

EL RÉGIMEN PERUANO DE PROTECCIÓN DE CONOCIMIENTOS TRADICIONALES: LOGROS OBTENIDOS Y RETOS PENDIENTES*

Escribe Carla Paola Bengoa Rojas

1. Introducción

Los conocimientos tradicionales (CT) de los pueblos indígenas son el resultado de un conjunto de experiencias acumuladas por estos grupos, a través de los siglos, en su intento por entender la naturaleza que los rodea y encontrar en ella la satisfacción de todas sus necesidades. Los CT son utilizados y transmitidos de generación en generación de manera oral principalmente. Debido a ello, se dice que se encuentran en un constante proceso de evolución.

Dado que los derechos que otorga el sistema de propiedad intelectual “clásico” - patentes, secretos comerciales o derechos de autor- brindan protección a quienes sean identificados como los inventores o autores por un periodo de tiempo que, por lo general, es limitado, las particularidades de los CT los convierten en creaciones intelectuales difícilmente tutelables, de manera apropiada, a través de este sistema.

En el año 2002, el Perú supo dar respuesta a este problema y, a través de la promulgación de la Ley No. 27811, creó un régimen *sui generis* de protección de las creaciones intelectuales a fin de tutelar los CT de los pueblos indígenas.

Aunque bien intencionada, la Ley N° 27811 ha presentado tanto éxitos como serios problemas en lo que se refiere a su aplicación. El presente trabajo de investigación busca explicar cómo funciona este régimen de protección; así como identificar los beneficios que su implementación ha traído consigo, y aquellos problemas que ha enfrentado y las causas que los subyacen.

2. Antecedentes

Las discusiones nacionales acerca de la tutela de los CT tienen sus antecedentes en la década de los años noventa, en el Convenio sobre la Diversidad Biológica y las Decisiones de la Comunidad Andina 345 (que establece un Régimen Común de Protección de los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales) y 391 (que establece un Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos).¹ Estos

* Este artículo es una versión preliminar de una investigación promovida por la International Development Law Organization (IDLO). La versión final del mismo será publicada en medios donde la IDLO crea conveniente.

¹ CLARK, Susanna, LAPEÑA, Isabel y Manuel, RUIZ, *The protection of traditional knowledge in Peru: a comparative perspective*. Washington University Global Studies Law Review. 2004. p. 771.

instrumentos fueron hitos importantes y razones que inspiraron la creación de un régimen de protección *sui generis* para los CT en el Perú.

Quizás la Decisión 345 haya sido la mayor impulsora de este proceso nacional y ello se debe a la controversia que se generó en torno al siguiente de sus artículos:

Artículo 4.- Los Países Miembros otorgarán certificados de obtentor a las personas que hayan creado variedades vegetales, cuando éstas sean nuevas, homogéneas, distinguibles y estables y se le hubiese asignado una denominación que constituya su designación genérica.

Para los efectos de la presente Decisión, entiéndase por crear, la obtención de una nueva variedad mediante la aplicación de conocimientos científicos al mejoramiento heredable de las plantas.

(Énfasis agregado)

La limitación de la protección de los certificados de obtentor a los creadores de variedades vegetales que hubieran aplicado **conocimientos científicos** para obtenerlas, excluyendo de tutela a aquellos obtentores que hubieran aplicado conocimientos indígenas (cuyas características difieren, claramente, de las del conocimiento “occidental” o científico), generó la reacción de varios de los delegados presentes en el proceso de negociación de este instrumento y despertó el interés de crear mecanismos que protegieran los CT de los pueblos indígenas.²

Es así que, en el año 1996, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) y el Ministerio de Agricultura reunieron a instituciones, públicas y privadas, de diversos sectores a fin de elaborar un proyecto de norma destinada a proteger los CT de los pueblos indígenas peruanos, tomando en cuenta sus características y las de sus poseedores.³

Tras varios años de trabajo, se difundió el documento denominado “Propuesta de Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas y Acceso a los Recursos Genéticos” en el Diario Oficial El Peruano. Este documento, que además incluía un proyecto de reglamento de acceso a los recursos genéticos de origen peruano, buscaba alcanzar algún tipo de equilibrio entre la conservación sostenible de nuestra biodiversidad, la investigación y desarrollo en el campo de la biotecnología y el desarrollo de proyectos de inversión.

