



Conservación *In Situ* de la Agrobiodiversidad Andino-Amazónica

**Metodología e Instrumentos
para la Protección de
Derechos Intelectuales
Asociados a la Agrobiodiversidad**



PROPUESTAS DE REGLAMENTOS SOBRE LA
CONSERVACIÓN *IN SITU* DE LA
AGOBIODIVERSIDAD

**Propuesta de metodología e instrumentos
para la protección de derechos intelectuales asociados
a la agrobiodiversidad**

Manuel Ruíz Muller



Proyecto de Conservación In Situ de los Cultivos Nativos y sus
Parientes Silvestres
PER/98/G33

Proyecto Conservación In Situ de Cultivos Nativos
y sus Parientes Silvestres
PER/98/G33
Jr. Piura 1071, Miraflores
Teléfonos 4460960 / 4445763
www.siinsitu.org.pe

Edición: Lima Noviembre de 2006
Impreso por m&m imagen
Av. Bolivia 739 - Breña
97309695 - 97645095 - 97418783
raulmalze@hotmail.com

El Proyecto *In Situ* es ejecutado por dos Instituciones Públicas de Investigación y dieciocho Organizaciones No Gubernamentales que interactúan en doce regiones del país teniendo como objetivo inmediato la conservación en chacra de once especies nativas y de sus parientes silvestres. Auspiciado por el Programa de las Naciones Unidas y financiado por el Fondo Mundial del Medio Ambiente y el Gobierno de la Republica Italiana.



INDICE

Introducción	2
SECCIÓN PRIMERA.	
Ambito alcance del estudio	3
SECCIÓN SEGUNDA.	
Instrumentos para proteger conocimientos e innovaciones relacionadas con la agrobiodiversidad	3
SECCIÓN TERCERA.	
Propuesta de metodología para proteger los conocimientos tradicionales e innovaciones de los pueblos indígenas	11
SECCIÓN CUARTA.	
Elementos para un protocolo sobre Consentimiento Fundamentado Previo	13
SECCION QUINTA.	
Consideraciones para una distribución justa y equitativa de beneficios	14
SECCIÓN SEXTA.	
Marco institucional existente	15
Recomendaciones finales	16

Propuesta de metodología e instrumentos para la protección de derechos intelectuales asociados a la agrobiodiversidad¹

INTRODUCCIÓN

¿Cómo proteger los derechos intelectuales asociados a la agrobiodiversidad? Esta pregunta se enmarca dentro de las discusiones relativas a la protección jurídica de los conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas, pero sus implicancias son mayores pues no se limita *exclusivamente* a este tema.

En efecto, la protección legal de los conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas son una de las áreas (importantes) a partir de las cuales se deben buscar respuestas a esta pregunta. Pero en segundo lugar, los derechos intelectuales asociados a la agrobiodiversidad también se relacionan con esfuerzos intelectuales de investigadores y profesionales que generan y procesan datos e información que permiten avances en los propios procesos de investigación (y desarrollo en algunos casos). Finalmente, estos derechos intelectuales también pueden relacionarse con nuevas creaciones generadas a partir del desarrollo de nuevas variedades y otros bienes y servicios que se derivan de la agrobiodiversidad.

Esta investigación busca dar orientaciones muy concretas sobre cómo abordar cada una de estas tres esferas. La Sección Primera especifica el ámbito y alcance que pretende darse al estudio. La Sección Segunda identifica los diferentes instrumentos existentes para proteger los conocimientos y las innovaciones relacionadas con la agrobiodiversidad en las tres áreas antes mencionadas, con especial énfasis en el caso de los conocimientos, innovaciones y prácticas de comunidades campesinas y nativas. La Sección Tercera plantea una propuesta metodológica sobre qué hacer – como país y a nivel institucional - para proteger estos conocimientos. La Sección Cuarta propone algunos elementos y un modelo de protocolo de Consentimiento Fundamentado Previo (PIC) que podría utilizarse en casos en los cuales se pretenda acceder a recursos o directamente a conocimientos de comunidades a partir de entrevistas, conversaciones, encuestas, acompañamiento de las actividades comunitarias regulares o la revisión de la literatura. En la Sección Quinta se plantean algunas ideas de cómo garantizar un nivel mínimo de distribución de beneficios con las comunidades por el uso de sus recursos y conocimientos – a partir de algunos mandatos legales ya existentes. El estudio culmina con una Sección Sexta en la cual se analiza el marco institucional existente dentro del cual se plantean los puntos anteriores y, finalmente, con algunas recomendaciones muy puntuales sobre qué hacer en el corto – mediano plazo.

Muchos de los elementos y las propuestas planteadas en este estudio tienen su referente directo en los resultados e información generada por el Proyecto Conservación *In Situ* de Cultivos Nativos y sus Parientes Silvestres ejecutado en el Perú por un consorcio de instituciones entre el año 2001 – 2005.

