

Universidad de Los Andes  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
Postgrado de Especialización en Propiedad Intelectual

**Derechos sobre los Conocimientos Tradicionales Indígenas en Venezuela.  
Propuestas para la Regulación de su Titularidad y Ejercicio**

*Especial referencia a su protección mediante el Sistema de Propiedad Intelectual*

[www.bdigital.ula.ve](http://www.bdigital.ula.ve)

Trabajo Especial para optar al Grado de Especialista en Propiedad Intelectual

Presentado por: María Julia Ochoa Jiménez

Tutor: Vladimir Aguilar Castro

**S E R B I U L A**  
Tulio Febres Cordero

Mérida, Venezuela, 2005

C.C.Reconocimiento

## ÍNDICE

	Pág.
<b>RESUMEN</b>	5
<b>ACRÓNIMOS</b>	6
<b>INTRODUCCIÓN</b>	7
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>MARCO TEÓRICO</b>	
1. Conocimiento en sentido general	13
2. La propiedad intelectual	18
2.1. Ramas o subsistemas que integran la propiedad intelectual	20
2.1.1. El derecho de autor y los derechos conexos	21
2.1.2. La propiedad industrial	22
3. La titularidad. Titularidad individual y titularidad colectiva	25
4. Sistemas jurídicos especiales	27
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b>LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL</b>	
1. Concepto y características de la propiedad intelectual	33
2. Contenido de la propiedad intelectual	39
2.1. Derecho de autor y derechos conexos	43
2.2. Derecho de patentes	49
2.3. Derecho de marcas y otros signos distintivos	56
2.4. Derecho de obtenciones de variedades vegetales	60
<b>CAPÍTULO III</b>	
<b>LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES INDÍGENAS.</b>	
<b>BREVE ESBOZO DE SU CONCEPTUALIZACIÓN EN</b>	
<b>VENEZUELA</b>	
1. Aspectos previos sobre la discusión del tema de la protección jurídica de los conocimientos tradicionales indígenas en Venezuela	66
2. Elementos a considerar en la conceptualización de los conocimientos tradicionales indígenas	77
2.1. Rasgos característicos de los conocimientos tradicionales indígenas	82
2.2. Ámbito de actuación interna para la protección jurídica de los conocimientos tradicionales indígenas	86
3. Formas de manifestarse los conocimientos tradicionales indígenas	89
3.1. Conocimientos tradicionales relativos a la biodiversidad	91
3.2. Manifestaciones artísticas tradicionales	94

**CAPÍTULO IV**  
**LOS SUJETOS DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES**  
**INDÍGENAS**

1. Definición legal de las comunidades o pueblos indígenas como sujetos de los derechos relativos a los conocimientos tradicionales	98
1.1. Aspectos derivados de instrumentos internacionales referidos a derechos indígenas en general	100
1.2. Aspectos que se desprenden de instrumentos referidos a los conocimientos tradicionales asociados a la diversidad biológica	106
2. La terminología adecuada ¿Pueblos o comunidades indígenas?	113
3. Los derechos sobre los conocimientos tradicionales indígenas como derechos colectivos	116

**CAPÍTULO V**  
**PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS CONOCIMIENTOS**  
**TRADICIONALES INDÍGENAS. ÉNFASIS EN LAS NORMAS**  
**RELACIONADAS CON LA TITULARIDAD Y EL EJERCICIO**  
**DE LOS DERECHOS**

1. Ámbito material	129
1.1. Mediante propiedad intelectual	130
1.1.1. Derecho de autor y derechos conexos	131
1.1.2. Derecho de patentes	138
1.1.3. Derecho de marcas y otros signos distintivos	145
1.1.4. Derecho de obtentores de variedades vegetales	150
1.2. Mediante sistemas jurídicos especiales	152
2. Ámbito espacial	
2.1 Normas internacionales	158
2.1.1. Disposiciones Tipo OMPI/UNESCO para Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folclore contra la Explotación Ilícita y otras Acciones Lesivas	161
2.1.2. Convenio sobre Diversidad Biológica	163
2.2. Normas comunitarias	166
2.2.1. Decisión 391 de la Comisión de la Comunidad Andina	169
2.2.2. Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina	171
2.3. Instrumentos jurídicos internos de los países miembros de la Comunidad Andina	173
2.4. Contexto legislativo interno de Venezuela	185