Luego de más de 6 años de debates, el 24 de julio del 2002, el Congreso de la República promulgó la Ley No. 27811, Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos.⁴

Desde su promulgación, la Ley No. 27811 ha presentado tanto avances como retos en su aplicación.

² Ibídem

³ RUIZ, Manuel. *La protección jurídica de los conocimientos tradicionales: Algunos Avances Políticos y Normativos en América Latina*. Lima: Unión Mundial para la Naturaleza/ Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. 2006. p. 128.

⁴ Ídem 129

3. Elementos de la Norma

3.1. Ámbito de Protección y Objetivos de la Ley

El reconocimiento de derechos especiales a los pueblos indígenas sobre los CT parte de la premisa de que estos conforman su patrimonio cultural, el mismo que tiene un origen anterior a la formación del Estado.⁵

A pesar de esto, no todos los CT son protegidos por la Ley No. 27811. En ese sentido, veremos que el artículo 3 limita el ámbito de aplicación de esta norma a aquellos CT que cumplan con tener las siguientes dos características:

- (i) Origen colectivo: Deben haber sido desarrollados y ser mantenidos por la colectividad de los miembros que conforman los pueblos indígenas. Esto significa que los conocimientos que se hubiesen generado de manera individual escapan al ámbito de aplicación de este régimen de protección (Citar artículo de Silvia); y
- (ii) Vinculación con los recursos biológicos: Deben abordar temas relativos a las propiedades, usos y características de la diversidad biológica.

Así pues, aquellos CT generados de forma colectiva y que aborden, por ejemplo, las propiedades que presentan los diversos componentes de la biodiversidad o prácticas agrícolas, ingresan dentro del espacio de protección que provee este régimen.

Con ello, lo que se pretende, es fomentar el desarrollo, protección, preservación y aplicación más amplia de estos CT en beneficio de los pueblos indígenas y de la humanidad; garantizar que el uso de los CT se realice con el consentimiento fundamentado previo de los pueblos indígenas que los poseen; promover la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización; y evitar que se concedan patentes a invenciones obtenidas o desarrolladas a partir de dichos CT, sin que los mismos sean tomados como antecedentes en el examen de novedad y nivel inventivo de dichas invenciones.

Para lograr estos objetivos, el régimen de protección establecido por la Ley No. 27811 se fundamenta, esencialmente, sobre cinco pilares:

- a. La celebración de contratos de licencia entre los pueblos indígenas, poseedores de los CT que pretenden ser accedido, y los usuarios;
- b. El otorgamiento del Consentimiento Informado Previo, por parte de los pueblos indígenas, como requisito indispensable para el acceso a los CT;
- c. El registro de CT en registros públicos, confidenciales y locales;
- d. La implementación de un fondo destinado al financiamiento de proyectos y actividades que contribuyan al desarrollo integral de los pueblos indígenas; y
- e. Herramientas de cumplimiento y vigilancia.

⁵ VENERO, Begoña. "The Peruvian Law on Protection of Collective Knowledge of Indigenous Peoples Related to Biological Resources". En: Trading in Knowledge, Bellmann, Christophe, Dutfield, Graham y Ricardo, Meléndez-Ortiz (ed.). Virginia: Earthscan Publications Ltd. 2003. p. 285-289.

3.2. Contratos de Licencia

Cuando los CT no están en el dominio público y se desea acceder a ellos con fines comerciales o industriales, la Ley No. 27811 se vale de los contratos de licencia para protegerlos.

Los contratos de licencia son acuerdos de voluntad a través de los cuales los pueblos indígenas, representados por sus respectivas organizaciones, autorizan a terceros a acceder y utilizar determinados conocimientos tradicionales que se encuentran bajo su control.

Su plazo de vigencia es de tres años (que pueden ser renovados) y su contenido mínimo debe abordar, entre otros asuntos, las condiciones de acceso y uso de los CT, pactos de confidencialidad que eviten la revelación de los mismos y el pago de no menos del 15% del valor de las ventas brutas, antes de impuestos, resultantes de la comercialización de los productos desarrollados, directa e indirectamente, a partir de los CT accedidos.

