naturaleza del recurso en cuestión, su uso y la naturaleza o tipo de beneficios. Algunos interrogantes que deben responderse son los siguientes: ¿cómo surge la obligación de distribuir los beneficios?; ¿entre quiénes debería distribuirse? o ¿quiénes son los beneficiarios?, y ¿cómo cuantificar y asignar los beneficios entre los beneficiarios? Agrega que deben establecerse medidas para fomentar y distribuir los beneficios y para disminuir los costos de las transacciones involucradas porque si el sistema es excesivamente caro, los beneficios no llegarán a los destinatarios. Por último, la repartición también debiera contemplar respuestas a preguntas como: ¿qué capacidad deben tener las autoridades locales?; ¿cómo se puede prevenir el uso de material en el dominio público?; ¿de qué forma se puede guardar la información en un registro y con qué propósito?; y considerando que el valor del conocimiento está en su confidencialidad, ¿cómo se puede asegurar que los usuarios potenciales estén al tanto de a qué comunidades deben consultar para usar un determinado conocimiento?¹¹²

Los beneficios, por su parte, pueden ser monetarios y/o no monetarios. Dentro de los no monetarios destacan la participación de nacionales en actividades de investigación; la distribución de los resultados, por ejemplo, un conjunto completo de especímenes entregados a instituciones nacionales; apoyo a la investigación en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica; fortalecer la capacidad de transferencia tecnología incluida la biotecnología; fortalecer la capacidad de los pueblos indígenas y

(PER.), disponible en: <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/gace213.pdf>.

109 República Federativa do Brasil, Presidencia de la República, Casa Civil, Subsecretaria de Asuntos Jurídicos, Medida Provisional N° 2.186 – 16, regula el Artículo II del § 1 y 4 del art. 225 de la Constitución, arts. Párrafo 1, 8, “j”, 10, “c”, 15 y 16, apartados 3 y 4 del Convenio sobre la Diversidad Biológica que establece el acceso a los recursos genéticos, la protección y el acceso a los conocimientos tradicionales asociados, el intercambio de beneficios y el acceso a la tecnología y transferencia de tecnología para su conservación y uso, y otras medidas, (2001), (BRA.), disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm.

110 Véase, Ley N° 27.811, supra nota 94.

111 Ley de Diversidad Biológica, 24 de mayo de 2000 (Venezuela).

112 BEATRIZ ZAPATA, ASPECTOS LEGALES SOBRE RECURSOS GENÉTICOS Y ASUNTOS CONEXOS. SU APLICACIÓN EN BOLIVIA, (2000).

de las comunidades locales respecto a los componentes intangibles asociados a los recursos genéticos y sus derivados; acceso, por parte de ciudadanos nacionales, a todos los especímenes nacionales depositados en las colecciones internacionales *ex situ*; entrega a los proveedores, sin pago de regalías, de todas las tecnologías elaboradas como consecuencia de la investigación sobre especies endémicas; donación a las instituciones nacionales del equipo utilizado en las investigaciones; libre acceso a las tecnologías y productos resultantes del acuerdo; intercambio de información; protección de las aplicaciones locales existentes y de los derechos de propiedad intelectual; control de los métodos de prospección biológica; recopilación y preparación de muestras; supervisión de la diversidad biológica; supervisión socioeconómica y/o técnica de viveros y técnicas agronómicas (aumento de la capacidad de conservación); y creación de institucionalidad¹¹³.

De acuerdo a la CAN “los contratos en este campo han estado dominados por los acuerdos entre partes o por la ilegalidad, que se funda en el desequilibrio existente entre las partes que requieren acceder a los recursos genéticos o los conocimientos tradicionales, y las partes que proveen dichos recursos a nivel local. Estas dificultades han generado dudas respecto a los resultados a obtenerse a partir de las formulaciones contenidas en el CDB, en especial, ante la ausencia de una obligación legal que garantice el cumplimiento satisfactorio de éstas por los países desarrollados”¹¹⁴.

Lo anterior está íntimamente ligado a las prácticas del consentimiento previo informado y a los acuerdos recíprocos que deben organizar los sistemas de participación en los beneficios. Teóricamente, debe existir un consentimiento; es decir, un acuerdo expreso de los proveedores de acceso a los conocimientos o recurso genéticos explicitado a las autoridades competentes, nacionales o locales. En segundo lugar, debe ser informado, o sea basado en la información previamente disponible, la cual debe ser clara, completa y hallarse razonablemente disponible. Finalmente, consentimiento debe ser previo o anterior al acceso a los conocimientos o recursos aspirados.

Las Directrices de Bonn indican que el consentimiento previo debe cubrir los siguientes aspectos: las autoridades competentes encargadas de decidir; los plazos y fechas límites en el proceso; la necesidad de especificar el uso concreto que se hará de los recursos; los mecanismos de consulta; y el procedimiento para obtener el consentimiento. Por otra parte, el acceso a los conocimientos y recursos debe realizarse bajo condiciones mutuamente acordadas o acuerdos recíprocos que deben ser resultados de procesos de negociación entre las partes. Las Directrices de Bonn establecen, en su

113 Comunidad Andina de Naciones & BID, *Distribución de beneficios*. Documento Temático, estrategia regional de biodiversidad para los países del Trópico Andino, preparado por Consorcio, GTZ/FUNDECO/IE, pág. 22 (2001).

