

## **“Acciones legales contra la biopiratería, defensa de derechos colectivos indígenas.”**

### **Manuel Alexis Bermúdez Tapia**

Abogado (PUCP, 2000). Miembro de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, Afiliado al Centro Latinoamericano de Ciencias Sociales CLACSO (Argentina), Estudios de maestría en Derecho Constitucional en la PUCP.

#### **Introducción.**

##### **I Parte.**

1. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL
2. DERECHOS DE AUTOR
3. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.
4. LEGISLACIÓN NACIONAL.
5. TITULARIDAD DE DERECHOS.

##### **II Parte.**

1. DERECHOS COLECTIVOS.
2. DERECHOS DE TITULARIDAD COLECTIVA
3. ACCIONES DIFUSAS, INTERÉS DIFUSO

##### **III. Parte.**

1. DERECHOS DE MINORÍAS.
2. DERECHOS CULTURALES Y SOCIALES
3. DERECHOS INTELECTUALES.

##### **IV. Parte**

1. GLOBALIZACIÓN Y DERECHO.
2. GLOBALIZACIÓN Y EXCLUSIÓN
3. GLOBALIZACIÓN Y DERECHOS

##### **V. Parte.**

1. LA BIOPIRATERÍA
2. ACCIONES FRENTE A LA BIOPIRATERÍA .
3. RECURSOS Y MEDIDAS A UTILIZARSE

##### **VI. Parte.**

1. PROPUESTAS.
2. CONCLUSIONES.

## Introducción

En la actualidad, observamos el notable respeto por el conocimiento indígena en las diferentes situaciones de la vida diaria, por parte de los científicos, investigadores y público en general. Pero esta situación, no se presentó como una ilusión instantánea, se tuvo que dar una dura batalla para dar público conocimiento, presentación y sustentación de los conocimientos indígenas en todos los aspectos posibles.

No faltaron las críticas al respecto que señalaban la incoherencia de sustentar “conocimientos” sin datos objetivos, esto es, no podían sustentar posiciones científicas diferentes a las suyas. El tiempo y la constancia han demostrado no sólo el error de los científicos e investigadores al respecto, sino las ventajas de poder tomar conocimiento de dichas experiencias científicas.

El ambiente científico varió su posición, puesto que con datos objetivos y con estudios científicos, poco a poco se probaban la calidad de los conocimientos indígenas. El reconocimiento científico por lo tanto se produjo, y hasta este momento, no tendríamos por qué exponer un trabajo al respecto.

Sin embargo, el motivo de este trabajo que pretende explicar el porqué de la variación de la situación comentada líneas arriba, obedece a la falta de ética profesional de todas aquellas personas ligadas al comercio ilegal de tecnología y conocimiento indígena en aras de un beneficio personal, institucional o “científico”.

El conocimiento indígena de esta manera se presenta como una “biblioteca natural”, donde era posible encontrar un nuevo mundo científico que necesita ser presentado al mundo. Este objetivo no sería problemático, si es que los poseedores de dicho conocimiento pudieran tomar ventaja alguna al respecto. Pero esto no se presenta, y a esta situación la denominamos “Biopiratería”, que es el comercio ilegal o legal (en evidente desventaja para una parte, la cual le quita legitimidad en su formulación) de determinados conocimientos, medicinas, tecnología, experiencias de las comunidades indígenas, por parte de científicos, investigadores, mega laboratorios farmacéuticos, entre otros.

La razón de esta situación desigual entre las dos partes materia de estas “relaciones”, obedecen a varios puntos y criterios. La principal se basa en la absoluta inimputabilidad para la comisión de dichos actos. Los agentes de este delito por lo tanto actúan bajo una sombra que les asegura una libertad para poder culminar sus objetivos, esta sombra mencionada es la falta de leyes, de tratados y de regulaciones al respecto y una desprotección de los titulares de los derechos.

Frente a esta situación de vacío normativo, se suma otro aspecto: el constante estado de debilitamiento de las comunidades indígenas sobre todo Latinoamericanas. Y la situación empeora para ellos, cuando no pueden defender siquiera sus valores culturales, y los conocimientos heredados por generaciones. Con esto no se pretende señalar una “exclusividad” de sus conocimientos, puesto que esto sería una mentira, pero si seguimos la lógica de los que se encuentran en mejores perspectivas de desarrollo, podemos afirmar que el comercio actual determina que todo intercambio de bienes, mercaderías y demás objetos propios de una calificación mercantil debe estar sujeta a una apreciación de ganancia. Esto es si una parte entrega, comercializa o regala a otra parte un determinado objeto, conocimiento, tecnología, se necesita una contraprestación que se traducirá en un pago, un trueque o un agradecimiento. Entonces a toda acción se producirá una reacción.

La lógica de los que actúan en este sentido en la impunidad por lo tanto, parece no operar cuando son las comunidades indígenas son las que reclaman por sus derechos. Los argumentos de “derechos de autor”, “derechos industriales” y regulaciones legales al respecto se presentan para dar explicación a una lógica contraria. ¿La ley protege dichas situaciones?, No. La respuesta es

sencilla, el derecho como institución social sirve para regular las relaciones de los individuos en una sociedad y no protege los actos contrarios a las expectativas sociales.

Pero, ¿cómo es que esta situación permanece?. Las razones son varias, una de ellas es una verdad inobjetable, es una materia novedosa de análisis, investigación y por último de regulación.

Otro factor que se suma (negativamente), es el hecho de la valoración de derechos. Las legislaciones a nivel mundial ponderan la defensa de derechos del individuo frente a los derechos de la “sociedad”, colectividad o Estado. Prueba de ello, son las muestras de Defensa de Derechos Fundamentales del Individuo, respeto de la Dignidad Humana, Derechos Humanos, entre otros.

El Derecho por tanto actúa para defender los derechos del individuo frente al resto (otro individuo, la sociedad y el Estado), pero no podemos dejar de señalar que el mundo ha experimentado un cambio. La globalización, la internacionalización de legislaciones, la intervención cultural y social de naciones desarrolladas en naciones tercermundistas son hechos concretos, que eran estudiados años atrás dentro de un análisis de perspectivas.

Y por esto el Derecho como ciencia social, se encuentra también en una constante evolución, por lo que no se puede dar el lujo de dejar pasar por alto situaciones de “vacío jurídico”. Y esto no es una novedad, puesto que el Derecho ya ha resuelto otras situaciones conflictivas, a veces de modo rápido y en otras veces tardíamente, pero ha intervenido.

El desarrollo de las ramas del Derecho industrial, comercial, constitucional, entre otros, pueden dar evidencia de esta afirmación. Pero dichos cambios, no son evidentes, a veces al Derecho le cuesta entrar a resolver situaciones conflictivas, al “temor al fracaso” nosotros lo ligamos más a la actitud de los legisladores que a la de los investigadores jurídicos.

Dicho temor no necesariamente obedece a una falta de conocimientos para poder las situaciones problemáticas, las influencias, los procesos de corrupción, entre otros son también factores por los que los legisladores no intervienen. Y por esto es que muchas veces las comunidades indígenas no pueden competir frente a instituciones más poderosas, por una falta de “liquidez”, puesto que estas tienen interiorizado la defensa de sus derechos.

El Derecho ha pretendido resolver de algún modo dicha situación desventajosa, poco a poco la sustentación de los derechos colectivos ha tenido vigencia en el ámbito jurídico. Del paso de los derechos de segunda generación (Educación, salud, derechos laborales, entre otros) se han pasado a los derechos de tercera generación (solidaridad, progreso, bien ambiente equilibrado, entre otros). Esto ha constituido un avance en cuanto a la defensa de derechos de titularidad confusa.

Para poder entonces plantear mejores defensas, se partió por el desarrollo de determinados conceptos. Surgieron nuevas doctrinas, tesis y fundamentos aplicables a nuestro caso de manera tangencial puesto que no se presentaron directamente. Así figuras jurídicas como “Derechos difusos”, “Interés público” entre otros mostraron su importancia.

Esto ya evidencia un progreso, lento pero necesario para la sustentación de objetivos mayores. Sin embargo, existen problemas que al parecer presentan soluciones difíciles de plantearse respecto de nuestra investigación.