¹ En el presente informe, la referencia a pueblos indígenas incluye – especialmente - a las comunidades campesinas (andinas principalmente) y nativas, tal como se encuentran definidas en la legislación nacional. Asimismo, la referencia a «conocimientos tradicionales» incluye los conocimientos, innovaciones y prácticas de estos pueblos, particularmente en su relación con la agrobiodiversidad.

SECCIÓN PRIMERA

AMBITO Y ALCANCE DEL ESTUDIO

Esta investigación intentará dar respuesta a tres preguntas centrales:

¿Cómo proteger los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas relacionados con la agrobiodiversidad? Estos conocimientos, innovaciones y prácticas incluyen: usos de plantas cultivadas (alimenticios, medicinales y otros), métodos y tecnologías de conservación, técnicas de cultivo, métodos de mejoramiento y preparaciones culinarias, ceremonias religiosas y prácticas culturales.

¿Cómo proteger o regular el acceso y uso a datos e información generada a partir de la investigación realizada sobre la agrobiodiversidad – incluyendo situaciones en las cuales se ha apelado a conocimientos, innovaciones y prácticas de comunidades campesinas y nativas para su desarrollo y sistematización ?

¿Cómo proteger nuevas variedades vegetales, cultivos nativos y sus parientes silvestres?

Estas interrogantes establecen los límites del estudio y el alcance que se le pretende dar. A diferencia de otros estudios de corte más comprehensivo (académico / descriptivo), en esta oportunidad se intenta responder directa y concretamente, con propuestas muy específicas a cada pregunta.

SECCIÓN SEGUNDA

INSTRUMENTOS PARA PROTEGER CONOCIMIENTOS E INNOVACIONES RELACIONADAS CON LA AGRPBIODIVERSIDAD

A nivel internacional, se ha desarrollado a lo largo del último siglo y medio una compleja arquitectura legal que protege los esfuerzos intelectuales del ser humano en prácticamente todos los campos de la actividad creativa. Las creaciones literarias, invenciones, bienes y servicios diversos, bases de datos, programas de ordenador, material audiovisual y artesanías, obras musicales, entre otros, cuentan con diferentes mecanismos de protección jurídica a partir de una serie de convenios y tratados internacionales, traducidos luego en leyes nacionales.

De esta multiplicidad de acuerdos, el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial de Comercio (OMC) (1996) constituye posiblemente el más importante de todos.

El ADPIC establece las reglas mínimas que los países deben cumplir en materia de derecho de autor, patentes de invención, marcas, secretos empresariales, diseños industriales e indicaciones geográficas.

Uno de los campos en los cuales, sin embargo, el ADPIC no ofrece orientaciones, es en materia de instrumentos para proteger los conocimientos, innovaciones y prácticas de pueblos indígenas (comunidades campesinas y nativas) relacionados con la biodiversidad y la agrobiodiversidad en particular. Estas últimas son a su vez campos de estudio y preocupación desde que el Convenio sobre la Diversidad Biológica entró en vigor a finales de 1993 y han sido promovidos más desde el ámbito nacional.

Mejor dicho, la mayoría de analistas coinciden en indicar que los instrumentos ofrecidos por el ADPIC no resultan necesariamente adecuados para proteger esta área de la creatividad humana, a saber, la de los pueblos indígenas y todas sus manifestaciones. Tampoco ofrece alternativas tan claras para proteger expresiones del folklore. En definitiva, el ADPIC no fue creado pensando u orientado a estas áreas de la creatividad sino más bien al campo de la innovación del mundo «moderno».

Sin embargo, en este estudio planteamos la hipótesis que muchos de estos instrumentos sí pueden servir para cautelar intereses intelectuales relacionados con la agrobiodiversidad – dadas ciertas circunstancias y supuestos básicos. Y no solamente las creaciones intelectuales de comunidades campesinas y nativas sino de las personas en general.

De hecho, el Perú cuenta con un marco normativo que refuerza esta hipótesis. En efecto, una revisión de la Ley 27811, Ley de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Vinculados a los Recursos Biológicos (2002), evidencia el uso de algunos instrumentos de la propiedad intelectual clásica, adecuados y combinados para cautelar los intereses relacionados con los conocimientos y esfuerzos intelectuales de los pueblos indígenas.

Esto se refleja por ejemplo, en los secretos comerciales y las reglas sobre competencia desleal incorporadas en esta Ley. Los registros y las exigencias de divulgación (planteadas como medidas defensivas). Estas últimas incorporadas también en la Decisión 391 de la CAN sobre un Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos (1996), en el Decreto Supremo 008-ITINCI (1996), reglamento de la Decisión 345 sobre un Régimen Común de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales y en la Decisión 486 sobre un Régimen Común sobre Propiedad Industrial (2002).

Lo que la Ley 27811 hace en realidad es diseñar y organizar un régimen *sui generis* de protección fundamentado y organizado sobre la base de estos instrumentos (y algunos otros tales como los fondos compensatorios) y los principios derivados del CDB. Complementada por otras leyes, se establece un régimen que busca proteger el esfuerzo y las creaciones intelectuales de las comunidades campesinas y nativas.