Debido a que la norma prevé que los contratos de licencia sean registrados ante la Oficina de Invenções y Nuevas Tecnologías (OINT) del INDECOPI, esta entidad pública ha realizado enormes esfuerzos por difundir el uso de este instrumento legal. En ese sentido, ha realizado talleres dentro de los pueblos indígenas; elaborado publicaciones explicativas; y establecido, de manera clara, los requisitos mínimos que deben cumplirse y los plazos de resolución que presenta el procedimiento de registro. A pesar de ello, a once años de vigencia de la Ley No. 27811, aún no se ha registrado un solo contrato de licencia.⁶

La causa de este problema parece residir en que el porcentaje del 15% que la norma exige pagar a los licenciarios es demasiado alto. Los usuarios no están dispuestos a renunciar a una parte tan significativa de sus ganancias.⁷ Esto tiene por efecto propiciar la informalidad en la investigación y desarrollo.

3.3. Consentimiento Informado Previo

El segundo pilar del régimen es el consentimiento informado previo (PIC, por sus siglas en inglés), una autorización de acceso a los CT, que debe provenir de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas que los poseen.

Cualquiera sea el fin del acceso (comercial, industrial o científico), la emisión del PIC debe darse de manera previa al mismo y su formulación debe encontrarse fundamentada en la información proporcionada por aquel interesado en convertirse en usuario.

Es interesante observar que la Ley No. 27811 no establece cuál es el instrumento en el que debe materializarse el PIC. Por el contrario, la norma ha guardado silencio

⁶ Entrevista con Aurora Ortega, Ejecutiva de la Dirección de Invenções y Nuevas Tecnologías, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (Lima, 12 de julio 2013)

⁷ Entrevista con Andrés Valladolid, Presidente de la Comisión Nacional contra la Biopiratería, Comisión Nacional contra la Biopiratería (Lima, 12 de julio 2013)

sobre este punto y ha preferido dejar que las propias normas consuetudinarias de los pueblos indígenas sean las que determinen si el PIC consta en un acta de acuerdo, una declaración jurada, en el libro de actas del pueblo, entre otras posibilidades.⁸

3.4. Registros de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas

La Ley No. 27811 dio vida a tres tipos de registros de CT, todos los cuales poseen una naturaleza declarativa. En ese sentido, no dotan a los pueblos indígenas de derechos sobre sus conocimientos tradicionales sino que, por el contrario, reconocen la existencia de estas potestades dentro de su esfera jurídica.

A pesar de presentar marcadas diferencias entre ellos, estos registros cumplen con una misma función defensiva de los conocimientos tradicionales, que consiste en conservarlos, salvaguardar los derechos que los pueblos indígenas poseen sobre ellos y evitar el otorgamiento de patentes, cuando estas hubieran sido obtenidas a partir de dichos conocimientos.

A continuación, pasaremos a describir, brevemente, las características de cada uno de estos registros:

- (i) Registro Nacional Público de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas: Contiene un listado de conocimientos colectivos que se encuentran en el dominio público. Esta información es utilizada por la OINT para probar, ante las oficinas de patentes del mundo, que determinadas invenciones -basadas en conocimientos tradicionales- no cumplen con los requisitos de novedad o nivel inventivo exigidos para ser protegidos por una patente.
- (ii) Registro Nacional Confidencial de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas: Almacena conocimientos colectivos que los pueblos indígenas desean mantener bajo reserva. Por esa razón, los terceros se encuentran impedidos de consultarlo sin su consentimiento. La función de este registro se limita a conservar los conocimientos colectivos que se encuentran en él.⁹
- (iii) Registros Locales de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas: A diferencia de los dos anteriores, que son administrados por la OINT, los registros locales son administrados por los propios pueblos indígenas. Siendo ello así, estas herramientas recopilan conocimientos colectivos bajo los criterios que estos pueblos determinen, según sus intereses y necesidades.¹⁰

⁸ Entrevista con Aurora Ortega, Ejecutiva de la Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (Lima, 12 de julio 2013)

⁹ BAZÁN, Sylvia. "A cuatro años de la Ley N.º 27811: algunas interrogantes en torno a su aplicación". En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales. Kresalja, Baldo (ed.). Lima: Palestra editores. 2008. p. 291-302.

