

Para citar este capítulo de libro:

Vargas-Chaves, I. (2014). Los conocimientos tradicionales y sus escenarios de articulación con el comercio y el ambiente. En A. Sáenz, A. Gómez & G. Rodríguez (Eds.) Conflictos entre Propiedad, Comercio y Ambiente (pp. 315-334). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

ALEJANDRA SÁENZ QUITIAN
ANDRÉS GÓMEZ REY
GLORIA AMPARO RODRÍGUEZ

Editores Académicos

CONFLICTOS ENTRE PROPIEDAD, COMERCIO Y AMBIENTE



Fotografía: Gloria Amparo Rodríguez


IBAÑEZ

COLECCIÓN AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE **7**

LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y SUS ESCENARIOS DE ARTICULACIÓN CON EL COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE

IVÁN VARGAS-CHAVES¹

INTRODUCCIÓN

Los conocimientos tradicionales, como eje de las políticas públicas estratégicamente dirigidas a una protección integral de los saberes de los pueblos indígenas, han estado usualmente ligados a las problemáticas de nuestro actual régimen de propiedad intelectual, y es precisamente una problemática, pues éstos no han sido abordados como se esperaba a esta altura del debate². De hecho, hasta el día de hoy la única concreción en política pública como tratado internacional se dio a través del *Protocolo de Swakopmund*, el cual, impulsado desde el seno de la Organización Africana para la Propiedad Intelectual ARIPO, es el denominado “hito”, si así se le quiere llamar, de una triangulación entre propiedad intelectual, conocimientos tradicionales y folclore.

Por su parte, esta triangulación si bien ha sido debatida ampliamente en foros internacionales³, lo cual refleja una clara

-
1. Abogado de la Universidad del Rosario. Magíster en Derecho de la Universidad de Génova, Italia. Doctorando en Derecho de la Universidad de Barcelona, España.
 2. Este régimen de propiedad intelectual tiene como columna vertebral al Convenio de Berna (1886), el Convenio de París (1883), el Tratado de Singapur (2006) y el Tratado sobre el Derecho de Patentes (2000), entre otros 20 tratados internacionales administrados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, y en los que la regulación sobre Conocimientos Tradicionales, es mínima o casi nula.
 3. Según el informe de marzo de 2002 presentado ante el Ministerio de Ciencia y Tecnología de Venezuela, bajo la dirección de Jorge ALBITES, titulado: La protección de los conocimientos tradicionales en los foros internacionales, éste es un tema debatido en foros internacionales, por ejemplo, aquellos presentados dentro del marco de la Convención sobre la Diversidad

intención por regular este tema, deja en evidencia la existencia de tensiones provenientes de diversos flancos que no han permitido avanzar en este tema, sin perjuicio de la destacable labor llevada a cabo desde el 30 de abril de 2001 por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en su Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, también denominado CIG⁴.

Ahora bien, si a esta altura del debate quisiésemos definir el alcance de los conocimientos tradicionales⁵, bastaría con señalar que son una protección de tipo *sui generis* que abarca todo aquel conocimiento forjado por determinadas comunidades y pueblos indígenas, el cual, tiene como norte su protección frente a usos y aplicaciones que del medio ambiente han logrado obtener después del trabajo de varias generaciones, muchas veces transmitido por tradición oral y, que en atención a los postulados de las leyes de oferta y demanda, o, de una sociedad del conocimiento, se encuentran en un estado vulnerable que exige protección inmediata a través de políticas públicas e instrumentos normativos.

Es de resaltar que en la anterior definición se encuentra la acepción de medio ambiente para hacer referencia a la "fuente" de la cual se extraen estos conocimientos⁶, y que si queremos hacer un

Biológica (CDB) y el Tratado Internacional sobre los Recursos Filogenéticos (ITPGRFA, por sus siglas en inglés); así como por instancias internacionales como la Comunidad Andina de Naciones (CAN); la Organización de Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO); la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y la Organización Mundial del Comercio (OMC), entre otros.

4 Fecha en la cual sesionó por primera vez en la ciudad de Ginebra, contando con la participación de los Estados miembros de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual o de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial, entre los cuales se encontraban Colombia y EE.UU y otros países. Cfr. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Documento WIPO/GRTKF/IC/1. 16 de marzo de 2001.

5 También denominados "Conocimientos Ancestrales" o "Conocimientos Colectivos y Sabidurías Ancestrales", esta última denominación adoptada por la Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA), una de las organizaciones representativas con mayor actividad y activismo frente a este tema.

6 Cfr. RODRÍGUEZ, G. A. Principales escenarios internacionales de protección ambiental y del conocimiento tradicional para los pueblos indígenas. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009, pp. 62 y ss.

símil con nuestro actual régimen de derechos de autor, la podríamos equiparar, como lo hace el Convenio de Berna de 1886, la Decisión 351 de 1993 o la Ley 23 de 1982, con la noción de "ideas" frente a aquellas obras derivadas o no derivadas. Pero más allá de establecer paralelos de esta acepción, lo que conviene es analizar su alcance y su relación con otra noción también abordada en el presente libro, el comercio, que para todos los efectos será estudiado a través de la propiedad intelectual.