En ese sentido, a continuación se presenta un cuadro que plantea las diversas alternativas para la protección de las diferentes manifestaciones de estos esfuerzos intelectuales y los problemas que podrían que enfrentarse al momento de hacerlo.

Cuadro No. 1 Instrumentos y mecanismos para proteger los conocimientos, innovaciones y prácticas de comunidades campesinas y nativas (incluyendo componentes tangibles de la agrobiodiversidad)

Elemento de la creatividad intelectual	Instrumento legal	Base normativa	Protección / ventajas conferidas	Problemas/limitaciones enfrentarse
Conocimientos secretos sobre plantas y sus aplicaciones	Secreto comercial/empresarial	Ley 27811 sobre un Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos (artículo 42 y 47 y siguientes para efectos de las acciones) (2002)	Contra la revelación, adquisición o uso de conocimientos sin el PIC del pueblo indígena y de manera desleal	¿qué significa desleal en este contexto? ¿deslealtad puramente en el contexto comercial?
Nuevo cultivo desarrollado usando técnicas tradicionales	Certificado de obtentor	Decisión 345 de la CAN sobre un Régimen Común sobre Protección de los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales (artículo 24) (1993)	Asignación de derecho a impedir que terceros (no autorizados) usen, vendan, exporten, importen, etc. el nuevo cultivo (siembra que cumpla con los requisitos de novedad, homogeneidad, estabilidad y distinguibilidad)	Lograr que los cultivos alcancen los requisitos exigidos para ser protegidos.
Técnicas de cultivo	Registro de conocimientos	Ley 27811 (artículo 15 y siguientes)	Mantenimiento de los conocimientos, posibilidad de usar el registro contra solicitudes de patentes o patentes mal concedidas en el caso del Registro Público) El Registro Confidencial y los Registros Locales también ofrecen posibilidades; en el caso del primero, lo administra	Ninguno de los Registros otorga derechos Necesidad de incentivos suficientes para registrar Necesidad de definir niveles/ posibilidad es de acceso a cada Registro por parte de terceros

Elemento de la creatividad intelectual	Instrumento legal	Base normativa	Protección / ventajas conferidas	Problemas/limitaciones enfrentarse
			INDECOPI en el caso de los segundos, deben ser creados y desarrollados por las propias comunidades y pueblos	
Producto típicamente relacionado con la zona	Denominación de origen o marca colectiva	Decisión 486 sobre un Régimen Común sobre Propiedad Industrial (artículos 180 y siguientes y 201 y siguientes respectivamente)	Permite adquirir una ventaja en el mercado en función Permite distinguir el origen u otra característica común de productos o servicios de personas o asociaciones	Titularidad en manos del Estado
Parientes silvestres	Áreas naturales protegidas	Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas (1997) (artículo 2)	Evitar la pérdida de diversidad genética, mantener la base de recursos genéticos, mantener unidades ecológicas	Las áreas naturales protegidas no están orientadas específicamente a proteger los parientes silvestres Competencia del INRENA frente a la competencia del INIEA en relación a los cultivos domesticados
Conocimientos sobre semilla o espécimen recolectado	Contrato accesorio y anexo	Decisión 391 de la CAN sobre un Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos (artículo 35 y 21 y siguientes) (1996)	Permiten condiciones de acceso y uso de recursos biológicos y conocimientos tradicionales asociados respectivamente	Asimetrías de información y capacidades de negociación
Cultivos nativos	Ferias de semillas	Decreto Supremo 068-2001-PCM reglamento de la Ley de Diversidad Biológica (artículo 38)	Mecanismos para la promoción de la agrobiodiversidad nativa y de costumbres y tradiciones	No concede derechos propiamente
Cultivos nativos	Áreas especiales de agrobiodiversidad	Decreto Supremo 068-2001-PCM	Conservación y uso sostenible de especies nativas	Marco institucional aplicable
			cultivadas y mantenimiento de las culturas indígenas	

Fuente: Manuel Ruiz, SPDA, 2006

Es importante señalar que a través de varios de estos instrumentos se estaría cumpliendo con implementar a nivel nacional los Derechos del Agricultor previstos en el Tratado Internacional de la FAO sobre Recursos Fitogenéticos para la Agricultura y la Alimentación, que además ya fue ratificado por el Perú y que entró en vigor en el año 2003. Estos derechos se refieren principalmente a: proteger los conocimientos tradicionales, asegurar una participación justa y equitativa de las comunidades en los beneficios derivados del uso de recursos y conocimientos, participación de estas comunidades en los procesos políticos y salvaguardar el derechos a reutilizar semillas (de conformidad con la legislación interna, a saber, de derechos de obtentor si fuera el caso).