¹⁰ SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL; INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. *Manual Explicativo de la Ley 27811, régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos*. Lima. 2004. p. 6.

La implementación de los registros de conocimientos colectivos constituye el logro más importante de la Ley No. 27811. Así, al 1 de agosto del año en curso, estas bases de datos habían logrado recolectar un total de 1634 conocimientos tradicionales.¹¹

3.5. Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas

El cuarto pilar que sostiene el régimen sui generis establecido por la Ley No. 27811 es el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

El fondo está destinado al financiamiento actividades que contribuyan al desarrollo integral de los pueblos indígenas. Cualquiera de estos pueblos puede acceder al fondo a través de la presentación de un proyecto, previa evaluación del mismo por un Comité Administrador (conformado por representantes del Ministerio de Cultura y organizaciones representativas de los pueblos indígenas).

En teoría, los recursos de que dispone este fondo provienen de cinco fuentes:

- (i) el porcentaje que la ley exige realizar a los licenciatarios como retribución por la utilización de los conocimientos tradicionales accedidos en la elaboración de productos cuya comercialización generó ganancias,
- (ii) el presupuesto público,
- (iii) la cooperación técnica internacional,
- (iv) donaciones, y
- (v) multas (provenientes de la revelación, adquisición o el uso de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas sin su consentimiento)

La razón por la que estas fuentes son sólo "teóricas" se debe al hecho de que no se han registrado contratos de licencia y de que, hasta el día de hoy, no se han impuesto multas; sin embargo, por encima de todo, encuentra su causa en que el fondo todavía no ha sido implementado.

Y es que, a pesar de que la única disposición transitoria de la Ley No. 27811 ordenaba a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas preparar un proyecto de reglamento que regulara la organización y funcionamiento del Fondo, esto aún no se ha hecho.

3.6. Herramientas de Cumplimiento y Vigilancia

El último pilar que sostiene a la Ley No. 27811 son las herramientas de cumplimiento y vigilancia: las acciones reivindicatorias e indemnizatorias, y las acciones por infracción de derechos de los pueblos indígenas.

Los recursos administrativos mencionados permiten a los pueblos indígenas acceder, por su propia cuenta o a través del INDECOPI, a las autoridades administrativas competentes cuando se produzcan casos de revelación, adquisición o uso, no autorizado, de sus conocimientos colectivos.

¹¹ Entrevista con Aurora Ortega, Ejecutiva de la Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (Lima, 12 de julio 2013)

A la fecha, ninguno de estos recursos ha sido interpuesto a pedido de parte de los pueblos indígenas ni de oficio por el INDECOPI.¹²

4. Lecciones Aprendidas e Implementación

El proceso de desarrollo e implementación del régimen sui generis de protección de los CT, establecido por la Ley No. 27811, ha presentado una serie de impasses que las autoridades competentes deben solucionar a fin de garantizar el pleno funcionamiento de la norma. Asimismo, estos deben ser tomados en consideración por aquellos países que decidan tomar como referencia la experiencia peruana.

En lo que respecta al tema institucional, es imprescindible tener en cuenta que la atribución de nuevas funciones a instituciones públicas ya existentes debe guardar proporcionalidad con los recursos con que estas cuentan.

La Ley No. 27811 otorgó a la OINT del INDECOPI, una serie de funciones que van desde la recolección en campo de conocimientos tradicionales y el mantenimiento de los registros, hasta la fiscalización del cumplimiento de la ley. Sin embargo, este incremento en el número de sus funciones no ha tenido correlato en un aumento de su personal o presupuesto.

Como consecuencia de esto, es imposible exigir a la OINT registros de conocimientos colectivos más vastos que, en efecto, permitan evitar casos de biopiratería en países del exterior. Bajo el mismo argumento, sería absurdo reclamar a esta oficina una fiscalización exhaustiva, realizada a nivel nacional, que permita localizar aquellos casos en los que los términos de la ley han sido incumplidos con el fin de interponer infracciones de oficio.¹³

En cuanto a los mecanismos administrativos, es necesario que el desarrollo de los mismos se encuentre siempre fundamentado técnicamente; de otra forma, es posible que encuentren problemas al intentar implementarlos.