A esto nosotros pretendemos dar primero una explicación, planteamiento del problema y algunas propuestas para plantear salidas y soluciones, todo esto dentro de un ámbito jurídico, puesto que en este campo donde las principales batallas por la defensa de derechos se están presentado.

De esta manera nuestra exposición buscará primero explicar la institución del Derecho como protector de derechos individuales analizando las legislaciones tanto nacionales como internacionales sobre la materia, señalando los vacíos y los problemas que se presentan.

Luego analizaremos el problema de las relaciones sociales, buscando explicar el tema de las minorías y de los derechos que estas poseen, coordinando dicha explicación con un análisis de la coyuntura actual, de los efectos de la globalización entre otros aspectos influyentes. Por último desarrollaremos el tema de la Biopiratería, explicando su naturaleza jurídica, sus efectos, los problemas sociales y económicos que engloba, así como las medidas que se pueden utilizar para luchar en su contra.

## **I Parte. Legislación Sobre Propiedad Intelectual**

### **1. TITULARIDAD DE DERECHOS**

La doctrina jurídica occidental está influenciada con el pensamiento liberal, por ello el reconocimiento como principio rector de las instituciones jurídicas es la persona humana como sujeto de derechos. Esta tradición en el Derecho ha venido evolucionando progresivamente desde el derecho de propiedad hasta la creación de toda la estructura de los Derechos Humanos.

Sin embargo, esta posición muy difundida sólo reconoce como principal materia de defensa la protección de derechos de una persona, es decir es una teoría individualista, que no admite la defensa de derechos de entidades colectivas si estas a su vez no se dividen en individuos determinados. Los derechos colectivos (comunitarismo) no son aceptados, puesto que no se puede ponderar la defensa de un interés colectivo sobre uno individual.

El fin supremo del Estado Peruano es la Defensa de la Dignidad de la persona humana, el sistema de Derechos Humanos parte de la defensa de los derechos inalienables y personales de la Persona Humana, los tratados internacionales cuando tienen referencia a relaciones Estado-Índividuo se refieren

## 2. DERECHOS DE AUTOR

La protección de los Derechos de Autor, son derivados de la protección de los derechos de la propiedad intelectual y de la Propiedad Industrial. Nosotros la estamos considerando en primer lugar por fines de operatividad, más que por fines académicos.

El porque de esta necesidad, responde a que partiremos por explicar porque tiene importancia la protección de los Derechos de Autor en un mundo globalizado.

La filosofía liberal impregnada en la mayor parte del mundo occidental consideran la importancia de proteger los derechos del individuo frente a cualquier agresión del Estado, de otro individuo o de una comunidad en particular, esto tal como ya habíamos señalado. Pero a raíz de la Primera Revolución Industrial en el siglo XVIII, sucedió un cambio en la mentalidad de proteger un derecho en especial: la Propiedad.

Antes de la revolución industrial, la industria occidental no estaba planificada para abastecer por sí sola a toda la población, existían centros urbanos destinados a producir todas la manufacturas que la comunidad nacional requerían. En Europa podemos observar ciudades enteras para este fin, destacando las ciudades inglesas (Manchester, Lancaster). La principal actividad era la manufacturera textil. Se utilizaban procedimientos antiguos, mecánicos, mucha mano de obra, poco beneficio económico. En general era más la actividad de desgaste que la de beneficio en toda esta época anterior al descubrimiento de la utilidad comercial e industrial del carbón.

En este sistema, los nuevos descubrimientos, no tenían ninguna relevancia para los dueños de las factorías, las podían adoptar, pero no eran compensados por dicho logro científico. Poco a poco los inventores fueron tomando conciencia que sus descubrimientos facilitaban la actividad industrial (incipiente aún), pero les faltaba una representatividad a la hora de comercializarlas con los dueños de las factorías. Estos a su vez tomaron en cuenta la operatividad y ganancias que podrían producir los nuevos inventos, pero como casi todas las manufactureras se ubicaban cerca, los nuevos descubrimientos eran rápidamente utilizados (piratería) en el resto de factorías.

Esto era común, hasta el momento en que los dueños de las factorías comenzaron a pagar a los inventores para el desarrollo de nuevas máquinas o textiles. Ahí acabó la prehistoria del Derecho de Autor. Antes los inventores no habían recibido ninguna compensación económica por sus logros, pero esto no implicaban riquezas, pero se había avanzado mucho, en poco tiempo.

Cuando los dueños de las factorías comenzaron a pagar por los inventos, surgió la necesidad de proteger esa inversión, de ahí surgieron instituciones antiguas que regulaban los derechos patrimoniales de los inventores y de los poseedores de las patentes y franquicias. Ahora bien, esto es sólo un relato a grandes rasgos, puesto que la patente en realidad tiene un origen más milenario y las franquicias también.

Al extenderse la producción industrial y salir del entorno geográfico hasta la época, se tuvo la necesidad de ampliar dichos márgenes de protección. La segunda revolución industrial fue el detonante para la toma de conciencia de los inventos y de la compensación económica a favor de los inventores. De esta época Estados Unidos ha sido uno de los grandes impulsores de la protección de Derechos de Autor, tal vez motivado a que la “mayoría” de inventos se inscriben en sus Registros.

## 3. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

Para comprender esta disciplina jurídica, debemos entender cómo se encuentra en nuestro país. Esta es una disciplina que en épocas recientes ha cobrado un notable auge e incremento en cuanto

a tratados y autores investigadores sobre la materia. Diversas Universidades la han considerado dentro de sus currículas universitarias y se ha desollado a nivel de Postgrado (Pontificia Universidad Católica del Perú).

Sin embargo para que esta situación se manifieste, han debido transcurrir varios años de total abandono y descuido por parte de las instituciones estatales y también por la escasa fuente de bibliografía que no había llegado a calar en los estudiantes de antaño. El despunte de esta disciplina sucedió en la última década, producto del impulso de las transacciones internacionales, de la globalización y de la incorporación del mercado peruano al mundo (aunque este fuere a nivel de consumidor y no productor).

A nivel institucional y dentro del aparato del Estado, ha habido diversas instituciones que se han encargado de la materia, por ejemplo en la década de los 60 encontramos la División de Propiedad Industrial, dependencia del Ministerio de Fomento y Obras públicas, hasta en la actualidad con el Decreto Legislativo N° 823 Ley de Propiedad Industrial (24-04-96).

Ahora bien este desarrollo no ha estado liberado de problemas en cuanto a sus definiciones y manejo de su operatividad. Los problemas iban relacionados sobre todo a la regulación de los derechos derivados del de Propiedad.

Luego de este preámbulo, pasaremos a la parte académica, por lo que definiremos al Derecho de Propiedad Industrial, como “aquella parte del derecho intelectual aplicado a la industria y el comercio, la misma que abarca dos categorías: las marcas y patentes.”

Las legislaciones que podemos mencionar para el desarrollo de esta disciplina nosotros encontramos a la Ley N° 26017, al Decreto Legislativo 823, la Decisión 334 del Acuerdo de Cartagena, todas estas reunidas en un conjunto de normas con referencia expresa a la regulación del derecho de Propiedad Industrial.

La institución más relevante a nivel mundial que observa los principales desarrollos de esta disciplina ha sido creada por el Convenio de Estocolmo (1967), donde se creó la Organización Mundial de la Propiedad Industrial (OMPI).

De esta manera, la legislación, los tratados, las investigaciones relativas a la propiedad industrial han tenido una estrecha relación con la teoría liberal, puesto que esta es el sustento de aquella. El porqué de esta posición, es que la segunda necesita de un sustento filosófico jurídico que respalde el absoluto respecto a los derechos de propiedad de un individuo (o colectividad definida)

Los temas relativos a la Propiedad Intelectual e Industrial pertinentes a nuestro tema, son:

(Debido al contexto en que nos encontramos trataré de dar sólo una definición operativa y luego un ejemplo sencillo, que ruego me comprendan, pero el objeto es lograr una comprensión del tema)

- Patentes de Invención. Patente, es el derecho real, exclusivo e individual útil para comercializar un invento, producto por el cual el inventor tiene derecho a recibir regalías por un determinado período de tiempo. Por ejemplo la patente del VHS, del CD room, etc, reciben cada año regalías sólo por la utilización de algún derivado de dicho producto.
- Certificados de Protección. Es la Patente Precautoria, es cuando un derecho todavía no ha sido reconocido, pero se encuentra en trámite. En este caso si existiese un conflicto por obtener una patente por dos o más individuos o empresas, se prefiere el derecho de quien

logra probar la primera inscripción o la primera invención. El Perú tiene los certificados de Protección de los derivados del Yacón.