114 Véase Comunidad Andina de Naciones & BID, *supra* nota 108, pág. 5.

parágrafo 43, una serie de requisitos básicos a tener en cuenta en el marco de las condiciones mutuamente acordadas¹¹⁵.

4.1.6 Sistema de derechos colectivos *sui generis*

Finalmente, existe el sistema de derechos de propiedad intelectual, o de protección positiva, que adjudica derechos de índole colectiva a los pueblos indígenas. Este es el sistema que propugna la UNDRIP¹¹⁶, así como la mayoría de las constituciones latinoamericanas. En la actualidad se está imponiendo como la tendencia internacional dentro de la OMPI y es la opción que mayor respaldo ha encontrado en el movimiento indígena internacional.

De acuerdo con las organizaciones indígenas, un sistema de reconocimiento de derechos colectivos constituye la mejor opción de protección, dada la naturaleza comunitaria y dinámica de los conocimientos tradicionales indígenas. Los derechos de propiedad intelectual *sui generis* permiten operacionalizar y proyectar las demandas de autonomía de los pueblos indígenas sobre sus sistemas simbólicos y la biodiversidad asociada a su historia y cultura. Por otra parte, estos derechos, en su naturaleza y alcance, pueden quedar regulados por las reglas del derecho consuetudinario propio de los pueblos indígenas correspondientes, de manera que serían el resultado de procesos de pluralismo jurídico. Perú¹¹⁷, Brasil¹¹⁸, Panamá¹¹⁹ y Costa Rica¹²⁰ reconocen derechos de propiedad intelectual modificados para los pueblos indígenas, pero sin establecer claramente su regulación por el derecho consuetudinario indígena.

El carácter *sui generis* viene dado por el vínculo permanente con la cultura de los pueblos indígenas, siendo de naturaleza inalienable y perpetua, antes que instrumental y temporal, como los derechos de propiedad intelectual regulares. Por otro lado, están vinculados al control autónomo –conservación y renovación– sobre los recursos cognitivos de los pueblos indígenas y a la autodeterminación. A diferencia del sistema clásico de derechos de propiedad intelectual –patentes, denominaciones de origen, derecho de autor, variedades vegetales, derechos editoriales, etc.–, se trata de derechos integrales sobre los diversos componentes de los sistemas de

115 Véase, Directrices de Bonn, *supra* nota 106.

116 Véase Nelson & Winter, *supra* nota 2, artículo 31.

117 Véase Ley N° 28.216, de Protección al Acceso a la Diversidad Biológica Peruana y los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, (2004) (Perú).

118 Véase Ley de Biodiversidad del Brasil, Medida Provisional N° 2.186-15, 26 de julio de 2001 (Brasil).

119 Véase Ley N° 20, sobre el régimen especial de propiedad de los derechos colectivos de las comunidades indígenas para la protección de su identidad cultural y de los conocimientos tradicionales, 26 de junio de 2000 (Panamá).

120 Véase Ley de Biodiversidad N°7788, 30 de abril de 1998 (Costa Rica).

conocimientos indígenas que reflejan su naturaleza holística e integrada¹²¹. Además, como resulta evidente, los titulares son los pueblos indígenas representados según sus propias formas de autoridad y decisión. Finalmente, el contenido y alcance son flexibles variando según las reglas del derecho consuetudinario indígena.

Estos sistemas requieren reglas de interculturalidad que regulen y resuelvan la colisión entre distintos sistemas normativos, atendiendo a que diversas comunidades pueden concurrir por los mismos recursos. Esto puede significar que una comunidad acepte usos comerciales de sus conocimientos, del mismo modo que rechace usos no comerciales. Todo depende de sus procesos internos de decisión. ¿Cómo se ejercen esos derechos? constituye un problema absolutamente intracomunitario. La comunidad o pueblo puede otorgarle la custodia, el poder de autorización de uso, o la explotación a una persona singular si así lo resuelve.

Las consecuencias jurídicas no se agotan en la impugnación de solicitudes de derechos exclusivos de propiedad sobre conocimientos tradicionales. Esto quiere decir que surgen otra índole de responsabilidades por la vulneración y daños provocados así como del Estado frente a dichas amenazas.

Por otro lado, el sistema *sui generis* requiere ser complementado con sistemas de registro y de participación en los beneficios, los cuales ganan en efectividad otorgando capacidades de negociación y resguardo para las comunidades indígenas que de otro modo no podrían alcanzar. Existe controversia sobre cómo se pierden o extinguen estos derechos. Los movimientos indígenas demandan que sean regulados por el derecho consuetudinario propio de los colectivos indígenas titulares de derechos.