Cuadro No. 2 Instrumentos mecanismos para proteger resultados de los esfuerzos intelectuales asociados/relacionados/derivados de la agrobiodiversidad

Esfuerzo intelectual	Instrumento legal	Base legal	Protección conferida	Problemas a enfrentarse
Base de datos	Derecho de autor	D e c r e t o Legislativo 822, Ley de Derechos de Autor	Protección de bases de datos originales – se protege la manera de ordenar, p r e s e n t a r , sistematizar los datos e información	Los elementos y datos mismos <i>no se encuentran protegidos</i> – se pueden extraer y usar para diversos fines
Publicaciones	Derecho de autor	D e c r e t o Legislativo 822, Ley de Derechos de Autor	C o n c e d e derechos morales y económicos al creador de una obra artística o literaria	<p>Necesidad de r e c o n o c e r expresamente aportes de los p u e b l o s indígenas al contenido de la publicación.</p> <p>Si se trata de publicaciones que van a ser vendidas, cómo lograr que un porcentaje de esas ventas se canalice hacia los p u e b l o s indígenas</p> <p>No protege el <i>contenido mismo</i> de la publicación y su posible uso para diversos fines prácticos por ejemplo</p>

Esfuerzo intelectual	Instrumento legal	Base legal	Protección conferida	Problemas a enfrentarse
Nuevas variedades vegetales	Certificado de obtentor	Decisión 345 de la CAN sobre un Régimen Común sobre Protección de los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales (artículo 24) (1993)	Asignación de derecho a impedir que terceros (no autorizados) usen, vendan, exporten, importen, etc. el nuevo cultivo (siembre que cumpla con los requisitos de novedad, homogeneidad, estabilidad y distinguibilidad)	
Nuevo producto o invención	Patente	Decisión 486 de la CAN	Derecho exclusivo para impedir el uso no autorizado de una invención	Posibilidades de patentar invenciones que directa o indirectamente puedan «incorporar» conocimientos tradicionales

Fuente: Manuel Ruiz, SPDA, 2006

El segundo gran campo al cual hay que referirse son las creaciones o, cuando menos, los esfuerzos intelectuales de investigadores y personas que recopilan y organizan información sobre la agrobiodiversidad. Estos datos e información pueden incluir: datos cuantitativos sobre número de especies, número de pisos ecológicos, diversidad en los parientes silvestres, diversidad en los ecosistemas, localización georeferencial de ciertas áreas o cultivos, etc. Asimismo, podrían incluir información analítica sobre taxonomía, genética, bioquímica, morfología, ecología e incluso incorporar el análisis de disciplinas sociales como la antropología o la sociología.

Esta información es por lo general sistematizada y organizada en bases de datos electrónicas o se organiza para ser publicada en un texto escrito. Lo importante en estos casos – y en el contexto del objetivo de la presente investigación – es procurar:

a) que los datos o información que pudieran derivarse de un contacto directo con comunidades campesinas o nativas (más allá que los datos o información puedan repetir datos e información que ya se encuentran en el dominio público) se hubieran recolectado con el consentimiento fundamentado previo (PIC) de dichas comunidades (ver Sección Cuarta para mayores alcances sobre este tema),

b) que en el caso de publicarse esta información y datos haya un reconocimiento explícito al aporte de estas comunidades,

c) que algún porcentaje (aunque sea mínimo) de los eventuales beneficios económicos del uso de esta información (por ejemplo de la venta de las publicaciones) se canalicen al Fondo de Desarrollo de los Pueblos Indígenas previsto en la Ley 27811,

d) que las bases de datos que se desarrollen sean, en la medida de lo posible, de acceso libre, salvo en los casos de datos e información que por indicación expresa de las comunidades debe mantenerse en reserva por las razones que fuera.

Un área particularmente sensible es el trabajo de investigación que genera datos e información a nivel de genes, proteínas, moléculas, compuestos bioquímicos y que mediante la genómica, la proteómica y la propia bioinformática permiten identificar potencial en el campo comercial e industrial.

Finalmente, es necesario indagar cómo se protegen innovaciones materiales que se generan a partir de conocimientos, tanto de las comunidades como de científicos e investigadores. En este caso particular, la referencia es a nuevas variedades de cultivos, a los cultivos nativos propiamente y a sus parientes silvestres.

En cierto modo, esta es la parte más fácil de esta investigación. Las nuevas variedades pueden protegerse en el país a través de certificados de obtentor (protección prevista en la Decisión 345 y en el Decreto Supremo 008-96-ITINCI).

Cierta protección también podría lograrse a partir del registro de semillas en el Registro Nacional de Cultivares Comerciales previsto en la Ley General de Semillas y su reglamento (Decreto Supremo 040-2001-AG) aunque este registro no otorga propiedad propiamente y únicamente tiene una función en el ámbito comercial, donde las semillas derivadas de los cultivos nativos podrían no tener una participación muy relevante. Lo previsible es que sean fitomejoradores «modernos» e investigadores quienes principalmente generen las variedades que cumplan con los requisitos exigidos para la protección legal a través de Certificado de Obtentor. De hecho, las estadísticas de INDECOPI en cuanto a certificados otorgados confirman esta situación.