- Modelos de Utilidad. Es la patente de un artefacto, herramienta o instrumento cualquiera que permite (como su nombre lo señala) una mejor utilidad del mismo. Ejemplo. Cuando se inventó la videocinta, se pagaron regalías para poder desarrollar el VHS y el Betamax.
- Diseños Industriales. Es un derecho que permite al dueño del mismo excluir a cualquier persona ajeno a su entorno la explotación de cualquier reunión/combinación de líneas, colores, formas que un producto determinado tenga, el cual le haga merecedor de un reconocimiento en el mercado. Ejemplo, la figura de un ratón animado en el color negro rodeado de un anillo blanco es figura emblemática de Disney World. La franja blanca sobre fondo rojo es utilizado por la Coca Cola, y así. Los problemas son frecuentes, porque los dueños de las primeras patentes de diseños industriales no suelen acceder a que otras empresas registren un diseño particular.
- Secretos Industriales. Es conocido como “know how”, protege la aplicación de un método industrial en un determinado producto. Por ejemplo Coca Cola tiene protegido su derecho de cómo fabrica su producto. Tengamos en el recuerdo este concepto pues será el de mayor relevancia para nuestra investigación.
- Marcas de productos y servicios. Utilizado sobre todo cuando se trata de buscar una diferenciación en cuanto a la prestación de un servicio: “alquiler de limosina con jacuzzi”, “viaje al espacio”, etc.
- Marcas colectivas. Utilizada por las grandes trasnacionales, por el cual se inscriben en un solo derecho todos los derechos que estimen pertinentes, bajo el marco de una protección más universal y onerosa.
- Marcas de Certificación. Son los certificados que un determinado producto o servicio tiene, por ejemplo los certificados ISO a nivel internacional.
- Nombres Comerciales.
- Lemas Comerciales. Son las frases.
- Denominación de Origen. Son la aplicación de derechos de un determinado producto, servicio, etc, que tiene especial referencia a un lugar determinado. A nivel internacional están garantizados los derechos del Champagne, de diversos quesos, de un especial tipo de lanilla para la industria textil, del pisco... para Chile. Esto a nivel internacional, pero en el Perú no se puede inscribir por ejemplo: “Cerámica de Chulucanas”, porque el Tribunal Registral del INDECOPI no otorgó el permiso correspondiente, de esto ya hace varios años.

#### 4. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

En esta parte del trabajo, señalaremos que la principal agencia internacional que observa todo lo relacionado a la Propiedad Industrial es la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la misma que hasta la actualidad tiene 143 Estados miembros, aunque no todos necesariamente vinculados a los preceptos institucionales de aquella.

La OMPI trabaja con todo aquello vinculado a la propiedad industrial, llámese patentes, derechos de autor, propiedad intelectual, etc., por este motivo en el año 1984 se vio en la necesidad de armonizar, en una norma base, los lineamientos mínimos que todo Tratado sobre la materia existiese desde ese momento.

De la relación de las principales normas internacionales, de las cuales el Perú es parte (suscribiendo y ratificando el Tratado Internacional) podemos mencionar, los siguientes:

- Convenio de Paris para la Protección de la Propiedad Industrial (1883), la cual es la primera norma internacional relativa a la regulación de la Propiedad Industrial. Tiene relativa vigencia, debido a que sus preceptos originales se encuentran inmersas en otros Tratados de la materia.
- Convenio de Berna. (1888). Convenio establecido para proteger la autoría de producción artística, regula además todo lo relativo a la difusión de la creación intelectual. Fue utilizada por la vinculación al arte a la protección del Folcklore, pero tiene como limitación la limitación de vigencia del derecho en el tiempo.
- Convenio de Madrid. (1891), Donde se trabajó el tema de la Marca, como parte de los derechos de Propiedad Industrial.
- Universal COPYRIGHT Convention. (1955), la cual fue un acierto de la UNESCO. Tuvo como principio tratar de regular los derechos de autor a nivel internacional. Hasta ahora se aprecian las influencias de este convenio.
- Arreglo de Lisboa. (1958) Se reguló las denominaciones de origen de los Productos industriales, así como se estableció uno de los primeros registros internacionales de derechos relativos a la materia. Ha sido constantemente modificado, no en esencia, sino en detalles.
- Convención de Roma. (1961) Convención destinada a proteger los derechos artísticos por difusión, semejante a la Convención de Berna, pero más actualizado.
- Patent cooperation Treaty. (1970) Tiene por objetivo tratar de sistematizar la legislación internacional sobre la materia, actua como un complemento al Convenio de París.
- Tratado de Budapest (1977) Desarrolla la legislación relativa al Reconocimiento Internacional de Depósitos de Microorganismos para Propósitos de Tramite de Patentes.
- Tratado de Ginebra. (1978) Regula todo aquello vinculado a los descubrimientos científicos, tiene como especial ponderación la protección de derechos obtenidos por pruebas científicas.
- Tratado Internacional de Reconocimiento y Depósito de Microorganismos para propósitos de Procesos de Patentes (1981), desarrolla el Tratado de Budapest.
- Legislación Modelo para el Folcklore (1984) la UNESCO propuso un sistema legislativo que pueda proteger los derechos culturales de minorías étnicas, para evitar de esta manera la apropiación ilícita del patrimonio cultural de las mismas.

Además de los mencionados, existen otros Instrumentos Internacionales que podemos vincularlos a esta parte de nuestro trabajo:

- Convenio de Diversidad Biológica (1992) Entró en vigencia en el año 1993, pero fue adoptada en 1992, luego de la Cumbre de la Tierra celebrada en Rio de Janeiro. Este Instrumento Internacional ha sido ratificado por 169 países, pero los resultados de dicha Cumbre han sido considerados como Fracaso. Se considera este resultado, porque los objetivos planteados como mediáticos y finales no serán cumplidos, no tienen visos de cumplirse y la vinculación internacional sobre el cumplimiento del mismo no ha dado resultados, prueba de ello es por ejemplo que Estados Unidos no tiene siquiera en su agenda la ratificación de este Tratado.

De esta Convención podemos señalar como útiles, la instalación de mecanismos de protección de la conservación de la diversidad, biodiversidad, uso sustentable, acceso a recursos genéticos, redistribución económica por el acceso a los recursos genéticos, entre otros puntos.

Como todo convenio internacional relativo a propiedad de comunidades indígenas, este Instrumento carece de la mención expresa de reconocimiento de derechos culturales y económicos. Las influencias de grandes corporaciones y Estados han impedido la estipulación de derechos patrimoniales a comunidades indígenas.

Pese a sus inconvenientes (por carecer de una vinculación más efectiva sobre todo), es un documento muy importante para la protección de derechos indígenas, toda vez que vemos que en su texto hay la mención expresa de desarrollar políticas sociales a favor de minorías por parte del Estado Nacional. Hay pues el trabajo de realizar una regulación respecto del acceso de recursos genéticos y acceso a la biodiversidad, pero cuando se procuran establecer derechos, la norma hace un mutis clamoroso.

- Convención sobre la Diversidad Biológica (1996) Es un desarrollo de la Cumbre antes mencionada, y tuvo como finalidad desarrollar más los objetivos de la misma. Se produjo en Argentina. Lo importante de esta Convención, es la negativa de los Estados de considerar a los indígenas (en grupos colectivos) como portavoces de derechos.
- Convenio 169 de la OIT. El documento más importante respecto de la protección de derechos indígenas, puesto que plantean la necesidad de regular los derechos colectivos. Sin embargo como críticas a dicha convención mencionamos: la falta de regulación de un punto medular, los derechos colectivos; la búsqueda de satisfacer intereses de colectividades sobre todo asiáticas y africanas; la abstracción en su contenido, puesto que utilizar la palabra “pueblo”, tiene diferentes implicancias para cada lado del Atlántico.
- GATT, Es la General Agreement on Tariffs and Trade (Acuerdo general sobre tarifas y aranceles)
- World Trade Organization (WTO) o llamada también Organización Mundial de Comercio (OMC), regulan las relaciones comerciales e industriales a nivel internacional.
- Acuerdos de TRIP (Aspectos de la Propiedad Industrial Relacionados con el Comercio) Dicho acuerdo tiene una validez mundial y tiene como objetivos regular de manera uniforme todo aquello vinculado a la propiedad industrial respecto de la Industria Biotecnológica. Pero como se comprenderá, las ventajas de este acuerdo, están destinadas a los países del hemisferio norte.