4.2 Evolución de las propuestas de regulación internacional

Los esfuerzos internacionales en estas materias, en su mayoría se encuentran en un estado de soft law, con la salvedad del régimen del CDB¹²² y el Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial¹²³, ambos ratificados por Chile. El Convenio 169 sólo establece el derecho de los pueblos indígenas a conservar sus costumbres¹²⁴. La CDB establece la conservación in situ de la biodiversidad; esto es, la conservación de la biodiversidad en las condiciones de los ecosistemas originales, lo que es especialmente importante para las comunidades y pueblos indígenas cuyos imaginarios y sistemas de conocimiento están estrechamente vinculados a sus ecosistemas, generando intercambios en equilibrio con éstos, convirtiéndose

121 Véase World Intellectual Property Organization, *supra* nota 12.

122 Véase Organización de las Naciones Unidas, *supra* nota 105.

123 Véase UNESCO, *supra* nota 90.

124 Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (ILO No. 169), 72 Official Bull. 59, entrada en vigor 5 de septiembre de 1991.

en mejoradores genéticos y guardianes de la biodiversidad en períodos muy prolongados. Esta condición se reconoce el artículo 8 j) de la convención¹²⁵. De esa manera, la CDB establece el principio de consentimiento informado y de compartición de beneficios para el acceso y uso de los conocimientos relacionados con la diversidad biológica. Los regímenes ABS (Access & Benefits Sharing), de la CDB, han obtenido resultado disímiles en las diversas regiones así como en los sectores funcionales de aplicación¹²⁶. El problema básico de la CDB es que no reconoce a los pueblos indígenas como propietarios originarios y guardianes de una vasta cantidad de variedades de recursos genéticos, poniendo a los Estados como únicos soberanos sobre los recursos genéticos en territorios indígenas¹²⁷.

Los pueblos indígenas han sostenido en foros internacionales que es necesario fortalecer tanto los derechos procedimentales, tales como el consentimiento previo informado, y los acuerdos en términos recíprocos, como los sustantivos de los pueblos indígenas respecto de los recursos genéticos y conocimiento tradicional¹²⁸.

En la séptima reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, conocida como Conferencia COP7, se propusieron un conjunto de medidas para proteger y asegurar los derechos procedimentales o de participación de los pueblos indígenas en los mecanismos ABS de la CDB. Las más relevantes son:

“(xiv) Divulgación del país de origen/fuente/procedencia legal de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados en solicitudes de derechos de propiedad intelectual; (xv) Reconocimiento y protección de los derechos de las comunidades indígenas y locales sobre sus conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos sujetos a la legislación nacional de los países en que están situadas esas comunidades; (xvi) Derecho consuetudinario y prácticas culturales tradicionales de comunidades indígenas y locales (...)”. También: “(xviii) Código de ética/código de conducta/modelos de consentimiento fundamentado previo

125 Este artículo señala que: “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 conservación y la utilización sostenible de 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 de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente”.

126 SARAH LAIRD & RACHEL WYNBERG, ACCESS AND BENEFIT-SHARING IN PRACTICE: TRENDS IN PARTNERSHIPS ACROSS SECTORS, UNEP CBD TECHNICAL SERIES N° 38, (2008).

127 Debra Harry & Le´a Malia Kanehe, *The BS in Access and Benefit Sharing (ABS): Critical Questions for Indigenous Peoples*, THE CATCH: PERSPECTIVES IN BENEFIT SHARING, EDMOND INSTITUTE & THIRD WORLD NETWORK, (Beth Burrows ed., 2008).

128 Indigenous Peoples Council on Biocolonialism (IPCB), Call of the earth (COE); International Indian Treaty Council (IITC), Potential threats to indigenous peoples' rights by the convention on biological diversity's proposed international regime on access and benefit sharing, 17 – 19 ENERO 2007, PFII/2007/WS.4/9, (2007).

u otros elementos con el fin de garantizar la participación justa y equitativa en los beneficios por las comunidades indígenas y locales (...)"¹²⁹.

Tanto como para la determinación de los derechos substantivos como los procedimentales de los ABS, el aspecto clave consiste en el reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas:

"In practice PIC (Prior Informed Consent) typically involves a participatory process, collective decision-making and, in some cases, written agreement. Recognition of the diversity within and among indigenous peoples, unique customary legal and organisational structures, cosmovisions and lifestyles is required in order to develop flexible and appropriate procedures for local-level PIC".¹³⁰

Las Directrices de Bonn¹³¹ pusieron énfasis en las obligaciones de los privados de compartir sus beneficios bajo las leyes nacionales, como parte de su relación contractual con los pueblos indígenas y comunidades. El régimen sugerido indica que los beneficios deberían ser equitativa y justamente compartidos con todos aquellos que contribuyen al manejo de los recursos y a los procesos científicos y comerciales, y que tales beneficios deben ser dirigidos a promover la conservación y uso sustentable de la diversidad biológica¹³². Sin embargo, no existen regulaciones propuestas sobre la compartición de beneficios entre Estado y pueblos indígenas, o entre Estados.

Por su parte, la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial establece un sistema nacional de inventario del patrimonio cultural inmaterial presente en su territorio, imponiendo un deber débil para alcanzar una participación más amplia de las comunidades, los grupos y, si procediera, de los individuos que crean, mantienen y transmiten ese patrimonio asociándolos activamente a la gestión del mismo¹³³.