En el caso de los cultivos nativos y sus parientes silvestres, no hay un grado de protección jurídica similar al mencionado para el caso de variedades mejoradas. Hay algunas formas de protección indirecta (a través por ejemplo del régimen de acceso a los recursos genéticos o de las zonas de agrobiodiversidad), pero éstas no confieren derechos exclusivos o de propiedad.

La Ley 28477, Ley que Declara a los Cultivos, Crianzas Nativas y Especies Silvestres Usufructuadas Patrimonio Natural de la Nación (2005), es una norma interesante en la medida plantea que el Ministerio de Agricultura, en coordinación con los Gobiernos Regionales y Locales e instituciones públicas y privadas, tiene la responsabilidad de:

- a) registrar
- b) difundir
- c) conservar
- d) promover el material genético
- e) fomentar actividades de producción, industrialización y comercialización
- f) promover el consumo interno y externo

de los cultivos nativos [las crianzas] y sus parientes silvestres, detallados en una lista cerrada y taxativa. Para llevar adelante estas actividades tal vez sea necesario diseñar políticas públicas específicas, aunque en el caso del registro y de la conservación por ejemplo, ya se cuentan con normas que imponen también esta obligación.

La protección defensiva de los conocimientos tradicionales. Cuando se aprobó la Decisión 391, se incluyeron referencias específicas al derecho que tienen las comunidades sobre su conocimiento tradicional (llamado «componente intangible» en esta norma) asociado a los recursos genéticos y a la necesidad que su utilización cuente con la autorización de las comunidades respectivas. Asimismo, se determinó que los Países Miembros no reconocerían derechos (incluidos los de propiedad intelectual) sobre recursos genéticos o conocimientos que se hubieran obtenido o desarrollado a partir de actividades que no cumplieran con la legislación de acceso y de protección de los conocimientos tradicionales si fuera el caso (Disposición Complementaria Segunda de la Decisión 391).

Por otro lado, la Decisión 391 también determina que el INDECOPI deberá exigir al solicitante de un derecho (de patente o derecho de obtentor), copia del contrato de acceso (a los recursos genéticos o sus derivados) correspondiente, como requisito previo a su concesión cuando tengan indicios razonables que estos recursos se hubieran obtenido sin cumplir con sus disposiciones (Disposición Complementaria Tercera).

Esta misma norma dispone que se establecerán sistemas de intercambio de información sobre los contratos de acceso autorizados y los derechos de propiedad intelectual concedidos. Este sistema permitirá a las autoridades llevar a cabo los exámenes de las solicitudes presentadas y, eventualmente, de la novedad y altura inventiva, de manera comprensiva y con todos los elementos de juicio necesarios para la concesión debida del derecho y título correspondiente.

La Decisión 486 por su parte, marca un hito importante al ser la primera norma a nivel mundial en materia de propiedad intelectual que incorpora de manera expresa las exigencias planteadas en términos de principios en la Decisión 391. Para empezar, la norma establece como principio básico que los países de la CAN deben asegurar que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se conceda salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos de sus pueblos indígenas (artículo 3).

Asimismo, la Decisión 486 dispone que uno de los requisitos formales que deben cumplirse al momento de presentar una solicitud de patente es que se proporcione documentación que acredite el origen legal de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales que pudieran ser parte de la invención que pretende protegerse (artículo 26 (h) (i)). En el caso que se conceda el derecho y, posteriormente, a pedido de parte u oficio, se descubra que estos requerimientos no han sido cumplidos, la patente será anulada (artículo 75 (g) (h)).

Esta es la típica aproximación defensiva que pretende utilizar las propias reglas del sistema de propiedad intelectual para defender los intereses nacionales en materia de recursos genéticos y conocimientos tradicionales, al menos en el ámbito subregional.

El esfuerzo intelectual individual al interior de las comunidades campesinas y nativas. Un tema a veces relegado, es el referido al esfuerzo creativo individual / familiar que puede verificarse al interior de las comunidades. Si bien este esfuerzo se desarrolla en un contexto comunal, donde hay relaciones de reciprocidad, solidaridad, colectividad, cohesión grupal e integridad, lo cierto es que la creatividad y el proceso de generación de conocimientos, innovaciones y prácticas lo llevan a cabo individuos, cada uno de los cuales puede tener y jugar un rol particular y diferente en la comunidad. El shaman, el 10 anciano, las mujeres, los agricultores conservacionistas o campesinos curiosos, entre otras figuras, adquieren, desarrollan, mantienen y difunden sus conocimientos al interior de la comunidad de diversas maneras y en diferentes contextos.

Sin embargo, las discusiones, debates y propuestas normativas en torno al tema de los conocimientos indígenas, se han centrado en un proceso *colectivo* de creación en el cual la comunidad o el pueblo es reconocido como el titular del mismo.