Para terminar con esta recopilación de normas jurídicas internacionales, debemos señalar un componente característico:

1. La mayoría de acuerdos han sido celebrados en alguna ciudad Europea. ¿porqué?, Porque a los Estados Europeos les interesa y conviene mantener una regulación uniforme sobre los

derechos relativos a la Propiedad Industrial. Por ejemplo, la villa de Champagne en Francia, no necesita cobrar ningún tributo a sus pobladores, porque todos los años recibe dinero del exterior proveniente de la utilización de un producto por Denominación de Origen.

2. La regulación sistematizada si bien es cierto permitirá un mayor margen de protección de derechos a nivel internacional, impiden el acceso a comunidades indígenas para regular sus derechos, toda vez que los altos costos le hacen imposible su vigencia.
3. La influencia de países desarrollados sobre subdesarrollados para la regulación de Comercio Internacional y de paso los Tratados relativos a la protección de derechos relativos a la Propiedad Industrial. Sino cómo se explica que existan más de 100 países por Tratado Internacional sobre Comercio Internacional, si la gran parte de los mismos tienen una economía precaria y sólo directamente relacionada con Estados Unidos o la Comunidad Económica Europea.

Como complemento a esta legislación internacional, existen otras normas que todavía no tienen vigencia internacional o sólo tienen una aplicación limitada en el espacio geográfico del país que la dictaminó, así tenemos:

- El Modelo OMPI de Leyes nacionales sobre protección de las expresiones del Folclore.
- El Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los pueblos indígenas de las Naciones Unidas.
- Legislación sobre protección de la Biodiversidad de Bolivia
- Legislación sobre protección de la Biodiversidad de Filipinas.
- Propuesta de Ley del INDECOPI, INRENA, Ministerio de Agricultura relativo a la regulación de la Biodiversidad, Perú.

## 5. LEGISLACIÓN NACIONAL

- Decreto Legislativo 823 (24-04-96).

El Presidente Fujimori emite dicho Decreto “Ley de Propiedad Industrial”, que deroga la Ley General de Propiedad Industrial, D.L. N° 06017, debido a la fuerte presión tanto nacional como internacional para optar por un único sistema de codificación y regulación de la materia.

Además era necesario que el Perú, adecue sus disposiciones en el marco de los diversos instrumentos internacionales sobre la materia que había suscrito. Estos instrumentos eran la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena, Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (aprobado mediante el R. Leg. N° 26375), y el Acuerdo al GATT que establece las normas básicas impuestas y aprobadas por la Organización Mundial de Comercio (OMC), aprobado mediante R. Leg. N° 26407.

Dichas influencias y modificaciones tuvieron como consecuencias que el nuevo Organismo dedicado a la materia el INDECOPI tuviese nuevas funciones, nuevos métodos de trabajo y adecuación general a los cánones internacionales.

El porque de tanta adecuación obedecía al clima generalizado de la “globalización” que el Perú vivía, sin considerar el Ejecutivo que esta atmósfera en realidad no implicaba un beneficio extra a nuestro país. Sin embargo las consecuencias fueron positivas, el INDECOPI recibió el ISO por su sistema de trabajo a favor de la protección de la Propiedad Industrial, tuvo un reconocimiento expreso tanto de la ciudadanía nacional como internacional (marco el lineamiento de la región). ¿Por qué tuvo el ISO?

El ISO es un mecanismo por el cual la empresa que la posea tiene mayores posibilidades de exportar, importar, comercializar, hacer respetar y valer sus derechos en otras geografías, en especial Europeas. Si el INDECOPI tenía el ISO, implicaba que las patentes, los derechos que ella reconocían, las regulaciones sobre la materia así como sus fallos tendrían implicancias en fueros internacionales.

De algún modo este fue un gran éxito de la administración peruana, pues los Derechos que acá se reconocían, en Europa no tendrían otro camino que su homologación, lo cual implicaba un ahorro de esfuerzo y dinero en cuanto a los sistemas de protección de la Propiedad Industrial. Claro está que los grandes favorecidos fueron las grandes transnacionales, quienes prefirieron inscribir sus derechos en Lima, por las mayores facilidades, mayores márgenes de protección y celeridad que en otras ciudades latinoamericanas. Prueba de ello es que en 1997, el Dr. Oscar Holguín señalaba la gran cantidad de solicitudes de inscripción de Derechos de Propiedad Industrial.<sup>1</sup>

Esta norma en la parte final, nos detalla en un anexo un conjunto de disposiciones relativas a la regulación de la materia en casos excepcionales, los cuales sin embargo para la materia que venimos a analizar no representa una norma utilizable de modo directo, así como casi toda la regulación en sí.

Dentro de las características de la misma, podemos señalar que es “reglamentarista”, tiene estrecha vinculación a los instrumentos internacionales a los que el país ha suscrito, así como está en una subordinación jurídica respecto de los preceptos sobre la materia que la Constitución de 1993.

Pese a todo los elementos objetivos de la norma, nosotros creemos que la misma está sujeta a una modificación en cuanto al desarrollo del conocimiento tradicional indígena, pues fiel a la tradición liberal, no hay un reconocimiento de derechos a colectividades si es que estas no han sido identificadas.

La mayor referencia no hace sino evidenciar la desprotección de las comunidades nativas respecto de sus derechos culturales, puesto que solicitar permiso expreso a una comunidad nativa o indígena (como persona jurídica, asociación de hecho) por parte de una tercera persona no le confiere derechos efectivos a la misma, pues el permiso no está directamente relacionado con “participación económica”. Como se comprenderá en las relaciones comerciales industriales, es fácil conseguir el apoyo de comunidades empobrecidas y en estado de abandono. Si este requisito es el único, entonces no hay porqué resaltarlo.

- Otras normas pertinentes.

Si bien muchas de estas pueden estar en una jerarquía normativa por encima de la mencionada líneas arriba, el motivo de ubicarlas en esta parte obedece a una cuestión metodológica.

Así encontramos que el inciso 8 del art. 2 de la Constitución de 1993, ampara el derecho a la creación técnica y científica y a la propiedad sobre las mismas, y concuerda con el art. 18 del Código civil que prescribe: “los derechos del autor o del inventor, cualquiera sea la forma o modo de expresión de su obra, gozan de protección jurídica de conformidad con la ley de la materia.”

## **II Parte. Conceptos Jurídicos aplicables**

<sup>1</sup> Holguín, Oscar. Tratado de Derecho de Propiedad Industrial. Lima, 1997.

## 1. DERECHOS COLECTIVOS

Los Derechos colectivos, son aquellos referidos a un determinado grupo, colectividad determinada. Son derechos que encuentra una base fundamentada en el respeto de un interés común entre todos los individuos que la componen y que no pueden ser materializados de manera individual.

La doctrina jurídica occidental, no confiere igual categoría a los derechos colectivos, frente al desarrollo de los derechos individuales, pero en esta podemos encontrar claros ejemplos de protección de derechos culturales:

- El Derecho a la huelga. Este es un derecho individual referido a la libertad de Trabajo, sin embargo para su materialización se exige que más de dos individuos reclamen dicho derecho, a modo de generalidad. Las ventajas de su implantación y protección reivindican al sujeto integrante de un gremio o asociación, no importando si este no quiso ejercitar su derecho individual. Es pues el derecho colectivo más reconocido y protegido en los ordenamientos jurídicos occidentales.
- Los Derechos Lingüísticos. Si no existe una comunidad lingüística en particular donde el individuo pueda materializar su derecho a utilizar su lengua materna, este derecho cae en lo inmaterial y sería sólo literal. Por este motivo, los instrumentos internacionales sobre la materia tienden a garantizar los derechos de comunidades culturales para garantizar la protección de derechos individuales.