Dependiendo de los objetivos específicos del régimen de protección de recursos genéticos y conocimientos tradicionales, los inventarios, registros y bases de datos pueden jugar un rol sustancial para los pueblos indígenas tanto en la promoción y preservación del conocimiento tradicional, en la provisión de medios para asistir a los procedimientos de investigación de patente y en la identificación del arte previo (*prior art*), así como en la identificación de las comunidades que puedan ser titulares de beneficios

129 Organización de las Naciones Unidas, Convenio sobre la Diversidad Biológica, CONFERENCIA DE LAS PARTES EN EL CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, UNEP/CBD/COP/6/20, DECISION VII/19D, ANNEX, 6º REUNIÓN, (2002), (GNV).

130 Véase Swiderska, *supra* nota 87, pág. 22.

131 Véase Directrices de Bonn, *supra* nota 106.

132 Elisa Morgera & Elsa Tsioumani, *The Evolution of Benefit Sharing: Linking Biodiversity and Community Livelihoods*, Rev. European Community & Int'l 15, 150-173 (2010).

133 Véase UNESCO, *supra* nota 90, artículo 15.

compartidos y de derechos exclusivos. También son útiles para registrar conocimientos tradicionales sobre los cuales se han reconocido derechos nacionales y consuetudinarios, así como para proteger información. Sin embargo, las bases de datos y registros por sí solos no protegen efectivamente los conocimientos tradicionales y no sustituyen los derechos procedimentales y sustanciales de los pueblos indígenas y comunidades locales sobre ellos¹³⁴.

El Protocolo de Nagoya procura desarrollar el CDB con respecto a los derechos procedimentales de los pueblos indígenas y comunidades locales. Este protocolo fue preparado por el grupo de trabajo especial sobre ABS, constituido en 2004 por la Conferencia de Estados partes¹³⁵. De acuerdo al protocolo, los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos, así como las aplicaciones y comercialización subsiguientes, se compartirán de manera justa y equitativa con la parte que aporta dichos recursos, ya sea el país de origen de dichos recursos, o quien haya adquirido los recursos genéticos de conformidad con el convenio, debiendo llevarse a cabo en condiciones mutuamente acordadas¹³⁶.

El artículo 5.2 señala que cada parte adoptará las medidas legislativas, administrativas o de políticas, con miras a asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos que están en posesión de comunidades indígenas y locales, de conformidad con las leyes nacionales respecto a los derechos establecidos por dichas comunidades indígenas y locales sobre estos recursos genéticos, sean compartidos de manera justa y equitativa con las comunidades en cuestión, sobre la base de condiciones mutuamente acordadas. El artículo 5.5 dispone lo mismo para los conocimientos tradicionales asociados. Tanto el acceso a los recursos genéticos, como a los conocimientos tradicionales asociados, depende del consentimiento previo informado de las comunidades locales e indígenas involucradas. En virtud del protocolo, se crea un Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios o Clearing House.

El artículo 17.1.a indica que las partes establecerán puntos de verificación designados, los cuales recolectarían o recibirían, según proceda, información pertinente relacionada con el consentimiento fundamentado previo, con la fuente del recurso genético, el establecimiento de condiciones mutuamente acordadas y/o la utilización de recursos genéticos, según corresponda. Esta información también puede considerar la recepción de certificados internacionalmente reconocidos de cumplimiento de los requerimientos internacionales y nacionales. Lo anterior quiere decir que el protocolo admite la injerencia de esquemas de cumplimiento o verificación

134 MERLE ALEXANDER, K. CHAMUNDEESWARI, ALPHONSE KAMBU, MANUEL RUIZ, BRENDAN TOBIN, THE ROLE OF REGISTERS AND DATABASES IN THE PROTECTION OF TRADITIONAL KNOWLEDGE, A COMPARATIVE ANALYSIS, UNU-IAS, (2004), pág. 38.

135 Véase Organización de las Naciones Unidas, *supra* nota 107.

136 Véase Organización de las Naciones Unidas, *supra* nota 107, artículo 5.

respecto de los procedimientos de consulta y divulgación de información. Al respecto, el artículo 17.3 señala que un certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente servirá como prueba de haber accedido al recurso conforme al consentimiento fundamentado previo, conviniéndose condiciones de acuerdo con lo establecido legalmente, o por los requisitos reglamentarios nacionales sobre acceso y participación en los beneficios de la parte que otorga el consentimiento fundamentado previo.

4.3 Hacia un régimen internacional de protección *sui generis*

Debido a que los sistemas de derechos de propiedad intelectual son, para la mayor parte de los interesados, inadecuados para proteger los conocimientos tradicionales y que los derechos *sui generis* se adaptan mejor a los marcos legislativos nacionales y a las reglas de los sistemas de derecho consuetudinario, estos últimos cuentan con mayor apoyo dentro de los pueblos indígenas para establecer un modelo de protección internacional a los conocimientos tradicionales¹³⁷. Esta visión se ha ido imponiendo en las tres áreas del mandato del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folklore de la OMPI, las cuales a continuación revisaremos.