La Ley 27811 efectivamente señala que los conocimientos protegidos son aquellos que pertenecen a un pueblo indígena (o a varios de manera simultánea) y *no ha individuos* que formen parte de él. Reconoce asimismo que los derechos derivados de la Ley son independientes de aquellos que pudieran generarse al interior de los pueblos (por ejemplo donde se reconoce a individuos específicos) y para cuyo efecto de distribución de beneficios podrán apelar a sus sistemas tradicionales y consuetudinarios. Esto último podría significar: reconocimiento social y *status*, compensación en bienes y servicios, reverencia y respeto, asignación de premios en ferias de semillas, entre otros.

SECCIÓN TERCERA

PROPUESTAS DE METODOLOGIA PARA PROTEGER LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES E INNOVACIONES DE LOS PUEBLOS INDIGENAS (COMUNIDADES CAMPESINAS NATIVAS)

La pregunta crítica en este momento es ¿cómo proteger, hoy por hoy, los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas? Para ello, se propone una metodología de trabajo muy simple, dividida en tres pasos, orientada a implementar y aplicar algunos de los instrumentos disponibles en la legislación nacional.

1. Reconocer los problemas. Aunque podría parecer redundante, es absolutamente crítico reconocer y aceptar que muchos conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y *nativas escapan ya de las posibilidades efectivas de control o de una gestión regulada*. La razón es sencilla: se encuentran ampliamente diseminados y en el dominio público a través de publicaciones, trabajos de investigación, documentales, productos y su propio uso extensivo fuera del ámbito de las comunidades.

En ese sentido, el artículo 13 de la Ley 27811 que garantiza beneficios económicos por el uso de conocimientos que entraron en el dominio público a partir de 1982, posiblemente requiera ser revisado. Solamente saber con precisión la fecha en la cual entraron al dominio público parece una tarea extremadamente complicada.

En segundo lugar, si se acepta la hipótesis que los conocimientos muchas veces se comparten (a veces con matices) entre pueblos, nacionalidades y comunidades, es necesario también aceptar que *se van a generar fricciones y tensiones entre comunidades que opinan distinto a otras en relación a qué hacer con esto conocimientos*. Si bien el artículo 46 de la Ley 27811 prevé el uso de las formas tradicionales para resolver conflictos y la participación de organizaciones indígenas representativas para mediar en estos, lo cierto es que los conflictos van a persistir.

En tercer lugar, es también importante reconocer las diferencias que existen entre los patrones culturales y las expectativas de las comunidades nativas amazónicas frente a las comunidades campesinas andinas. Asimismo, la manera como «nace», se transmite, se comparte, se regenera, se adapta, se comunica y transmite hacia el 11 mundo no indígena el conocimiento es bastante variado incluso al interior del ámbito amazónico y andino.

En cuarto lugar, aunque no corresponde ni resulta legítimo cuestionar la propia legitimidad de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas para decidir respecto a qué se hace con los conocimientos tradicionales (la Ley las faculta a decidir en nombre de los pueblos indígenas), es improbable que estas organizaciones logren representar de manera armónica los intereses de todas aquellas comunidades con intereses sobre los conocimientos tradicionales, especialmente en el caso de conocimientos compartidos. Una alternativa a ello es interpretar que las organizaciones representativas a las que se refiere la Ley 27811 podrían incluir las instancias representativas a nivel de las propias comunidades, en el ámbito estrictamente local.

Finalmente, los viajes al campo permiten constatar la extrema precariedad en la cual se encuentran muchas de las comunidades tanto andinas como amazónicas. Es absolutamente crítico, generar un incentivo adecuado para que estas comunidades se tomen el trabajo de utilizar los instrumentos que les proporcionan las leyes para proteger sus conocimientos. La Ley 27811 tiene que vislumbrarse como un menú de alternativas de las cuales será necesario que las comunidades identifiquen cuáles les convienen para su situación particular.

2. Incorporar el consentimiento fundamentado previo (PIC) como principio básico de toda actuación en el ámbito de comunidades campesinas y nativas. Todo proyecto o empresa que implique un trabajo de campo y una interacción con comunidades campesinas o nativas, que a su vez derive en acceder a datos e información respecto a su agrobiodiversidad, debe contar con el consentimiento fundamentado previo (PIC) de dichas comunidades.

Actividades tales como: recolección de semillas, entrevistas con comuneros sobre técnicas de cultivos, observaciones sobre técnicas de hilado y confección, recolección de testimonios sobre usos de parientes silvestres, toma de fotografías o video a actividades y faenas agrícolas o ganaderas, estudios antropológicos, entre otros, deben estar precedidas del PIC. Ello implica una explicación clara y detallada sobre objetivos perseguidos con estas actividades. *Resulta fundamental el trabajo con universidad, centros de investigación e investigadores (incluyendo estudiantes jóvenes de biología, agronomía) para difundir y generar conciencia sobre el nuevo contexto político y normativo en el cual se encuentra inmerso el proceso de investigación.*

3. Difusión y concienciación sobre mecanismos de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas. Es difícil – casi iluso – pensar que de suyo, las comunidades van a tener la disposición y los conocimientos específicos para aplicar los diferentes instrumentos y herramientas que franquean las leyes para proteger sus esfuerzos intelectuales.