## 2. DERECHOS DE TITULARIDAD COLECTIVA

Son aquellos derechos, donde no encontramos una titularidad definida en cuanto a un individuo o grupo en particular. Si bien es cierto son derechos reconocidos, tiene como punto débil su protección, toda vez que los mecanismos para la protección de derechos han sido diseñados y están adecuados a la implantación de defensas por particulares previamente definidos y catalogados como afectados.

¿Quién puede interponer una demanda?, el Afectado, y esto es importante resaltar porque observamos que cuando se produce la afectación de un daño a una comunidad, no se puede determinar quien tiene la potestad de ejercer tal defensa.

Los casos más referenciales están ligados a la Defensa del Medio Ambiente, producto de la Cumbre de la Tierra (1992), sin embargo existen problemas en cuanto a la materialización de defensas particulares sobre todo cuando estos requieren no sólo un debate académico previo, sino por una ausencia de legislación.

Para llenar tales vacíos, la doctrina procesal ha pretendido con los Derechos Difusos, dar un aporte a la protección de intereses difusos.

## 3. ACCIONES DIFUSAS, INTERÉS DIFUSO

El interés difuso es aquel interés que es propio de una determinada comunidad en particular, pero que no se puede determinar a nivel individual. Dicho interés está ligada a la defensa de un

determinado Bien que afecta a todo un amplio margen de la colectividad. La defensa del Medio Ambiente es un ejemplo.

Sin embargo, los problemas para la utilización de este concepto, radican sobre todo en cuanto a quienes serían los llamados a realizar dicha intervención a favor de toda la comunidad.

Al respecto la doctrina señala los posibles caminos:

- a. El Ministerio Público. Debido a que tiene la obligación jurídica de proteger los intereses de la comunidad nacional. Sin embargo el problema radica en la poca preparación sobre los temas ligados a las comunidades indígenas, de sus integrantes, por lo que la cooperación puede ser una causal de daños posteriores.
- b. El Defensor del Pueblo. Si bien tiene en su Ley Orgánica la atribución de realizar defensa de intereses colectivos, su desempeño se ve limitado en cuanto a los mecanismos jurídicos en un proceso judicial. Se ha observado su acción sobre todo en la defensa de derechos de minorías (Medio Ambiente, Género y Niños y Adolescentes)
- c. ONGs. Son las llamadas a realizar la defensa de estos derechos, por su alta preparación y dedicación a la defensa de derechos de minorías, pero se corre el peligro de generar “sismas” al interior de las ONGs dedicadas al rubro con el objetivo de generar confusión al momento de la legitimación de defensas previas. Además se corre con el problema de la notable influencia de recursos económicos por parte de grandes transnacionales o de influencias políticas.

Queda pues entonces todo un campo de desarrollo tanto normativo, académico como institucional respecto de los derechos colectivos.

### **III. Parte. Derechos de las Minorías y Derechos de Propiedad Intelectual**

#### **1. DERECHOS DE MINORÍAS**

La tradición jurídica dominante en el mundo occidental tiene a la generación de todo un aparato normativo con el objetivo de proteger derechos a los individuos de una comunidad.

Dicho marco de protección es una tabla rasa que tiene orígenes en la tradición Griega (los equitantes), por la cual quienes eran miembros de una polis tenían un tipo de derechos y resto otro diferente, de aca sacamos a luz el concepto de igualdad, pero entre pares (lo que en Inglaterra del siglo XII eran los lores). Como se observa las relaciones son individuales, no colectivas.

Las tradiciones que conservan esta tradición comunitarista se encuentran en territorios asiáticos, africanos y latinoamericanos sobre todo. En esta tradición, se tiende a valorar los intereses de la comunidad sobre los intereses del individuo. La justificación parte de considerar que el individuo es miembro de una comunidad, de una familia y que no puede encontrarse alejada de esta pues la característica humana es la sociabilización. La tendencia liberal ha creado, a opinión de los pensadores de esta doctrina, hombres des-socializados.

Otro argumento significativo es la necesidad de conservar una identidad colectiva en el individuo. En el liberalismo la identidad está entendida como identidad personal y no social, los derechos patrimoniales relativos a la Propiedad Industrial lo pueden ejemplificar. Entonces vemos un conflicto en cuanto a intereses, el individuo frente a la comunidad, por lo que los comunitaristas señalan que la única consecuencia es el debilitamiento de la comunidad. Hay una variedad de pensadores que han desarrollado alguna opinión al respecto, pensadores como Hegel

(con su trabajo sobre los procesos sociales), Huntington, Kymlicka, Fukuyama, Rawls, entre otros.

Pero todo esta construcción jurídico social está más ligada al campo académico que al legislativo. En el mundo occidental no se encuentran legislaciones tendientes a promocionar derechos colectivos puesto que esto implicaría la fisura de varias instituciones y el riesgo de pérdidas económicas serían elevados porque se protegerían algunos derechos (propiedad de la tierra, biodiversidad, acceso a hidrocarburos, etc) que no están en discusión para las corporaciones internacionales.

Así surgen los derechos de minorías, limitadas a temas específicos, porque cualquier ampliación de su base encuentra problemas para su fundamentación, debate y protección.

Se suele relacionar los derechos de las minorías con algunos limitados, cuando en realidad estos pueden ser aplicados a más áreas que el mundo occidental crea. Los más conocidos son los derechos sociales, culturales y económicos, los cuales están materializados en la Segunda Generación de Derechos Humanos. Sin embargo su desarrollo necesita de mayores fuentes normativas.

Otros derechos que podemos mencionar serían: la participación política (acceso político), los derechos económicos (participación en los beneficios de las actividades mineras), (Derechos reales sobre territorios específicos), jurídicos (libre determinación, autonomía estatal), etc.

Para lo que es nuestro análisis, consideramos que el conocimiento tradicional indígena forma parte de estos derechos de minorías, los cuales necesitan de una debida tutela por parte del Estado y de una toma de conciencia de parte de la colectividad nacional.

A modo de relacionarlo con ejemplos y sin ánimos de promover un clima diferente al académico, señalo la participación política de las minorías culturales y étnicas en la toma de decisiones políticas del Ejecutivo. El acceso al patrimonio cultural y al disfrute económico de los mismos.

## 2. DERECHOS CULTURALES Y SOCIALES

Estos derechos se encuentran regulados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la resolución 2200, de fecha 16 de Diciembre de 1966, cuya entrada en vigor se dio el 3 de enero de 1976.

Al observar fechas, podemos señalar el porque de su ubicación histórica. El Instrumento Internacional fue celebrado con posterioridad al del Pacto de Derechos Civiles y Políticos del hombre (Después de la II Guerra Mundial), fue puesto en vigor 10 años luego de su celebración, y no tiene los mecanismos de defensa que los Derechos Humanos de Primera Generación plantea para su relación. Es más no tiene un Comité Especial que observa la ampliación de estos derechos.

Por estas consideraciones es considerado como Derechos Programáticos, es decir el Estado debe diseñar las medidas necesarias para satisfacer estos derechos a sus ciudadanos, a diferencia de los Derechos Civiles o Políticos, los cuales son intrínsecos a la condición humana. Por tanto, si un Estado (como el peruano, por ejemplo) no tiene los recursos para satisfacer estos derechos, un individuo peruano no tiene los mecanismos idóneos para hacerlos valer en el fuero internacional. Los problemas de fundamentación le impedirían la validez de su derecho.

Por último la crítica más severa contra estos derechos es que la titularidad de los derechos consagrados no son a “Colectividades” sino a “Individuos”, porque este se encuentra en la necesidad de gozar de un derecho tanto como lo tienen sus conciudadanos. Así proteger el derecho a la educación, no se puede materializar por medio de una exigencia social, sino como individual.

### 3. CONOCIMIENTO TRADICIONAL INDÍGENA O NATIVO

Esta forma parte de un Sistema que lo engloba conocido como “Conocimiento” a secas. La otra división que podemos desprender es el Conocimiento “científico”, así también a secas.