En cuanto a los conocimientos tradicionales, en las discusiones de este comité se propuso la construcción de un derecho colectivo *sui generis* que fuera sistemático y comprensivo respecto de los usos culturales del conocimiento por parte de los pueblos indígenas a fin de preservar su carácter holístico¹³⁸. Debe ser un derecho que permita prevenir el uso no autorizado y el abuso de los conocimientos tradicionales, prevenir que se fije, o inmovilice, el conocimiento tradicional que se encuentre autorizado o sea distorsionador. Un derecho que tenga efectos similares a las bases de datos, en el sentido de evitar la competencia desleal y exigir el develamiento de información técnica atingente; y un derecho que sirva de fundamento para un sistema de compartición de beneficios. Desde 2008, el grupo de trabajo intersesional ha preparado un proyecto de artículos sobre la protección de los conocimientos tradicionales¹³⁹. Los principios de la protección a partir de

137 Anna Poschung, *The protection of indigenous peoples' traditional knowledge through an international regime on access and benefit-sharing*, pág. 50 (November 2, 2009), disponible en http://www.iew.unibe.ch/unibe/rechtswissenschaft/dwr/iew/content/e3911/e4043/e6182/poschung_anna_ger.pdf (última revisión febrero 10, 2013).

138 Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folklore de la OMPI. Desde la sesión del grupo de trabajo intersesional que tuvo lugar entre 19 de julio a 23 de julio de 2010 (*Ginebra, Suiza*), ya se cuenta con un proyecto de articulado que incorpora la propuesta de derechos *sui generis*. Véase Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folklore – Grupo de Trabajo Intersesional. http://www.wipo.int/meetings/es/details.jsp?meeting_id=20443 (última revisión febrero 10, 2013).

139 Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos

los cuales se fundamenta este proyecto han sido discutidos y desarrollados al interior de la OMPI. En síntesis son:

- a) Principio de receptividad a las necesidades y expectativas de los poseedores de conocimientos tradicionales: la protección debe reflejar las aspiraciones, expectativas y necesidades de los poseedores de conocimientos tradicionales; en particular, se deben reconocer y respetar, en lo posible y cuando resulte apropiado, las prácticas, los protocolos, leyes indígenas y consuetudinarias.
- b) Principio de reconocimiento de los derechos: reconocer el derecho de los poseedores de conocimientos tradicionales a la protección eficaz de sus conocimientos contra la apropiación indebida.
- c) Principio de efectividad y accesibilidad de la protección: las medidas destinadas a proteger los conocimientos tradicionales deben ser eficaces, así como comprensibles, asequibles y accesibles para sus beneficiarios, teniendo en cuenta el contexto de los poseedores de los conocimientos.
- d) Principio de flexibilidad y exhaustividad: la protección debe respetar la diversidad de los conocimientos tradicionales y otorgar suficiente flexibilidad para que las autoridades nacionales puedan determinar el medio apropiado para aplicar los presentes principios en el marco de los mecanismos legislativos vigentes y de otros específicos, valiéndose de una amplia gama, considerando que un enfoque demasiado limitado o rígido podría dificultar las consultas necesarias con los poseedores de los conocimientos tradicionales.
- e) Principio de equidad y participación en los beneficios: la protección debe reflejar la necesidad de velar por un justo equilibrio entre los derechos y los intereses de los poseedores de los conocimientos tradicionales, de quienes los utilizan y disfrutan. También debe tener en cuenta la necesidad de conciliar preocupaciones políticas diversas con la necesidad adoptar medidas concretas que sean proporcionales a los objetivos de protección y al mantenimiento de un justo equilibrio de intereses.
- f) Principio de concordancia con los sistemas jurídicos vigentes aplicables al acceso a los recursos genéticos conexos: la facultad de otorgar acceso a los recursos genéticos, estén o no vinculados a conocimientos tradicionales, corresponde a los gobiernos nacionales y está sujeta a la legislación nacional. La protección de los conocimientos tradicionales debe estar en concordancia con los

Tradicionales y Folclore, Segundo Grupo de Trabajo entre Sesiones, Proyecto de Artículos sobre la Protección de los Conocimientos Tradicionales Elaborado en el IWG 2, Ginebra, 21 a 25 de febrero 2011, 17 de marzo de 2011. WIPO Doc. WIPO/GRTKF/IWG/2/3.

sistemas de propiedad intelectual vigentes y servirles de apoyo, y debe fomentar la aplicabilidad de los correspondientes sistemas de propiedad intelectual a los conocimientos tradicionales en aras de sus titulares y de los intereses del público.