Así pues, conocimientos tradicionales, comercio y medio ambiente, como temas individuales que aparentemente tienen poco en común, serán los aspectos a abordar en este documento, pretendiendo demostrar que esta última afirmación dista de una realidad existente, que en todo caso es justificable mediante ejes impulsados por las políticas públicas de la OMC y la OMPI, enlazados en todo caso, por las problemáticas que desde diversos foros y propuestas normativas internacionales se plantean, a la par que se discuten nuevos mecanismos de promoción y protección.

1. CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y MEDIO AMBIENTE

Referirse conjuntamente a conocimientos tradicionales, comercio y medio ambiente no es un tema nuevo, pues es un asunto que desde 1994⁷ se viene tratando en la Organización Mundial del Comercio, a través de un Comité Especializado en Comercio y Medio Ambiente, el cual tiene como objetivo principal la articulación de temas ambientales en un sistema multilateral comercial único. Este Comité logró introducir en su momento y en su agenda de trabajo, un programa que además de abarcar materias puntuales sobre medidas comerciales y ambientales, encauzó un flanco importante de trabajo en los conocimientos tradicionales.

7 Establecido por la decisión Ministerial (Marrakech) el 15 de abril de 1994 (GATT, 1994).

Y es justamente a partir de ese año, que se han planteado discusiones que hoy han orientado estándares para el desarrollo de políticas públicas. Estas pautas fueron en todo caso estudiadas dentro de los programas de trabajo del Subcomité de Propiedad Intelectual adscrito a la OMC, encargado de analizar las cuestiones referentes a derechos de autor, obtenciones vegetales y patentes en el Acuerdo sobre los ADPIC y que, a saber, son las preocupaciones éticas que abordan aquellas patentes que versen sobre organismos vivos; la compatibilidad de este acuerdo con el Convenio sobre la Diversidad Biológica; la posibilidad de fomentar la transferencia de tecnologías amigables para el ambiente; y la protección del conocimiento sobre el ambiente que poseen de los pueblos indígenas.

Otro escenario a tener presente en la relación conocimientos tradicionales - medio ambiente, viene impulsado desde la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO por sus siglas en inglés)⁸, a través del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura⁹, el cual, además de introducir muy acertadamente el concepto de los llamados derechos de los agricultores, propugnó por introducir en todo este marco regulatorio el concepto de los conocimientos tradicionales, en tanto y en cuanto exige¹⁰ que los países allí firmantes adopten

8 A estos efectos, la FAO es una organización internacional establecida en 1945 con el objetivo de propugnar por una mejora en la productividad agrícola, establecer factores de mejora en la calidad de vida de comunidades rurales y de aquellos países que hoy son considerados del "tercer mundo". Hoy en día, con 184 Estados miembros, la FAO se constituye en la delegatura de la ONU encargada de temas de desarrollo rural, factores de producción agrícola y avícola, así como de la silvicultura y la pesca, entre otros, abordando desde luego aquellos desarrollos por vía de conocimientos tradicionales.

9 Adoptado en Noviembre de 2001 durante la Conferencia de la FAO en Roma.

10 Artículo Noveno. Derechos del Agricultor / 9.2 "Las Partes Contratantes acuerdan que la responsabilidad de hacer realidad los derechos del agricultor en lo que se refiere a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura incumbe a los gobiernos nacionales. De acuerdo con sus necesidades y prioridades, 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, en particular: a) la protección de los

medidas legislativas para hacer frente a la desprotección, de aquellos saberes tradicionales intrínsecamente relacionados con el ámbito de acción del tratado, esto es, de aquellos conocimientos que pueden ser considerados relevantes para el avance en I+D de recursos fitogenéticos en la agricultura.

De igual forma, se implementa en el tratado una distribución de beneficios como parte de los ya referenciados derechos de los agricultores, empero, según se puede observar por lo señalado en un estudio contratado en 2002 por el Ministerio de Ciencia y Tecnología de Venezuela sobre este tema en particular: "esta disposición se aplica únicamente a una lista pequeña de cultivos¹¹, y por tanto los conocimientos tradicionales sujetos de la repartición de beneficios son los relacionados con tales recursos genéticos"¹². No obstante lo anterior, se genera una incertidumbre acerca de si en la práctica funcionará, o no, el acuerdo de distribución de beneficios referenciado por el tratado.

Así pues, además de aquellos pros y contras que se pudiesen encontrar en el Tratado, por ejemplo, que su ámbito de aplicación es en realidad mucho menor que el abordado por el Convenio sobre la Diversidad Biológica y que el mismo sistema normativo de la Comunidad Andina de Naciones¹³, es de destacar que, en todo caso, hay un reconocimiento de la necesidad de protección de estos conocimientos en aras de asegurar una distribución equitativa de beneficios, máxime cuando ya es un antecedente

conocimientos tradicionales de interés para los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura" (Subrayado fuera de texto).