Para nuestro análisis llamaremos conocimiento tradicional a todo aquel conocimiento que forme parte de un patrimonio colectivo, ligado intrínsecamente a un determinado territorio o área geográfica, cuyo origen es difícil de calcular y determinar, como también es difícil determinar quien es poseedor de dicho conocimiento.

Dicho sistema de conocimiento, no se encuentra legislado, regulado, por lo cual no está al amparo de las protecciones de Derechos relativos a la Propiedad Industrial, Derechos de Autor, OMC, GATT, etc.

Para la conceptualización de este conocimiento, es requisito hallar: entorno geográfico preestablecido (por lo general habitats con elevado índice de biodiversidad), comunidad cultural ancestral, desarrollo y traspaso del conocimiento en forma oral y directa por parientes (de generación a generación).

Desarrollaremos cada elemento por separado:

- a. Necesidad de existencia de un ecosistema. En realidad ecosistemas hay en todo el mundo, pero los importantes para nuestro tema, son los relacionados a determinadas áreas geográficas como las selvas latinoamericanas, las selvas asiáticas y africanas, las zonas de las polinesias, etc. En dicho ecosistema se necesita además que el contacto humano sea directamente proporcional a los elementos de la naturaleza que sean utilizados por el hombre. Hay que tener cuidado, puesto que basta sólo la utilización y no la utilidad.
- b. Existencia de una comunidad cultural ancestral. Los pueblos indígenas son comunidades que han existido desde épocas remotas. Son herederos de una rica tradición cultural que no ha visto mayores influencias del mundo occidental en su normal cotidianeidad. Algunos investigadores sociales, señalan la necesidad de hacer valer los derechos de estas comunidades bajo el marco de un “relativismo cultural”, el cual choca con la individualidad impuesta por la teoría liberal, pero esto ya es otro tema. Dicho marco de análisis requiere que la comunidad, tenga determinados conocimientos respecto de su ambiente geográfico, de las plantas, animales y productos químicos para poder considerarlos como parte de su conocimiento tradicional.
- c. Traspaso del conocimiento. Como cada comunidad se encuentra en un determinado espacio llamado ecosistema, los conocimientos propios de su entorno son transmitidos por vía educación informal, oral, generacional. En muchos casos son transmisiones de padres a hijos, otras del entorno social a un determinado individuo y otras más limitadas de un individuo a otro, bajo el cargo de no difusión. Este es el caso de los chamanes en la mayor parte de las comunidades amazónicas.

## IV. Parte. Análisis del contexto actual

### 1. GLOBALIZACIÓN Y DERECHO

La tradición liberal en el mundo se ha extendido, ello se ha visto reflejado en todas las latitudes. Sin embargo esta extensión está más cercana a una difusión que a la implementación de esta tradición en otros contextos socio jurídicos.

De las tradiciones imperantes, la más extendida es la Romano Germánica, la cual el Perú adopta. La otra tradición jurídico es el Common Law, el cual se encuentra en la tradición Norteamericana y Británica.

Señalamos que la difusión de la tradición Romano Germánica es la más extendida porque esta es una legislación que permite una codificación, con los consiguientes beneficios de sistematización de las normas estatales.

Ha tenido tal influencia, que los sistemas islámicos por ejemplo comienzan a adoptar Códigos Civiles para sus relaciones individuales. En Estados Unidos asimismo comienzan a sistematizar sus normas para obtener un solo Código Estatal, Inglaterra también se encuentra afectada a esta influencia y las consecuencias las podremos analizar dentro de poco, producto de la unificación europea en cuanto a legislación, comercio, etc.

Así como la codificación ha sido extendida, en la misma medida, los documentos Internacionales en forma de Tratados, Convenios Multilaterales o Bilaterales también han tenido gran acogida. Más que una conveniencia por tales instrumentos, las ventajas que plantean la han hecho cobrar una vigencia normativa especial.

De esto se nutren los Estados cuando envían sus delegaciones a las Cumbre Internacionales, a la Celebración de los Tratados, Convenios relativos a algún punto normativo.

Entonces si el Derecho en una forma particular se ha extendido, las puertas para un reconocimiento de derechos colectivos también se encuentra en el mismo camino. Las pruebas señalan la suscripción del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la celebración de Cumbres Mundiales para desarrollar los mismos (de la Tierra, de la Mujer y Población, de los Niños)

Y esto es importante señalar porque al extenderse el ámbito de difusión de una teoría jurídica, si se llegan a diseñar los mecanismos pertinentes la puerta para la protección de derechos de minorías se encuentra garantizado y no habrán argumentos que pudieran debatirlo, pues las razones serían dados por la misma tradición jurídica que la acoge.

### 2. GLOBALIZACIÓN Y EXCLUSIÓN

Lo mencionado con anterioridad, parte del desarrollo a nivel normativo de la situación que ha materializado la globalización, y en este punto analizaremos cómo se desarrolla la globalización a nivel de colectividades interrelacionadas.

La globalización implica la ampliación de los márgenes industriales, de comercio y de relaciones interpersonales, intercomunales, interestatales. Pero no señala un mecanismo de operatividad en base a criterios jurídicos establecidos a nivel mundial: la Igualdad, la Garantía a una base material justa no son items que pudieran ser vistos con agrado en varios espacios geográficos.

¿Porqué?, porque esta expansión de la globalización permite el mantenimiento de un status quo económico, social y político en las relaciones internacionales entre Estados. Los Estados con mayor presencia política y económica pregonan las ventajas de la globalización como efecto unificador, pero las consecuencias no se observan en dichos territorios sino en los países periféricos.

El Perú es uno de estos casos, pues se encuentra en un Area de influencia dominada a intereses internacionales, no podemos plantear una modificación de dicha situación. Por lo que podemos señalar a ciencia cierta que esta posición a nivel de las relaciones Estatales perjudican a los individuos miembros de los Estados pobres.

Si las brechas económicas se incrementan a niveles de Estado, en los Estado pobres, las relaciones sociales tienden a generar o más pobreza o más riqueza, pero no hay márgenes de desarrollo sostenido. Los preceptos liberales por tanto, pasan de su aplicación a una literalidad absoluta.

Por este motivo, la globalización para las minorías culturales y étnicas no son un elemento que pudiera garantizarles un respeto a sus derechos, todo lo contrario, sobre sus intereses están materializados varias exigencias. Su territorio tiene elementos importantes: minerales, biodiversidad, territorio agrícola; sobre sus derechos políticos, están la sumisión política, el manejo político de intereses económicos.

Si esta globalización crece, los niveles de desarrollo de las minorías entonces se encuentran en un estado de debilidad. Si los niveles se amplian se genera una exclusión en cuanto al acceso a gozar determinados derechos.

Por ejemplo, ¿que tanta posibilidad tendrá un indígena o una comunidad indígena de hacer valer su derecho a comercializar sus productos, si el mercado al cual abastece se encuentra cerrado a sus productos por comprar insumos de una "calidad" diferente?

### 3. GLOBALIZACIÓN Y DERECHOS

Dentro de las ventajas que plantea la globalización en cuanto a derechos se trata es el respeto universal por los Derechos Humanos. Entonces si existe por lo menos una uniformidad en cuanto a la protección de algunos derechos (los llamados intrínsecos), el desarrollo paulatino de otros puede realizarse, tal como lo señala el precepto base de los Derechos Humanos de progresividad e inalienabilidad.

Sobre la base de pequeños acuerdos base, poco a poco las minorías culturales y étnicas pueden alcanzar la defensa de sus derechos, pero el camino en detrimento de lo señalado es arduo y sujeto a intereses económicos y particulares.

## V. Parte. La Biopiratería

### 1. LA BIOPIRATERÍA

Para analizar este concepto, desarrollaremos algunos conceptos breves, que dan origen a la terminología de Biopiratería.

- a. Piratería. Es el ejercicio de actos de robo o saqueo de bienes ajenos.
- b. Pirata. Ladrón que ejerce su actividad en los mares (sobre todo)

Algunos investigadores llegan a considerar a la Biopiratería como:

El uso de la propiedad intelectual para legitimar la propiedad y control exclusivo de los recursos biológicos y del conocimiento, sin reconocer, recompensar o proteger a los innovadores informales.<sup>2</sup>

Sin embargo debemos para poder comprender la real dimensión de este problema social que afecta a la mayor parte de poblaciones indígenas del mundo, la definición que podríamos plantear parte primero por analizar la definición ya dada.