- g) Principio de respeto de los instrumentos y procesos internacionales y regionales y cooperación con los mismos: la protección de los conocimientos tradicionales debe realizarse en conformidad con los objetivos de otros instrumentos y procesos regionales e internacionales pertinentes, sin menoscabar los derechos y obligaciones específicos establecidos en instrumentos jurídicos vinculantes.
- h) Principio de respeto del uso y la transmisión consuetudinarios de los conocimientos tradicionales: al proteger los conocimientos tradicionales deben respetarse y tenerse en cuenta el uso, las prácticas y las normas consuetudinarias.
- i) Principio de reconocimiento de las características específicas de los conocimientos tradicionales: la protección de los conocimientos tradicionales debe responder al contexto tradicional, colectivo o comunal y al carácter intergeneracional de su desarrollo, preservación y transmisión. Debe considerar su relación con la identidad e integridad cultural y social, las creencias, la espiritualidad y los valores de la comunidad, así como su carácter evolutivo.
- j) Principio de prestación de asistencia para atender las necesidades de los poseedores de conocimientos tradicionales: deberá prestarse asistencia a los poseedores de conocimientos tradicionales con el fin de fortalecer sus capacidades jurídicas y técnicas y crear la infraestructura institucional que necesitan para aprovechar y utilizar eficazmente la protección de la que disponen en virtud de los presentes principios¹⁴⁰.

El proyecto reconoce a las comunidades su derecho a generar, proteger, preservar y transmitir los conocimientos, en un contexto tradicional, de una generación a otra. También reconoce a ciertos individuos, legitimados en el seno de las comunidades conforme a los protocolos, leyes y prácticas consuetudinarias, como poseedores de los conocimientos de la comunidad, o que son designados administradores de ellos por los procesos, costumbres o instituciones tradicionales apropiadas.

La regla propuesta como artículo 3¹⁴¹ señala que los Estados deben

140 World Intellectual Property Organization, Protection of Traditional Knowledge: Overview of Policy Objectives and Core Principles, Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, VII Sesión, WIPO DOC. WIPO/GRTKF/IC/7/5 (2004).

141 De acuerdo a la versión del articulado para la sesión 24 del Comité Intergubernamental.

proveer las medidas políticas, administrativas y legales adecuadas para prevenir el develamiento no autorizado, el uso o cualquier otra explotación de los conocimientos tradicionales. Dicha regla también establece el derecho exclusivo para los titulares de los conocimientos tradicionales para prevenir las apropiaciones indebidas y los malos usos, incluyendo cualquier adquisición, apropiación, utilización o práctica de su conocimiento tradicional sin el consentimiento previo informado y el establecimiento de condiciones mutuamente acordados.

Para esos efectos se considera uso o utilización de los conocimientos tradicionales su manufactura, importación, oferta de venta, venta, almacenamiento o uso más allá del contexto tradicional, o bien estar en posesión de un producto para los propósitos de ofrecerla en venta, venderla o uso más allá del contexto tradicional, cuando configuran dichos conocimientos tradicionales un producto. Cuando se traten de procesos, el uso de conocimientos tradicionales consiste en usarlos más allá del contexto tradicional o vender, manufacturar, importar, ofrecer para venta, almacenar o usar más allá del contexto tradicional un producto que resulta directamente de esos procesos, o bien estar en posesión de tales productos para los propósitos de ofrecerlos en venta, venderlos o usarlos más allá del contexto tradicional. Finalmente, se considera uso conocimientos tradicionales para la investigación y desarrollo para el lucro o fines comerciales.

La adquisición o la utilización de los conocimientos tradicionales exigen siempre el consentimiento informado previo como condición de acceso legítimo, el cual debe ser obtenido en conformidad con el derecho consuetudinario propio de la comunidad respectiva.

Respecto a las instituciones jurídicas nacionales que pueden ejecutar los objetivos y principios de la propuesta, se plantea un criterio flexible pudiendo ser mediante: reglas de propiedad intelectual, ley especial sobre los conocimientos tradicionales, legislación del derecho de contratos, derecho de responsabilidad civil, derecho penal, leyes relativas a los intereses de los pueblos indígenas, o pesqueras y medioambientales, especiales sobre regímenes de acceso y participación en los beneficios, o cualquier otra ley o combinación de ellas.

El área donde ha sido más difícil llegar a un acuerdo y donde, por tanto, están más rezagadas las propuestas de regulación internacional, es el ámbito correspondiente al conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos. En esta materia, el documento consolidado que produjo el grupo de trabajo de la ONU titulado Asuntos Relativos al Comité Intergubernamental sobre Recursos Genéticos y Propiedad Intelectual, Conocimientos Tradicionales y

Véase Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore Twenty-Fourth Session, Geneva, April 22 to 26, 2013.

Folclore¹⁴², busca asegurar los principios del consentimiento informado, los acuerdos mutuamente acordados, la compartición equitativa de beneficios y la transparencia de la información. El documento de fecha 22 de febrero de 2012¹⁴³, tiene como principio directriz el prevenir la constitución de derechos de propiedad intelectual incluyendo el acceso y utilización de recursos genéticos y/o conocimiento asociado a ellos en las siguientes situaciones:

- a) Erróneamente por invenciones que no son nuevas.
- b) Cuando no hay consentimiento previo informado, términos mutuamente acordados, y/o cuando no medie un sistema de participación en los beneficios equitativo y justo, y además no se haya revelado el origen o no se cumplan otros requerimientos del derecho nacional.
- c) Cuando se garanticen derechos en violación de los derechos inherentes a los propietarios originales.