11 En particular aquellos que pertenecen al sistema multilateral creado por este tratado en los artículos 11.1 y 13.2.

12 Ministerio de Ciencia y Tecnología de Venezuela, *op.cit.*

13 Además de otras mencionadas en el informe, y particularmente a que "cuando textualmente insta a las Partes Contratantes a proteger los Conocimientos Tradicionales, limita la protección a aquellos conocimientos relacionados con los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura. Igualmente, la repartición de beneficios por el uso de los Conocimientos Tradicionales se produciría únicamente para aquellos conocimientos asociados a los recursos fitogenéticos que forman parte del Sistema Multilateral y que se incluyen en la lista anexa al Tratado". *Idem.*

para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual¹⁴ la relación de esta figura con el medio, las cosmovisiones y el hábitat de dichas comunidades.

De la misma manera, la relación conocimientos tradicionales – medio ambiente cuenta con otros cimientos provenientes de debates concertados por organismos internacionales debidamente representados, entre ellos, la Alta Comisaría de los Derechos Humanos, la Organización Internacional del Trabajo y la Confederación Suiza que, en 1998, llevaron a cabo la Conferencia sobre Conocimiento Científico e Indígena del Uso Sostenible de las Plantas, en el marco del vigésimo aniversario del Centro de Documentación, Investigación e Información de los Pueblos Indígenas (DOCIP).

Se destaca por primera vez en un contexto de discusión de este tipo, la presencia de representantes indígenas provenientes de todo el mundo, quienes tuvieron la oportunidad de pronunciarse y manifestar sus preocupaciones y expectativas sobre el quehacer de quienes dos años después, en el comité CIG de la OMPI, entrarían a materializar en políticas públicas las discusiones que en los últimos seis años se habían realizado.

Así mismo, esta Conferencia mundial recoge tres ejes de acción en materia ambiental, siendo estos: el reconocimiento de un vínculo inseparable entre la estabilización jurídica de los conocimientos tradicionales amigables con el ambiente, y el derecho natural que los pueblos indígenas siempre han ejercido sobre sus recursos y tierras¹⁵; la estructuración, promoción e implementación de medidas legales en materia de propiedad intelectual y medio ambiente en los regímenes de derecho público

14 Ver: VARGAS CHAVES, I. Conocimientos Tradicionales: Balances y Perspectivas desde la Propiedad Intelectual. Bogotá: e-docUR - Repositorio Institucional de la Universidad del Rosario, 2010.

15 Para que a través de dicho reconocimiento se adopten las medidas necesarias que garanticen, además del acceso permanente y sin restricciones a los recursos, la seguridad en la propiedad de sus tierras.

y privado, para asegurar la supervivencia de todo conocimiento tradicional y, por último, una retroalimentación a los participantes de aquella Conferencia, la cual fue solicitada a través del DOCIP, para complementar las discusiones sostenidas en temas legales, medioambientales, sociológicos y étnicos¹⁶.

Todo ello nos lleva a pensar que en efecto éste no es un tema reciente, y que incluso, a partir de sus primeras intervenciones oficiales, los pueblos indígenas han manifestado su inquietud sobre la necesidad no solo de una protección efectiva por medios legales, sino de un reconocimiento “oficial” *sui generis* de sus sistemas tradicionales en consonancia con el ambiente.

Posterior a estos dos antecedentes, considerados hitos para la relación que se aborda en este artículo, se han dado escenarios de menor impacto, entre ellos, la fase previa a la Declaración Ministerial de Doha, que en el párrafo 19 “encomienda al Consejo de los ADPIC que al llevar adelante su programa de trabajo, en el marco de lo previsto en el párrafo 3 b) del artículo 27, examine la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica”¹⁷, además de “la incorporación en el artículo 27.3 b) de los principios contenidos en el CDB y en el Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos”¹⁸, lo cual se espera forme parte de próximas negociaciones comerciales.

En marzo de 2007, el gobierno colombiano se unió a estas discusiones por invitación expresa de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, en calidad de Estado miembro y de firmante del instrumento internacional que creó el comité CIG en 2000, estando su intervención enmarcada en complementar la definición de conocimientos tradicionales contenida en

16 Cfr. VÉLEZ, G. Biodiversidad y conocimiento tradicional: Asfixiante reino de la propiedad intelectual. En: TLC y pueblos indígenas: “entre el saqueo y la resistencia”. Olga Lucía Pérez (Ed). Bogotá: Colección Autonomía Indígena, 2007.

17 Ministerio De Ciencia y Tecnología de Venezuela, *op. cit.*, p. 29.

18 El cual pretende “ser sustituido por el Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos aún pendiente de ratificación por parte de los Estados signatarios”. *Ibidem*.

los documentos OMPIGRTKF/IC/9/5 y GRTKF/IC/10/5¹⁹, solicitando no equiparar los términos “comunidades locales” con “comunidades indígenas” y, en lo que respecta al tema, a definirlos como “conocimientos desarrollados por comunidades indígenas u otras comunidades locales que incluyen los sistemas de conocimiento, las creaciones, las innovaciones y las expresiones culturales que han sido transmitidos generalmente de generación en generación; y se consideran pertenecientes a un grupo de personas en particular y a su territorio y están evolucionando constantemente en respuesta al medio ambiente cambiante”²⁰ (Subrayado fuera de texto).