En ese sentido, es necesario por un lado llevar adelante un proceso amplio de difusión y concienciación sobre el tema y, en segundo lugar, se requiere que algunas instituciones tomen la iniciativa de apoyar esfuerzos de protección de alguna expresión intelectual de las comunidades.

Por ejemplo, podría apoyarse en la protección de un cultivo específico que cumpla con los requisitos previstos en las normas sobre protección varietal; también podrían identificarse conocimientos que ya se encuentran ampliamente difundidos y en el dominio público y solicitar a INDECOPI su incorporación al Registro Nacional Público de Conocimientos Colectivos; se podrían diseminar lineamientos generales y modelos de PIC; se podría contribuir a la consolidación de Registros Locales de Conocimientos Colectivos: incluso llegado el caso iniciar algún tipo de acción prevista en la Ley 27811 por el uso indebido de conocimientos colectivos que se mantienen en reserva, entre otras acciones. Es decir, *poner en funcionamiento los instrumentos existentes*. Las instituciones que deberían liderar estos esfuerzos incluyen por ejemplo: el IIAP, INDECOPI, INIEA, ONGs, entre otras.

SECCIÓN CUARTA

ELEMENTOS PARA UN PROTOCOLO SOBRE CONSENTIMIENTO PREVIO

Un Modelo Protocolo de Consentimiento Fundamentado Previo (PIC) no es un instrumento para complicar o dilatar los procesos y las actividades de investigación. Por el contrario, se trata de un instrumento que intenta viabilizar obligaciones legales derivadas del CDB principalmente y busca darle a las comunidades (y potenciales interesados) una herramienta que les permita defender, en la medida de lo posible, sus intereses.

Un protocolo debe incluir, cuando menos, los siguientes elementos:

a) Identificar a las autoridades comunales que decidirán respecto de la autorización / prohibición de acceso y utilización de recursos y conocimientos que pudieran encontrarse en el ámbito comunal,

- b) Proporcionar información detallada (en talleres, asambleas y reuniones de trabajo) sobre los objetivos perseguidos al solicitar permiso para acceder y utilizar recursos de la agrobiodiversidad o conocimientos relacionados,
- c) Proporcionar información sobre los diferentes tipos de beneficios y beneficiarios del acceso y uso de estos recursos y conocimientos o productos o servicios derivados de ellos,
- d) Indicar con claridad el tratamiento dado al tema de propiedad intelectual y las maneras en las que va a ser utilizada,
- e) Plantear una obligación de reconocimiento explícito a la contribución de las comunidades, respecto a todo y cualquier bien o servicio que se derive de manera directa (por ejemplo una nueva variedad vegetal derivada de una semilla recolectada) o indirecta (por ejemplo una publicación que recoja información sobre usos de la agrobiodiversidad y sus componentes en las comunidades) de recursos o conocimientos accedidos y utilizados de las comunidades,
- f) La organización representativa debe expresar, inequívocamente, que comprende y entiende las implicancias de las actividades que le han sido planteadas, Este modelo plantea estos elementos de modo referencial. No se sugiere necesariamente seguir el orden propuesto pero sí incluir estos elementos en los diferentes protocolos que fueran a ser utilizados en actividades que impliquen acercarse a comunidades y trabajar con sus recursos y conocimientos.

SECCIÓN QUINTA

CONSIDERACIONES PARA UNA DISTRIBUCIÓN JUSTA Y EQUITATIVA DE BENEFICIOS

Parte del esfuerzo por obtener el PIC de las comunidades campesinas o nativas se justifica en la necesidad de compartir con ellas – de manera justa y equitativa – los beneficios que se deriven del acceso y uso de sus recursos y conocimientos y esfuerzo intelectual asociados a ellos. Estos beneficios pueden expresarse y materializarse de diferentes maneras, lo importante es que parte de los mismos lleguen a estas comunidades. ¿Cómo lograr esto? Aunque es difícil proponer un menú único de opciones para que esto ocurra, es posible señalar una lista no exhaustiva de ejemplos de cómo compartir beneficios.

Si se van a realizar actividades de fitomejoramiento sobre cultivos nativos o utilizando genes de ellos, pueden pactarse compromisos (o asumirlos de suyo) para que parte de los beneficios económicos que se generen de una eventual comercialización de una nueva variedad, se canalicen hacia las comunidades o vayan directamente al Fondo de Desarrollo de los Pueblos Indígenas previsto en la Ley 27811

Si se van a realizar actividades de fitomejoramiento, estas podrían realizarse de manera conjunta, cooperativa usando metodologías de «participatory plant breeding» donde las comunidades se involucran activamente en el proceso de mejoramiento e incluso pueden ser co-inventores llegado el caso

La co-autoría en publicaciones es otra de las maneras en las cuales se pueden reconocer los aportes intelectuales específicos de las comunidades

Cuando a partir de conocimientos tradicionales se generan productos y bienes (por ejemplo fitomedicamentos o un producto farmacéutico) que tienen un valor económico, parte de los ingresos generados deben compartirse con las comunidades o canalizarse hacia el Fondo de Desarrollo de los Pueblos Indígenas

En rigor, le idea de compartir beneficios de manera equitativa parte no tanto de una fórmula pre-concebida, sino de un compromiso y obligación de toda persona o institución que desea acceder y utilizar conocimientos tradicionales para cualquier finalidad.