Las desventajas que presenta tal definición radican en su concepción, puesto que propiedad intelectual en sí es un concepto que en realidad engloba un conjunto de áreas, por lo que su definición parte desde ya en un error, otro punto es la consideración de la actividad en sí. ¿cuál es el acto delictivo o antisocial?, ¿cuál es la pena?, ¿quién o quienes son los afectados?, ¿cuál es el bien jurídico por proteger?, ¿cuál es la relación de titularidad de derechos?, en sí un conjunto de interrogantes que podrían destruir la hipótesis de los investigadores sociales.

En este sentido para dar una definición que alcance mayores niveles de protección y de regulación, se necesita recurrir al Derecho penal para tomar los siguientes conceptos:

- a. Bien Jurídico. Es aquel bien, objeto, conocimiento, etc., para la sociedad en su conjunto signifique algo representativo y significativo, por lo que es susceptible de protección por medio de normas penales o sociales. Sólo se consideran como bienes jurídicos relevantes los expresamente señalados en el Código Penal, por lo que la protección de determinados bienes, objetos o conocimientos, deben estar expresamente señalados. Como ejemplos podemos señalar la vida, derechos de autor, derechos relativos a la propiedad industrial.
- b. Sujeto Pasivo del Ilícito. Aquella persona determinada o determinable que sufre un acto que atenta contra algún bien jurídico de su propiedad, sin que para tal acto haya manifestado su consentimiento. Ejemplo en caso de robo, el sujeto pasivo es la persona que ha sido desposeída de su bien.
- c. Sujeto Activo del Ilícito. Aquella persona que ha cometido un acto que es considerado ilícito, por lo que ha afectado la esfera de dominio del sujeto pasivo. Al ser responsable, entonces es merecedor de un reproche social, el cual está expresamente fijado en normas especiales, como el Código Penal. Es conocido como el agente del ilícito.
- d. Acto Ilícito. Es aquel acto, representado por un verbo, por el cual el sujeto activo ocasiona un daño al sujeto pasivo. Este acto está expresamente señalado como ilícito y se considera que la comisión de tal acto está conocido por aquellas personas que intervienen en el acto.
- e. Consentimiento. Manifestación de voluntad libre de toda interferencia de una persona para que otra realice un acto que podría atentar contra algún bien jurídico de su protección. Por ejemplo el traspaso de derechos de autor, se considera una manifestación de voluntad, pero si una tercera persona atenta contra estos derechos ya es un ilícito.

Después de una recopilación de definiciones, alcanzamos una definición que trata de dar un alcance significativo:

<sup>2</sup> }oehlerich, Annie. Ni Robo ni Limosna. Pp167.

Entendemos por Biopiratería aquel acto o actos que pueden ser independientes e interdependientes entre sí, que tienen como objetivo principal en el agente la apropiación del conocimiento indígena sin la debida autorización expresa. Los actos ilícitos son:

- la extracción de información sobre algún conocimiento del ámbito geográfico de donde se extrajo,
- el desarrollo y/o modificación a niveles tecnológicos del conocimiento indígena,
- la comercialización,
- los actos concernientes a la obtención de una patente industrial de dicho conocimiento en un Estado diferente a donde se extrajo el conocimiento indígena.
- Los actos concernientes a la patentación, en otro Estado de algún recurso biológico, el mismo que abarca todo tipo de vida vegetal, animal y humano, primario o derivado que sea originaria de un determinado hábitat geográfico.
- El desvalance de beneficios si es que existe algún convenio entre las partes para el desarrollo y/o comercialización del conocimiento indígena.

El bien jurídico protegido es el conocimiento indígena, el Patrimonio Cultural de la Nación, el Patrimonio Cultural de una determinada Comunidad Nativa o indígena. Los agentes activos que podrían cometer son personas naturales o las personas que mantengan dominio de acción de las personas jurídicas, esto es: directores, propietarios, gerentes, planificadores de políticas, Personas Jurídicas, los cuales son sujetos de penas administrativas y Estados, por el incentivo de actos de biopiratería<sup>3</sup>. El sujeto pasivo del ilícito es una determinada comunidad indígena o nativa que tenga personería y sea reconocida por el Estado de donde es parte.

Los problemas de esta definición sin embargo no son pocos, puesto que definir a una masa de personas como sujetos pasivos de un ilícito es de difícil probanza en un proceso judicial penal, debido a que no se ha señalado a las personas que han sido afectadas por un daño de manera directa.

El Derecho en este sentido ha desarrollado la teoría de los **Derechos Difusos** para poder salvar este problema, pero su práctica no es generalizada y presenta inconvenientes en cuanto a su admisibilidad.

Pero, ¿qué es en sí la Biopiratería?. Son los actos invisibles cometidos por investigadores, empresas químico farmacéuticas y Estados en los territorios indígenas, por el cual realizan investigaciones de aquellos conocimientos indígenas, que pueden representar algún beneficio económico. La fase final de estos actos ilícitos son realizados en los Estados de donde provienen estas investigaciones por medio de la presentación de solicitudes de Patentes, inscripción de Derechos de Autor o inscripción de algún Know How.

Dicha actividad se ha manifestado desde que se tomó en cuenta el potencial económico de los conocimientos indígenas por su directa relación a territorios con alta biodiversidad, por lo que no se puede considerar que estos actos son de reciente fecha.

Son diferentes las maneras en que se realizan dichos actos, muchas veces se cuenta con el apoyo de la población indígena, pero este apoyo en el campo de las relaciones contractuales no pueden ser considerados sinalagmáticos, puesto que las prestaciones no son equivalentes. Se aprovecha pues de la pobreza de los indígenas con el objetivo de realizar en un futuro cercano una inversión millonaria.

---

<sup>3</sup> Sin embargo por mucho que pudiera plantearse los actos cometidos por personas jurídicas, estos no pueden ser sujetos de penas privativas de libertad, por tanto sólo es posible sancionarlos con penas administrativas como Multas. Por la fuerza que tienen las Personas jurídicas que realizan los actos de biopiratería es imposible pensar en la idea de sancionarlos, menos aún si es que se trata de Estados, puesto que los niveles de influencia son fuertes.

## 2. CASOS

- La patentización de la Quinoa. En 1994 la empresa Americana Hoelsing efectuó el registro de una patente sobre una variedad de quinoa boliviano, denominado Apelawa, bajo el número 5.304,718. La prueba de este caso de biopiratería la realizaron los científicos (Universidad de Colorado) que realizaron sus “investigaciones” en Bolivia
- La patentización de Leishmaniasis. Esta es una enfermedad tropical existente en zonas yungas. El Instituto Francés de Investigación Científica para el Desarrollo en Cooperación lo registró y actualmente se encuentra en la búsqueda de los antídotos para combatirla, utilizando los productos etnofarmacéuticos de los indígenas bolivianos de la zona del Beni.
- El proceso de Patentización de la Sangre de Grado. Esta es una planta “comúnmente” utilizada por todos los que tenemos alguna referencia familiar o geográfica con los andes y selvas peruanos. Sin embargo los estudios acerca de sus propiedades si bien son conocidas como conocimiento tradicional indígena, en la actualidad se encuentran bajo el fantasma de un registro de Patente a favor de la Shaman Pharmaceuticals. Los problemas de esta situación: por un lado hay un reconocimiento que los beneficios farmacéuticos han sido obtenidos gracias a la “cooperación” indígena, pero por otro lado, se han iniciado todos los procedimientos de inscripción de derechos.
- La Uña de Gato. Planta medicinal reconocida a nivel internacional por sus bondades medicinales. El registro de la patente es a favor de una empresa peruana (¿orgullo local?) la Empresa Liofilizadora del Pacífico. A mérito de la empresa es que ha iniciado el camino para que las comunidades nativas puedan obtener alguna ventaja patrimonial por su registro. Para el año 1996, la empresa tenía proyección de ganancias por la Uña de Gato por 26 millones de dólares y los Asháninkas 60,000 dólares (Nótese la gran “ventaja” por el negocio).<sup>4</sup>
- El choclo de color. En Estados Unidos se han registrado las variedades del choclo de color, el cual sólo es originario de la zona central y sur del Perú. No existe indicios de su cultivo en otras latitudes, sin embargo en la actualidad, los Registros de Propiedad Industrial Americanos han registrado esta variedad. Las consecuencias están más ligadas al campo agrícola, pues los dueños de las patentes, trabajan sobre todo con derivados del choclo de color, porque se ahorran insumos al no utilizar colorantes artificiales.
- Maíz Morado. El tinte que proviene de la infusión de este maíz puede prevenir el cáncer del colon. Las implicancias para países donde sus ciudadanos son adictos a las comidas rápidas son evidentes, pues es donde se registran los niveles más elevados de cáncer a la zona.
- El Yacón. El Perú tiene la patente primigenia sobre dicha planta, pero los derivados no han sido catalogados ni registrados. Ha saltado a luz pública su caso, cuando se descubrió que el cuñado del Ex Presidente Fujimori había llevado en forma ilícita muestras de yacón a su país: Japón. La importancia de la planta es elevada en el campo económico, puesto que es el edulcorante para diabéticos. Toda la industria alimentaria la utilizaría, y tengan por seguro que el Perú no recibiría siquiera una mención de reconocimiento de origen.
- Chirimoya. Que está registrado en Chile como “Chilimoya”. Sería el segundo caso de biopiratería directa al Perú por parte de nuestro vecino, pues el primero fue el Pisco.