En resumen, los debates presentados frente a la relación conocimientos tradicionales - medio ambiente, han estado alineados con las políticas de estabilización de mecanismos de participación para pueblos indígenas y comunidades locales; las prácticas culturales tradicionales de conservación y desarrollo sostenible; los conocimientos tradicionales ecológicos o amigables con el medio ambiente; la distribución justa de beneficios; y, desde luego, los instrumentos jurídicos de protección y promoción, entre los cuales está en primera fila de batalla el régimen de propiedad intelectual, tema que será abordado a continuación.

2. CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y COMERCIO

Al abordar esta relación, como ya se advirtió, es necesario remitirse a la propiedad intelectual, pues ésta tiene una doble función, en primer

19 Disponible en Inglés y en Español, entre otros idiomas, a través del portal de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. URL: <http://www.wipo.int/tk/es/igc/> Fecha de consulta: 30 de mayo de 2011.

20 Ministerio de Relaciones Exteriores. Comentarios del Gobierno de Colombia frente a las cuestiones de conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales / expresiones del folclore. Marzo de 2007, elaborados en respuesta a la invitación realizada por el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de “presentar los comentarios que tengan sobre las diferentes cuestiones antes de fines de marzo de 2007”, consignada en la Decisión 8 (iv) del punto 11 del orden del día de la décima sesión de este Comité (Documento WIPO/GRTKF/IC/10/Decisions). Disponible en: http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/igc/pdf/colombia_tk-tee_es.pdf. Fecha de consulta: 01 de junio de 2011.

lugar como garante de la titularidad de cada creación y en segundo lugar, como eje articulador de los conocimientos tradicionales ante casi cualquier órbita de acción, pues es claro, que éstos no pueden subsistir por si solos en una sociedad del conocimiento siempre cambiante, sin contar con el debido respaldo, bien sea a través del régimen autoral o a través del régimen de propiedad industrial.

Las manifestaciones derivadas de los conocimientos tradicionales no son ajenas a este sistema de protección, pues así como los autores y titulares son sujetos de derechos de propiedad intelectual, lo son de la misma manera las comunidades, quienes a través de sus expresiones artísticas reproducen sus obras en diversos soportes. En este sentido, es visto con preocupación cómo éstas, se pueden encontrar en: alfombras, prendas de vestir, souvenirs y hasta en tarjetas de invitaciones; al igual que sus melodías en ritmos de baile “tecno-house para producir álbumes superventas de músicas del mundo; alfombras hechas a mano y objetos de artesanía se copian y se venden como auténticos; se patenta el procedimiento de manufactura de un instrumento musical tradicional; vocablos y nombres indígenas se registran como marcas comercialmente”²¹.

Lo anterior, sin dejar de lado renombrados litigios²² que han versado sobre patentes, entre los cuales encontramos los casos del yagé / ayahuasca; la sangre de drago; las líneas celulares guaymi; la uña de gato; la maca, entre otros. Situación que es reconocida por la misma OMPI, al afirmar que son la clase de ejemplos a los que se aluden en el contexto de pueblos indígenas para sustentar que la creatividad y las expresiones culturales tradicionales requieren una mayor protección en lo que a propiedad intelectual se refiere,

21 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.. Propiedad intelectual y Expresiones Culturales Tradicionales o del Folclore. Publicación N.º 913(S) Publicación Online. Fecha de consulta: 27 de Julio de 2010. Disponible en: http://www.wipo.int/freepublications/es/tk/913/wipo_pub_913.pdf

22 Ver: VARGAS-CHAVES, I. *Conocimientos tradicionales y propiedad intelectual: Balances, realidades y perspectivas*, op. cit., pp. 40 y ss.

para lo cual este organismo ha concentrado sus esfuerzos en el estudio de las tensiones presentes²³ entre este régimen y la preservación de expresiones culturales tradicionales.

De hecho, si de indagar en las problemáticas que se generan a partir de estas situaciones se trata, todo debe partir de la siguiente formulación: ¿En qué medida el actual régimen de propiedad intelectual permite que se proteja el conocimiento del medio ambiente de las poblaciones indígenas?, atendiendo uno de los cuestionamientos del Comité de Comercio y Medio Ambiente de la Organización Mundial del Comercio en el punto 8²⁴ de su programa de trabajo sobre propiedad intelectual. Con esta formulación, podemos complementar la gran problemática de este escenario con la preocupación expresada por algunos países, entre ellos EE.UU., quienes alegan que lo hasta ahora trabajado por la OMC "no permite que se protejan unos conocimientos que son de dominio público desde hace siglos, porque sólo admiten que se protejan las ideas e invenciones que representan una novedad"²⁵.

23 OMPI (*Idem*) En: *Propiedad intelectual y Expresiones culturales Tradicionales o del folclore*: "Durante 1998 y 1999, la OMPI llevó a cabo misiones exploratorias en 28 países con el fin de determinar las necesidades y expectativas de los titulares de conocimientos tradicionales con relación a la propiedad intelectual. A efectos de las misiones, en los "conocimientos tradicionales" se incluían las expresiones culturales tradicionales como subgrupo. Entre las más de 3000 personas consultadas durante estas misiones se encontraban representantes de comunidades indígenas y locales, representantes de organizaciones no gubernamentales, representantes de gobiernos, académicos, investigadores y representantes del sector privado". Los resultados de las misiones fueron publicados por la OMPI en un informe titulado *Necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares de los conocimientos tradicionales: Informe relativo a las misiones exploratorias (1998-1999)*, Ginebra: World Intellectual Property Organization WIPO, 1999.