Nótese que estas tres posibilidades son disyuntivas y no copulativas. Se discute si debe hacerse referencia sólo a las patentes, o a la generalidad de los derechos de propiedad intelectual o bien si, en la segunda hipótesis, la falta de un sistema de beneficios compartidos es suficiente para quitarle legitimidad al uso de recursos, aunque haya existido un acuerdo.

En el punto 2.7, el documento consolidado contiene dos opciones alternativas como objetivo específico: que no se concedan patentes sobre formas de vida que recaigan en recursos genéticos o formas de conocimiento tradicional, o bien que se incremente la disponibilidad de esos sistemas de derechos de propiedad para la repartición de beneficios.

El principio directriz específico 3.1 señala que todas las oficinas de patentes o registro de propiedad intelectual deben considerar las formas de “arte previo” y el conocimiento tradicional asociado cuando resuelva sobre solicitudes de derechos. El 3.3 indica que los sistemas de presentación de información requerida para garantizar derechos de propiedad intelectual deben asegurar la trazabilidad del uso de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado en la investigación y desarrollo resultante en invenciones patentables.

Por otro lado, el grupo de trabajo se propone establecer un equilibrio con los sistemas de propiedad intelectual, asumiendo que deben mantenerse incentivos para la innovación, otorgar certeza legal de los derechos

142 World Intellectual Property Organization, *Matters Concerning the Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources Traditional Knowledge and Folklore*, Intergovernmental committee on intellectual property and genetic resources, traditional knowledge and folklore, 20th session, WIPO Doc. WO/GA/40/7 (2011).

143 Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, Documento consolidado en relación con la propiedad intelectual y los recursos genéticos, disponible en http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_20/wipo_grtkf_ic_20_ref_facilitators_text.pdf. (última revisión: 10.7.2012).

y recompensar legítimamente la innovación y proteger la creatividad. En cualquier caso, el documento busca la transparencia en la revelación de la información técnica, especialmente del país de origen de los recursos.

En cuanto al articulado, se propone una redacción que reconozca que los derechos titulares originarios surgen de la existencia misma del conocimiento, con carácter inalienable y perpetuo, intergeneracionales y con capacidad para autorizar o denegar el acceso a recursos genéticos y al conocimiento tradicional asociado. En la única versión existente, el artículo 3.1 descarta la exigencia de registro para proteger los derechos de los titulares originarios. El resto del mismo es controversial, sobre todo en cuanto a la revelación de la información ante la oficina de registro y si será obligatorio u optativo para los privados presentar certificados internacionalmente reconocidos.

Para la defensa de los derechos originarios se propone que la OMPI, con ayuda de las autoridades nacionales, lleve un inventario de bases de datos con información sobre recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado. Se propone la prohibición de patentes sobre formas de vida y recursos genéticos *in situ* y *ex-situ*, o bien incrementar la compartición de beneficios. Para asegurar la transparencia de la información, se sugiere el mecanismo de *Clearing House*, o centro de intercambio de información, establecido por el CDB, o bien su cooperación con la OMPI.

Hay tres opciones para el artículo 8 sobre las sanciones a los privados que violen los derechos originarios cuando constituyen derechos de propiedad intelectual o patentes sobre recursos genéticos:

- a) Una regla general para establecer responsabilidades criminales, administrativas y civiles.
- b) Establecer sanciones legales, civiles y criminales, dentro del sistema de propiedad intelectual, tales como licencias obligatorias y revocación de derechos, con mecanismos alternativos de resolución de disputas y extensión de los derechos cuando las revisiones de información para propósitos de transparencia retrase el otorgamiento del derecho o patente.
- c) Sanciones administrativas que permitan a los organismos de administración, o judiciales, evitar o rechazar una solicitud de derechos o patentes que violen los derechos originarios.

Finalmente, el área donde fue más fácil y donde primero se alcanzaron acuerdos fue el ámbito del folklore, el cual ahora es conceptualizado como expresiones culturales tradicionales. En este ámbito existe una propuesta de articulado en estudio desde 2004¹⁴⁴. Se trata de conceptos equivalen-

144 *The Protection of Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore: Draft Objectives and Principles*, Intergovernmental committee on intellectual property and genetic resources,

tes que abarcan las formas materiales o inmateriales en que se expresan, aparecen o se manifiestan en los conocimientos y en la cultura tradicional. Puede tratarse de expresiones verbales o símbolos, expresiones musicales, corporales –como las danzas y otras ejecuciones– y las materiales como las obras de arte, en particular, dibujos, diseños, pinturas (incluidas las pinturas corporales), tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, forja, joyería, cestería, labores de punto, textiles, cristalería, tapices, indumentaria; artesanía; instrumentos musicales y obras arquitectónicas.

Para tener derecho a protección, las expresiones culturales tradicionales deben ser: producto de la actividad intelectual creativa, en particular la creatividad del individuo y de la comunidad; tener características de la identidad cultural y social de una comunidad, así como de su patrimonio cultural; y ser mantenidas, utilizadas o desarrolladas por esa comunidad, o por individuos con derecho o responsabilidad para hacerlo, de conformidad con el derecho y la práctica consuetudinaria¹⁴⁵.