<sup>4</sup> El Comercio 25 febrero 1996.

- La Patentización de la Maca. Felizmente las autoridades peruanas prohibieron su salida en estado natural, pero lo que no tomaron en cuenta que los laboratorios sólo necesitan una hoja para reproducir su estructura genética. Las implicancias están relacionadas al campo de la medicina humana (vigorizante, relajante)
- Kiwicha. El Perú tiene la patente original, pero no ha realizado ninguna medida para evitar la patentabilidad de derivados de dicha planta. Estados Unidos y los Estados Europeos con políticas espaciales son los que mas investigan las propiedades de esta planta andina. Las ventajas se pueden desprender en el campo de la alimentación humana.

### 3. ACCIONES FRENTE A LA BIOPIRATERÍA

Las acciones que pueden ser utilizadas para evitar la biopiratería son muchas, pero estas tienen un problema: su fundamentación.

Para evitar dichos mecanismos y con el objetivo de realizar medidas inmediatas, se podrían mencionar:

- Difusión de los derechos colectivos tradicionales en las zonas de las comunidades nativas, a fin de que estos puedan tomar la debida prudencia en su contacto con “investigadores internacionales”.
- Generar un banco de datos eficiente, para mantener un registro preventivo de todo nuestro patrimonio cultural y biológico.
- Promocionar la investigación conjunta entre Universidades Locales y Comunidades Nativas. Los beneficios serían tripartitos, puesto que las Universidades y Corporaciones internacionales se verían en la necesidad de contar con Instituciones peruanas para sus investigaciones, asegurando un respeto mínimo a las comunidades nativas, pues se les informará de sus planes.
- Solicitud de investigaciones en zonas amazónicas alejadas del radio urbano. Si bien la legislación nacional está destinada a eliminar las trabas administrativas, este requisito puede demorar los casos de biopiratería y de paso generar recursos para la difusión de los derechos de las minorías en sus zonas.
- Exigencia al Ejecutivo y al Legislativo de tomar cartas en el asunto.

### 4. RECURSOS Y MEDIDAS A EMPLEARSE

En este punto es necesario tomar en cuenta a las instituciones pertinentes e injerentes al tema:

- INDECOPI. Como institución destinada a registrar los derechos de propiedad industrial, se deberían bajar los aranceles para aquellas comunidades nativas que pretendan registrar sus conocimientos tradicionales.
- INRENA. Debería actualizar más seguido su banco de datos y estar más atento a los casos de biopiratería evidentes en nuestro país.
- Ministerio de Agricultura. Destinar mayor presupuesto al INRENA.
- Comisión de Agricultura del Congreso de la República. Retomar la protección de los derechos tradicionales de las minorías étnicas peruanas, porque las ventajas económicas que pueden desprenderse por su regulación, permitirán manejar un mayor presupuesto que el se pudiere alcanzar por turismo.
- Centro Internacional de la Papa. Tener un mayor sigilo y cuidado con el material biológico que tiene en su banco de datos, para evitar otras “salidas” de sus plantas.

- Ministerio de Relaciones Exteriores. Tomar conciencia de su papel en el respeto por los Instrumentos Internacionales sobre Propiedad Industrial celebrados por el Perú, para evitar la patentización de nuevas plantas, derivados o casos de biopiratería. El caso del Pisco fue un error clamoroso.
- Las comunidades campesinas e indígenas. Si bien se encuentran limitados económicamente, materialmente y jurídicamente, deberían buscar los mecanismos idóneos a sus casos para su inscripción en Registros Públicos como Personas Jurídicas, de esta manera su acceso a los Registros de Propiedad Industrial sería más accesible si es que se bajan los costos.
- Otra vez INDECOPI, si se llegan a patentar conocimientos indígenas (que el medio más recomendable serían por know How), generar por medio de una partida presupuestal, inscribir dichos derechos en el contexto internacional.

## VI. Parte

### 1. PROPUESTAS

Hay varias propuestas que uno puede plantear en un foro como éste sobre la materia, pero creemos que más se avanza a paso seguro que el correr sin un sentido ya preestablecido.

Por este motivo, mi principal propuesta es que las Comunidades Nativas e Indígenas continúen su lucha por la defensa de sus derechos colectivos, territoriales, biológicos. Si continúan en esta línea, tarde o temprano algunos de sus hijos plantearán soluciones, sacadas de las galeras del sistema occidental. Por este motivo me siento con autoridad moral para venir a plantear ahora sí unas propuestas.

1. Generar una mayor partida presupuestal al Ministerio de Agricultura, INRENA e INDECOPI por parte del Ejecutivo en el Presupuesto General de la República a modo de inversión sobre todo aquello ligado al tema del conocimiento tradicional. ¿El motivo?, si existen garantías para la protección del conocimiento indígena, se generarían regalías para el Estado y para las comunidades implicadas con el manejo de la biodiversidad.
2. Ampliación por parte de las ONGs “amistosas” de su cooperación a las comunidades indígenas, teniendo como objetivo principal la educación de sus derechos culturales y de las consecuencias del status quo actual.
3. Flexibilización de los requisitos en cuanto al titular de la inscripción de conocimiento tradicional indígena, en todos los mecanismos hábiles para la inscripción del Conocimiento Tradicional. De esta manera el acceso a una defensa previa estaría más configurada al caso peruano.
4. Promoción por parte del PROMUDEH de la inscripción en el Registro de Personas Jurídicas de las Comunidades Nativas e Indígenas. De esta manera la posibilidad de realizar defensa por interés difuso y derechos difusos tendría un titular directo: el representante de la Persona Jurídica en este caso, algún delegado de la Comunidad Campesina, Nativa o Indígena.

### 2. CONCLUSIONES

Tratando de conciliar las diferentes ramas del Derecho presentes en esta investigación, podemos señalar las siguientes conclusiones que sólo obedecen al criterio del autor.

- a. Una ausencia de valor del conocimiento tradicional indígena por parte de los Estados, Organismos Internacionales debido a los problemas que pudieran originar si se materializan sus aspiraciones de reivindicación.
- b. Regulación pertinente en abundancia respecto de los derechos derivados de la propiedad industrial a nivel individual, pero no respecto de colectividades.
- c. Muestras por parte de conglomerados económicos de no permitir una regulación pertinente sobre la regulación del Conocimiento Tradicional Indígena.
- d. Aumento cotidiano de los pedidos de patentabilidad de productos provenientes del conocimiento tradicional indígena.
- e. Desbalance comercial en las relaciones de “cooperación” entre los investigadores, científicos extranjeros y las comunidades nativas.
- f. Necesidad nacional de tomar conciencia de las ventajas en cuanto a una regulación jurídica y comercial del patrimonio cultural nacional.