24 Señalado también en el referido informe sobre conocimientos tradicionales del Ministerio de Ciencia y Tecnología de Venezuela del año 2002 (Cuadro No. 13), p. 26. "Puntos principales tratados en el Comité de Medio Ambiente y Comercio de la OMC dentro del punto 8 del Programa de Trabajo: Propiedad Intelectual a) En qué medida el acuerdo permite que se proteja el conocimiento del medio ambiente de las poblaciones indígenas b) En qué medida el acuerdo permite la transferencia de tecnologías inocuas para el medio ambiente; c) Las preocupaciones éticas que plantean las patentes de organismos vivos; d) La compatibilidad general entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica" (Subrayado fuera de texto).

25 Donde de hecho, "el debate ha sido protagonizado en gran parte por los Estados Unidos, fervientes defensores del Acuerdo sobre los ADPIC, y la India, ardoroso crítico que ha pedido la revisión del acuerdo para introducir los principios del Convenio de Diversidad

De hecho, según se menciona en el informe presentado ante este Comité²⁶, el Gobierno colombiano, asumiendo que los conocimientos tradicionales revisten un valor cultural y espiritual propio, insta al Comité CIG a considerar "que algunos pueblos indígenas han manifestado que al existir distintos niveles y tipos de conocimientos, éstos deben ser tratados de manera diferencial, pero justamente aquellos que se encuentran en la dimensión espiritual, deben ser vistos desde una perspectiva defensiva, pues por principio, no existen intereses económicos de por medio, sino expectativas de orden trascendente"²⁷ e incluso de orden espiritual.

En consecuencia, el Comité CIG esboza la ya mencionada protección *sui generis*, al hacer un llamado para lograr "una protección estricta y establecer mecanismos distintos al registro o notificación, para controlar y hacer efectivo"²⁸ todo aquello que corresponda al derecho al consentimiento fundamentado previo. En este sentido, solicita la creación de un régimen de limitaciones y excepciones sobre aquellos conocimientos tradicionales "que por su naturaleza espiritual y sagrada, no pueden ser objeto de comercialización"²⁹.

Biológica. En especial ha argumentado que el Acuerdo debe ser revisado a la luz de las obligaciones asumidas por los Estados bajo el artículo 8 (j) de este convenio". *Ibidem*.

26 En el cual el Gobierno hace referencia a "que la existencia de evidencias científicas de propiedad colectiva sobre conocimientos tradicionales y expresiones de folclore deben ser prueba suficiente para gozar del derecho al consentimiento previo, aun cuando no exista registro o notificación en las instancias de Gobierno competentes para la protección de los derechos de propiedad intelectual" Ministerio de Relaciones Exteriores. Comentarios del Gobierno de Colombia frente a las cuestiones de conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales / expresiones del folclore. *Op. Cit.*

27 *Ibidem*.

28 *Ibidem*.

29 *Ibidem*. Señalando además en el apartado correspondiente al planteamiento de la pregunta por parte del Comité CIG que "los pueblos y comunidades tienen sus propias autoridades que deben velar y custodiar esos conocimientos con sus sistemas de derecho y justicia propios, la autoridad nacional competente, deberá estar atenta a proteger este derecho y a fortalecer a las autoridades y organizaciones de los pueblos y comunidades" para que a su vez tengan una plena capacidad de ejercicio.

Ahora bien, dejando a un lado estos cuestionamientos, es preciso resaltar la labor realizada desde la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual a través de su Comité Intergubernamental CIG, que desde sus inicios ha abogado por la preservación, protección y utilización equitativa de estos saberes³⁰, “en lo que atañe a cuestiones tan variadas como la alimentación y la agricultura, el medio ambiente, en particular la conservación de la diversidad biológica, la salud, incluyendo las medicinas tradicionales, los derechos humanos y las cuestiones indígenas, así como aspectos del desarrollo comercial y económico”³¹.

Estos esfuerzos se han visto materializados en la consolidación internacional de figuras de protección y promoción, a través de propuestas que el Comité CIG ha estado presentando permanentemente, disposiciones que hoy conforman la médula de algunos instrumentos no vinculantes que han sido acogidos, entre otros, por el primer tratado internacional sobre conocimientos tradicionales el *Swakopmund Protocol on the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Folklore*³², concebido para “preservar y proteger el uso de los distintos sistemas de conocimientos y culturas africanos en favor del desarrollo sostenible del continente”³³, y no obstante también diseñado para dar alcance a una serie de documentos de trabajo de la Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI).

30 Disponibles para consulta pública en la sección de documentación sobre conocimientos tradicionales de su portal. Disponible en: <http://www.wipo.int/tk/es/tk/> Fecha de Consulta: 02 de junio de 2011.

31 *Ibidem*.

32 Cuyo nombre fue adoptado por la Conferencia Diplomática de Swakopmund, el día 09 de agosto de 2010, obedeciendo, entre otros aspectos, a la motivación de la dignidad, integridad y valores intelectuales y espirituales de las comunidades tradicionales y locales. (cfr. Preámbulo del Protocolo).