La propuesta de articulado ofrece tres niveles de protección basados en el uso de sistemas de registro y difusión de expresiones tradicionales, los cuales en orden decreciente de protección son: las expresiones culturales tradicionales secretas se protegerán frente a la divulgación no autorizada, su consiguiente utilización, frente a la adquisición y el ejercicio de derechos exclusivos de propiedad intelectual sobre las mismas por terceros. Las expresiones “de valor cultural o espiritual o importancia singulares”, siempre que se hayan registrado o notificado, se protegerán frente a usos sin consentimiento de la comunidad pertinente. Además, estarán protegidas frente al incumplimiento de la obligación de reconocer la fuente de las expresiones culturales tradicionales y frente a la deformación, mutilación u otra modificación de las mismas u otro tipo de atentado, así como ante la adquisición o el ejercicio de derechos exclusivos de propiedad intelectual. Asimismo, se protegen frente a la utilización de designaciones, palabras y símbolos que den lugar a vínculos engañosos o despreciativos de las comunidades respectivas.

Las expresiones no registradas se protegerán mediante normas que regulen su utilización por parte de terceros. Estos usos deben efectuarse de manera que garanticen la adecuada identificación de la comunidad de origen, impidan la deformación, mutilación u otra modificación de las mismas, u otro tipo de atentado, no den lugar a que se establezca un vínculo falso, confuso o engañoso con la comunidad pertinente, y se establezca una participación equitativa de los beneficios cuando el uso o la explotación se realice con ánimo de lucro.

traditional knowledge and folklore, 10 th SESSION, WIPO Doc. WIPO/GRTKF/IC/10/4 (2006).

145 Véase World Intellectual Property Organization, *supra* nota 134, artículo 2.

El presente año es el período final y decisivo para el proceso que está llevando la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en las tres áreas abordadas. En las sesiones 23^a (febrero), 24^a (abril-mayo) y 25^a (julio) se revisarán, una vez más, en el Comité Intergubernamental las propuestas sobre recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales en orden sucesivo. En la sesión 25^a se revisará el estado de avance de las tres propuestas de articulado y se hará una propuesta a la OMPI para que ésta decida, en su asamblea general de octubre, si convocará a una conferencia diplomática internacional para negociar convenciones internacionales en aquellos tres ámbitos.

Sin duda, donde existen más controversias, debido a los intereses económicos involucrados, es en los recursos genéticos. Las grandes industrias genéticas internacionales han asumido que las regulaciones propuestas son centrales en el futuro del comercio del material genético en el mundo, así como el movimiento indígena internacional reconoce que las posibilidades de ejercer su autonomía dependerán de cómo logren asentar sus derechos sobre la constitución genética de las formas de vida y ecosistemas donde han vivido tradicionalmente. En cualquier caso, si se logran acuerdos que sean satisfactorios en torno a esas materias, y armónicos con los acuerdos ya alcanzados en las otras áreas de conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales, podría generarse a partir de allí un proceso muy fuerte de regulación jurídica global, que podría otorgar nuevos derechos humanos y fundamentales a los pueblos indígenas.

CONCLUSIONES

Los sistemas simbólicos del conocimiento del pueblo Mapuche están múltiplemente amenazados y ya han sido vulnerados por el funcionamiento del sistema jurídico de derechos de propiedad intelectual, en sus diversas dimensiones. Esto se explica tanto por la lejanía de los conceptos de dicho sistema respecto de las manifestaciones del conocimiento mapuche, como a la posición subordinada con que históricamente se le ha tratado, desmejorando sus capacidades para ejercer sus derechos. El sistema legal chileno no reconoce los derechos de los pueblos indígenas sobre sus sistemas de conocimiento haciéndolos más vulnerables a formas de apropiación ilegítima por parte de terceros, incluso con la complicidad o tolerancia del Estado.

A excepción del CDB¹⁴⁶, el derecho positivo existente, incluyendo el Convenio 169¹⁴⁷, no proporciona soluciones a estas materias. Dicho convenio fomenta un sistema de participación en los beneficios y consentimiento previo e informado basado en acuerdos de condiciones mutuas. Junto a

146 Véase Organización de las Naciones Unidas, *supra* nota 105.

147 Véase Organización Internacional del Trabajo, *supra* nota 124.

él existen los registros o inventarios entre otras opciones, incluyendo el reconocimiento de derechos colectivos *sui generis*.

El derecho internacional ha evolucionado respecto de los conocimientos y expresiones culturales tradicionales, así como el acceso a recursos genéticos, todo lo cual converge en formas *sui generis* de protección mediante derechos colectivos y sensibles a las reglas del derecho consuetudinario indígena y al pluralismo jurídico complementándose con otros sistemas. Probablemente, esta solución se impondrá tarde o temprano en Chile como resultado de los procesos de globalización jurídica, de los cuales son fruto, también, los derechos humanos de los pueblos indígenas.