Hoy por hoy hay mucha preocupación por la situación de científicos y estudiantes que de una u otra manera tienen que trabajar con comunidades y acceder y utilizar sus recursos y conocimientos, colaborando en una infinidad de proyectos y actividades que no tienen nada de lucrativas como tales. En efecto, el paradigma ha cambiado y hoy hay que hacer algunos esfuerzos adicionales que pueden implicar tiempo, a veces recursos extras, frustraciones, dilaciones en los procesos de interacción con las comunidades y sus organizaciones representativas. Sin embargo, son esfuerzos necesarios y que no solamente se fundamentan en mandatos legales sino en la búsqueda de una equidad y justicia que rara vez se ha tenido hacia los pueblos indígenas. En ese sentido, este nuevo paradigma impone nuevas reglas que en todo caso deben ser cumplidas más allá de las cargas adicionales – que no lo deberían ser tanto.

SECCIÓN SEXTA

MARCO INSTITUCIONAL EXISTENTE

La protección legal de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas (de los pueblos indígenas en general) compete principalmente al INDECOPI, como autoridad competente en materia de propiedad intelectual. En algunos casos a pedido de parte (por ejemplo por una denuncia por infracción de la Ley 27811) y en otros de oficio (por ejemplo en defensa de casos de biopiratería), el INDECOPI tiene la competencia y responsabilidad de proteger y cautelar los derechos de las comunidades indígenas y nativas asociados a la biodiversidad en general.

Sin embargo, otras instituciones públicas también tienen competencias y responsabilidades relacionadas con elementos específicos de la creatividad intelectual de dichas comunidades. Por ejemplo, el INRENA tiene competencia sobre las Áreas Naturales Protegidas y sobre los parientes silvestres de los cultivos nativos, por lo cual en el caso de estos últimos, sus acciones y actividades de gestión en estas áreas, deben tomar en cuenta las necesidades de conservación y uso sostenible de estos parientes. El propio NIEA y sus actividades con cultivos nativos (especies domesticadas) tiene un rol importante en viabilizar procesos adecuados de participación de las comunidades, canalizar información relevante para su evaluación adecuada por parte de estas mismas comunidades, llevar adelante programas de investigación y mejoramiento participativo, entre otras.

Cualquier institución pública o privada que se encuentre en proceso de desarrollo de una base de datos que pretenda incorporar datos e información que se han obtenido de trabajo de campo con las comunidades (y que implique acceso y uso de sus conocimientos) tiene asimismo la responsabilidad de asegurar que tiene la legitimidad para no solamente usar esta información sino incluso hacerla pública. Por ello la importancia de cumplir con protocolos que ofrezcan cierto grado de garantía para dichos usos y la disseminación de información.

Por su parte, las organizaciones representativas indígenas – a nivel de federaciones, confederaciones u otra forma asociativa, incluyendo las instancias representativas a nivel comunal (el nivel más bajo de la organización) – tienen la responsabilidad de decidir en nombre de los pueblos indígenas si se acceden y utilizan sus conocimientos, innovaciones y prácticas. Estas organizaciones, apelando a los mecanismos tradicionales que tienen los pueblos indígenas para resolver sus conflictos y disputas deben definir las condiciones bajo las cuales dichos conocimientos, innovaciones y prácticas deben ser utilizados.

Recomendaciones finales (para acciones inmediatas)

1. Continuar con los esfuerzos de capacitación de las comunidades campesinas y nativas y de sus organizaciones en estas materias y en todo los niveles y utilizando todos los medios disponibles.
2. Promover la protección inmediata de diferentes elementos de la creatividad indígena a partir de los instrumentos y mecanismos ya existentes. Incidir en el proceso de aplicación de las normas y sus principios.
3. Solicitar a INDECOPI el cumplimiento de los requisitos de la protección defensiva incorporados en el Decreto Supremo 008-96-ITINCI que reglamenta la Decisión 345, en la Decisión 391 y en la Decisión 486.
4. Iniciar un proceso de difusión de información a nivel de instituciones académicas que realizan trabajos de campo e interactúan con las comunidades, sus recursos y conocimientos.
5. Difundir los datos e información generada por el Proyecto de Conservación *In Situ* en los casos de información que fue obtenida con el PIC de las comunidades y de la información que se encuentra en el dominio público principalmente.
6. Solicitar al INDECOPI la puesta en operaciones de los Registros Público y Confidencial de Conocimientos. Asimismo, solicitar al INDECOPI el llamamiento al INDEPA para la constitución del Comité Administrador del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas previsto en la Ley 27811.
7. Solicitar al INIEA el inicio y la coordinación del proceso para elaborar un Registro Nacional de Cultivos Nativos.