33 Según el comunicado 654 del 31 de agosto de 2010 de la Sala de Prensa de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), en atención a la publicación oficial del Protocolo de Swakopmund (Namibia). Disponible en: http://www.wipo.int/pressroom/es/articles/2010/article_0028.html Fecha de Consulta: Septiembre 15 de 2010.

Dado que de este tratado internacional se desprenden propuestas innovadoras adoptadas en los foros organizados por el Comité CIG, es conveniente por lo menos hacer referencia a la más importante de ellas, aquella que implementa la figura de los *formalities*³⁴, una herramienta a través de la cual todos los mecanismos del Protocolo no quedan sujetos a alguna formalidad en particular, permitiendo que la protección opere de plena forma sin la necesidad de una declaración previa, bien sea por vía derecho de autor y derechos conexos, o bien por vía propiedad industrial a través de las nuevas invenciones y modelos de utilidad. Motivado lo anterior, en aras de la transparencia y preservación de estos saberes a través de un garantismo especial³⁵, y cuyo estricto cumplimiento es exigido a los Estados africanos firmantes del Protocolo.

Varios aspectos abordados por el Comité CIG en foros internacionales, giran en torno a cuestiones terminológicas; a adaptaciones de cada sistema normativo³⁶ o a normas comunitarias; a políticas públicas dirigidas a evaluar disponibilidad, alcance y utilización de derechos de autor, marcas y patentes sobre conocimientos tradicionales; y, a emanar criterios de interpretación sobre elementos técnicos de las normas, “incluidos criterios jurídicos para definir el estado de la técnica y cuestiones administrativas y de procedimiento relacionadas con el examen de las solicitudes de patentes”³⁷, además por supuesto de cumplir una labor de observador en representación de la OMPI.

34 Sistemas autónomos de protección.

35 En las reuniones preparatorias y en el documento mismo, se estableció que las autoridades competentes de los Estados vinculados, incluyendo a la administración de este tratado a través de la oficina de la ARIPO, tendrán la potestad de mantener o no registros u otros cables de reutilización de los conocimientos, cuando esto proceda, siempre y cuando exista una sujeción a las políticas, leyes y procedimientos en materia de propiedad intelectual.

36 Cfr. RODRÍGUEZ G. A; MARIZ-MEJÍA, C., et al. Flora medicinal y sus conocimientos asociados: lineamientos para una reglamentación. Bogotá: Universidad del Rosario, 2007, pp. 65 y ss.

37 Ministerio de Ciencia y Tecnología de Venezuela, *op. cit.*, p. 26.

Así mismo, nos encontramos con otros escenarios alternativos que sin ser necesariamente excluyentes, trajeron consigo una serie de propuestas independientes, aunque sin la fuerza gubernamental con que fueron acogidas las iniciativas de la OMPI a través de sus grupos de trabajo³⁸, y que –no obstante– han merecido ser tenidas en cuenta, aunque de haberse gestionado hábilmente por intermedio de mecanismos de participación ciudadana, canalizándose a través de las vías adecuadas, habrían tenido igual destino que los instrumentos vinculantes hoy existentes.

3. PERSPECTIVAS Y ESCENARIOS COMPLEMENTARIOS³⁹

Lo importante a resaltar de todas estas discusiones generadas en la relación conocimientos tradicionales - comercio (propiedad intelectual), son los diversos actores que han participado, desde organizaciones representantes de los pueblos indígenas⁴⁰, hasta los negociadores de tratados internacionales, pasando por académicos, constituyentes, periodistas e investigadores campo. Y si así se quiere, en un primer grupo se encuentran aquellos que presentan un panorama desde la biología y la botánica, es decir, desde los conocimientos tradicionales provenientes de las plantas

38 Cfr. Informe OMPI PR/2010/639 del 7 de mayo de 2010 sobre Avances de los Estados miembros de la OMPI en la labor sobre conocimientos tradicionales, folclore y recursos genéticos, que al referirse a estos grupos de trabajo, especifica que su principal función se centra en “apoyar y facilitar las negociaciones del CIG proporcionando asesoramiento y análisis de carácter jurídico y técnico y también, cuando sea necesario, proponiendo opciones y situaciones hipotéticas.”, señalando textualmente que, en estos grupos de trabajo son bienvenidos todos los Estados miembros y observadores acreditados.

39 Este apartado corresponde a una adaptación parcial del texto original del autor (Capítulo V). VARGAS CHAVES, I. *Conocimientos Tradicionales: Balances y Perspectivas desde la Propiedad Intelectual*, op. cit., pp. 36 y ss.

40 “Como pueblos hemos tenido por ello una pequeña élite de sabios cuyas denominaciones y características han dependido de cada pueblo: En Ashaninka, son los Sheripiarí; para los Shipibo son los Onanya; en los Yine son Kahonxi; los Shuar los llaman Uwishin, y así cada pueblo denomina a sus sabios. Los que son los depositarios de nuestra memoria colectiva, transmitida de generación en generación a personas elegidas para esa tarea”. COICA - Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica. En *Agenda Indígena Amazónica*. Disponible en: http://www.coica.org.ec/sp/aia_libro/ Fecha de consulta: Abril 09 de 2010

y el uso que el hombre les ha dado, en este sentido, son en primer lugar los llamados a presentar el tema a los ancianos o sabios.