El porcentaje que la Ley No. 27811 requiere pactar como pago en los contratos de licencia, y que es requisito para su registro, debió ser determinado por un estudio que, basado en reglas económicas, arribara en un porcentaje factible de ser exigido a las industrias.

No obstante ello, sin base técnica alguna, la “Propuesta de Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas y Acceso a los Recursos Genéticos” planteó un porcentaje de “(...) 0.5% del valor de las ventas brutas, antes de impuestos, resultantes de la comercialización de los productos desarrollados a partir de dicho conocimiento colectivo” que, tras la revisión realizada por la CONAPA, pasó a ser de 15%, también sin motivación técnica alguna.¹⁴

¹² Entrevista con Aurora Ortega, Ejecutiva de la Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (Lima, 12 de julio 2013)

¹³ Entrevista con Aurora Ortega, Ejecutiva de la Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (Lima, 12 de julio 2013)

¹⁴ Entrevista con Andrés Valladolid, Presidente de la Comisión Nacional contra la Biopiratería, Comisión Nacional contra la Biopiratería (Lima, 12 de julio 2013)

Como resultado, lo que ahora se tiene es un requisito que desincentiva a los usuarios de CT a cumplir con la legislación e impide a los pueblos indígenas obtener ganancias por el uso de sus creaciones. Claramente, esto deberá ser modificado.

Finalmente, sobre el compromiso de los pueblos indígenas, necesario para sacar adelante este tipo de regímenes de protección, sólo nos queda decir que este se dará siempre que los instrumentos legales creados para salvaguardarlos sean desarrollados tomando en cuenta su modo de vida y costumbres.

Así, resulta un tanto ingenuo pensar que pueblos acostumbrados a compartir sus alimentos, vestidos y cultura con quien los necesite, comenzarán a interponer denuncias frente a la apropiación de sus CT únicamente porque una ley lo señala.

Frente a ello, la solución será siempre fortalecer a las entidades nacionales competentes a fin de que sean ellas quienes, ayudadas por los pueblos indígenas, monitoreen y garanticen el cumplimiento de mecanismos de protección que responden a formas de ver el mundo, tan distintas a la indígena.¹⁵

5. Retos Pendientes

Como podrá apreciarse, aunque bienintencionada, la Ley No. 27811 ha presentado tanto avances como problemas en lo que se refiere a su implementación.

Así, a pesar del hecho de que la OINT ha registrado un total de 1634 conocimientos tradicionales, ni un solo contrato de licencia ha sido registrado, el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas aún no ha sido implementado y no se han presentado acciones de infracción de los derechos de los pueblos indígenas.

Lo importante ahora es abocar esfuerzos por solucionar estas falencias y fortalecer la institucionalidad de la OINT y su vínculo con los pueblos indígenas, así como modificar aquellos requisitos que se han convertido en verdaderas trabas para la protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas.

Aunque la burocracia amenaza con aletargar la reforma, esta difícil tarea ya ha sido asumida por el Estado peruano. Nos queda entonces apoyar la iniciativa.

¹⁵ Entrevista con Aurora Ortega, Ejecutiva de la Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (Lima, 12 de julio 2013)

Referencias Bibliográficas

- 2008 BAZÁN, Sylvia.
“A cuatro años de la Ley N.º 27811: algunas interrogantes en torno a su aplicación”. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales. Kresalja, Baldo (ed.). Lima: Palestra editores.
- 2004 CLARK, Susanna, LAPEÑA, Isabel y Manuel, RUIZ,
The protection of traditional knowledge in Peru: a comparative perspective.
Washington University Global Studies Law Review.
- 2006 RUIZ, Manuel.
La protección jurídica de los conocimientos tradicionales: Algunos Avances Políticos y Normativos en América Latina. Lima: Unión Mundial para la Naturaleza/ Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.
- 2004 SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL; INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.
Manual Explicativo de la Ley 27811, régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos. Lima.
- 2003 VENERO, Begoña.
“The Peruvian Law on Protection of Collective Knowledge of Indigenous Peoples Related to Biological Resources”. En: Trading in Knowledge, Bellmann, Christophe, Duffield, Graham y Ricardo, Meléndez-Ortíz (ed.). Virginia: Earthscan Publications Ltd.