Y no sólo ellos, también hacen expresa alusión a esta ciencia botánica investigadores y autores como Julio Cesar Ponce⁴¹, quien no satisfecho con presentar la amenaza proveniente de la figura de las patentes de invención y modelo de utilidad como instrumento de explotación comercial, realiza juiciosamente en el desarrollo de su texto “Los Conocimientos Indígenas Amenazados”⁴², un mapa de referencias sobre el impacto ambiental que frente a lo comercial se puede presentar.

Empero, el impacto que se genera no solo llega a lo ambiental y lo comercial, y muestra de ello fue un análisis presentado en 2003 por Rodrigo de la Cruz en la Corporación Andina de Fomento, quien advirtió sobre los impactos negativos en las relaciones colectivas e individuales de estas comunidades, incluyendo sistemas familiares, instituciones sociales, aparatos de justicia cultura, religión (p.ej. ceremonias y rituales), demostrando la ruptura de una relación armónica de los seres humanos con plantas y animales.

De este análisis se generaron discusiones posteriores⁴³, y surgieron iniciativas tales como el documento titulado Herramientas de Protección de los Sistemas Indígenas de Conocimiento sobre la Biodiversidad, que a su vez generó debates que llegaron hasta el mismo seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en Ginebra, en la Sexta reunión del Comité Intergubernamental sobre Recursos Genéticos y Propiedad Intelectual.

41 PONCE, J. C. et al. *Los Conocimientos Indígenas Amenazados*. Guayana: Editorial Ciudad, 2002.

42 Cfr. *Ibidem*.

43 Cfr. WIPO. *Conocimientos tradicionales: Opciones políticas y jurídicas*. Sexta reunión del Comité Intergubernamental sobre Recursos Genéticos y Propiedad Intelectual, *Conocimientos Tradicionales y Folclore*. Ginebra, 15 al 19 de marzo de 2004.

Se reconoce también, la carencia del estudio de la figura de la naturaleza como expresión del ser y a la vez como medio de comunicación con sus dioses y su entorno. Esta problemática es bosquejada por LADIO y LOZADA⁴⁴ en el año 2003, quienes haciendo alusión al sistema de tradiciones, creencias y valores, referencian una erosión moral causada por el hombre.

Y mientras que aspectos como el referenciado son descuidados por la comunidad internacional, es FERGUS MACKAY⁴⁵, quien en 1999 llama la atención sobre la misión que éste debería tener, pues únicamente a través de una categorización acorde al modelo occidental no anglosajón, es que se lograron pobres resultados, implicando un replanteamiento de las prácticas de medición y ejecución de verdaderas políticas públicas que implicaran el desarrollo de buenas prácticas. Resultado de esto fueron particularmente dos instrumentos internacionales: La Convención sobre Diversidad Biológica (CBD) y la Convención Ramsar sobre humedales, que crearon un marco regulatorio medianamente aproximado a las necesidades reales.

Es por ello que luego del mencionado llamado de atención, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual dispuso una serie de consultas a nivel regional en materia de protección de las expresiones del folclore en países africanos, el cual para los meses de febrero y marzo de 1999 dio pie para que otros Comités se sumaran a la iniciativa, logrando presentar a la comunidad en los meses siguientes los resultados de dichas consultas⁴⁶.

44 LADIO, A. H. y LOZADA, M. *Comparison of wild edible plant diversity and foraging strategies in two aboriginal communities of northwestern Patagonia*. Buenos Aires: Biodiversity and Conservation, 2003.

45 Vid. MACKAY, F. *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Internacional*. Lima: Asociación Pro Derechos Humanos, 1999.

46 En todas y cada una de las consultas "se aprobaron resoluciones o recomendaciones, como la recomendación de que la OMPI y la UNESCO aumentaran e intensificaran su labor en el campo de la protección del folclore" y los conocimientos tradicionales". Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *Propiedad intelectual y expresiones culturales tradicionales o del folclore*, op. cit.

Y es que, aunque de manera unánime, en las recomendaciones se estableció –según el documento de la OMPI titulado "*Propiedad intelectual y Expresiones culturales Tradicionales o del folclore*"–: que la futura labor en estas esferas tendría necesariamente que vislumbrar la posibilidad de la creación de un instrumento único internacional efectivo para la protección de estas expresiones, se señaló en el mismo que a finales del año 2000, ya se había creado el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. El Comité ha realizado importantes progresos con relación a las conexiones políticas y prácticas entre el sistema de la propiedad intelectual y las preocupaciones de los profesionales y los custodios de las culturas tradicionales⁴⁷. Antecedente a tener presente como eje articulador de este instrumento.

Se incluye panorámicamente en biotecnología dentro de este marco referencial: el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos de la FAO establecido en la ciudad de Roma en noviembre 3 de 2001; las directrices de Bonn sobre acceso a recursos genéticos en relación al PNUMA/CDB⁴⁸; así como el Convenio sobre la Diversidad Biológica de Río de Janeiro de 1992 y la Decisión VII/16 en su artículo 8 (j) de Kuala Lumpur en 2004.

Y aunque lo anterior abarca preliminarmente herramientas internacionales de protección, debe hacerse una mención especial a aquellas iniciativas que no al no alcanzar dicho rango, dejaron un vestigio en el posicionamiento de los conocimientos tradicionales y acceso a recursos genéticos, esto es, aquellos proyectos que buscaron la promoción y defensa de aquellas especies que por conexidad con los significados divinos y/o culturales con las comunidades de protección especial, son un punto de referencia

47 *Ibidem*.

48 PNUMA/CDB. Directrices de Bonn sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios provenientes de su utilización. Secretaría del Convenio sobre Diversidad Biológica. 2002.

obligado para los antropólogos, sociólogos y etno-investigadores, entre otros estudiosos.

A manera de conclusión, sin perjuicio de la aspiración que tienen aquellos que esperan llegar al tan anhelado equilibrio entre la preservación de culturas tradicionales y la generación de la creatividad, soportada en los conocimientos tradicionales como eje contributivo al desarrollo sostenible entre el medio ambiente y los modelos económicos; es ineludible llevar a cabo cuestionamientos aún más relevantes sobre la titularidad y apropiación de estos conocimientos, la tensión existente entre fomento de la multiculturalidad y la propiedad intelectual, así como las políticas públicas a implementar, para crear una plataforma de protección del dominio público multicultural.

No en vano, a partir del alto impacto que desplegó la primera herramienta internacional de protección de conocimientos tradicionales, el Protocolo de Swakopmund, es claro que un nuevo escenario se esperaría, si se aprobase un tratado internacional con alcance global. Además, cabe resaltar que no sólo en el seno de ARIPO se lograron materializar todos los esfuerzos de la comunidad africana en un único Tratado, sino que además con ello se hizo un fuerte llamado de atención al otro gran escenario continental: América del Sur, donde los conocimientos tradicionales juegan un rol fundamental, al hacer parte del día a día de cientos de comunidades indígenas.

BIBLIOGRAFÍA

CAVALLI-SFORZA, LL., FELDMAN, MW., CHEN, KH. "Theory and observation in cultural transmission". En: *Science* 218 (4567). EE.UU, 1987.

COORDINADORA DE LAS ORGANIZACIONES INDÍGENAS DE LA CUENCA AMAZÓNICA. En: *Agenda Indígena Amazónica*. Disponible en: http://www.coica.org.ec/sp/aia_libro/ Fecha de consulta: Abril 09 de 2010

Decisión Ministerial (Marrakech). 15 de abril de 1994 (GATT, 1994)

Documento WIPO/GRTKF/IC/1 del 16 de marzo de 2001

Documento WIPO/PR/2010/639 del 7 de mayo de 2010

LA PEÑA, I. y RUIZ, M. *Acceso a recursos genéticos. Propuestas e instrumentos jurídicos*. Primera Edición. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2004.

LADIO, A. H. y LOZADA, M. *Comparison of wild edible plant diversity and foraging strategies in two aboriginal communities of northwestern Patagonia*. Buenos Aires: Biodiversity and Conservation, 2003.

MACKAY, F. *Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional*. Lima: Asociación Pro Derechos Humanos, 1999.

MINISTERIO DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA DE VENEZUELA. *La situación actual de la protección de los conocimientos tradicionales en los foros internacionales*. Caracas: Dirigido por el abogado-experto Jorge Albites, Ph.D, 2002.

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. *Comentarios del Gobierno de Colombia frente a las cuestiones de conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales / expresiones del folclore*. Marzo de 2007.

OMPI/WIPO. *Propiedad intelectual y expresiones culturales tradicionales o del folclore*. Publicación No. 913(S).

PNUMA/CDB. *Directrices de Bonn sobre acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios provenientes de su utilización*. Secretaría del Convenio sobre Diversidad Biológica, 2002.

PONCE, J. C. *Los conocimientos indígenas amenazados*. Guayana: Editorial Ciudad, 2002.

OMPI/WIPO. *Conocimientos tradicionales: Opciones políticas y jurídicas*. Sexta reunión del Comité Intergubernamental sobre Recursos Genéticos y Propiedad Intelectual. Conocimientos Tradicionales y Folclor. Ginebra, 15 al 19 de marzo de 2004.

- RODRÍGUEZ, G. A. *Principales escenarios internacionales de protección ambiental y del conocimiento tradicional para los pueblos indígenas*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.
- RODRÍGUEZ, G. A.; MATIZ-MEJÍA, C., ZULUAGA G. *Flora medicinal y sus conocimientos asociados: lineamientos para una reglamentación*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2007.
- VARGAS-CHAVES, I. *Conocimientos tradicionales: Balances y perspectivas desde la propiedad intelectual*. Bogotá: Repositorio Institucional e-docUR de la Universidad del Rosario. 2010
- VÉLEZ, G. "Biodiversidad y conocimiento tradicional: Asfixiante reino de la propiedad intelectual". En: TLC y pueblos indígenas: "entre el saqueo y la resistencia". Olga Lucía Pérez (Ed). Bogotá: Colección Autonomía Indígena, 2007.