<b>CAPÍTULO VI</b>	
<b>SITUACIÓN NORMATIVA ACTUAL Y PROPUESTAS PARA LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES INDÍGENAS, EN PARTICULAR PARA LA REGULACIÓN DE LA TITULARIDAD Y EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS</b>	
1. Situación normativa actual: derechos establecidos y cómo éstos se pueden ejercer	191
2. Algunos aspectos generales a considerar para la protección jurídica de los conocimientos tradicionales indígenas	198
3. Normas propuestas sobre la titularidad y el ejercicio de los derechos relativos a los conocimientos tradicionales indígenas	206
<b>CONCLUSIONES</b>	213
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	217

[www.bdigital.ula.ve](http://www.bdigital.ula.ve)

## RESUMEN

---

En el presente trabajo se analizan los aspectos más resaltantes relacionados con la configuración de la situación normativa actual relativa a los conocimientos tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas. En especial, se examinan las relaciones que el tema mantiene con el Derecho de propiedad intelectual y se analizan las más relevantes normas existentes en el ámbito internacional, en la Comunidad Andina de Naciones, en las legislaciones nacionales latinoamericanas y, de manera especial, en el sistema jurídico venezolano. En igual sentido, se plantea de qué manera algunos derechos específicos contemplados en la normativa aplicable en nuestro país podrían ser ejercidos.

Por otra parte, se señalan algunos elementos generales que deben ser tomados en cuenta para el establecimiento de una normativa especial en Venezuela destinada a regular los derechos sobre los conocimientos tradicionales indígenas, para finalmente proponer algunas normas específicas referidas a la titularidad y el ejercicio de los derechos relacionados con los conocimientos tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas, normas que podrían formar parte de una legislación especial sobre la materia.

## ACRÓNIMOS

---

ADPIC:	Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
BM:	Banco Mundial
CDB:	Convenio sobre Diversidad Biológica
CIDH:	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CRBV:	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
ECOSOC:	Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas
FAO:	Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura
OIT:	Organización Internacional del Trabajo
OMC:	Organización Mundial del Comercio
OMPI:	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
UNESCO:	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UPOV:	Unión para la Protección de las Obtenciones Vegetales

## INTRODUCCIÓN

---

Durante los últimos años ha existido un creciente interés por la protección jurídica de los conocimientos tradicionales<sup>1</sup>. Es hoy indiscutible la relevancia que poseen en algunos campos de la industria y el comercio, donde son aprovechados como punto de partida para el desarrollo de bienes producidos y comercializados principalmente por empresas de países desarrollados. En este contexto, frecuentemente se originan relaciones desiguales e injustas en las que los beneficios derivados del aprovechamiento de estos conocimientos no se revierten de ninguna forma a las comunidades indígenas que los han proporcionado.

Por otra parte, los conocimientos tradicionales tienen una estrecha relación con la conservación del ambiente, principalmente por su contribución para alcanzar un desarrollo sostenible, con el que son más compatibles las formas de vida de los grupos humanos que los desarrollan. Este aspecto en la actualidad ocupa gran atención a nivel mundial, en especial desde que ha sido reconocido expresamente por el Convenio sobre Diversidad Biológica, adoptado en 1992.

Asimismo, diversas formas de conocimientos tradicionales aportan beneficios a la sociedad en general. La medicina tradicional, por ejemplo, contribuye a la solución de problemas de acceso a la salud existentes en los países en desarrollo, donde para una gran parte de la población el recurrir a la medicina *moderna* resulta limitado, tanto por

---

<sup>1</sup> Debe aclararse que el presente trabajo se limitará al estudio de los conocimientos tradicionales indígenas, partiendo de una noción que los concibe como aquellos conocimientos desarrollados en forma colectiva por las comunidades indígenas y que son transmitidos de generación en generación y están sujetos a un proceso dinámico de adaptación a nuevas necesidades. Se refiere a los conocimientos tradicionales indígenas porque, por una parte, a pesar de que en la mayor parte de los instrumentos jurídicos las comunidades indígenas y demás comunidades locales son tratadas en forma conjunta, las acciones para la regulación jurídica del uso de los conocimientos tradicionales indígenas se ha disgregado, diferenciándose en los distintos foros internacionales. Por otra parte, la protección jurídica de los conocimientos desarrollados por todos esos tipos de grupos humanos en un solo régimen, podría no estar ajustada enteramente a la ya existente, o aún en construcción, normativa relativa a derechos indígenas.

razones económicas como culturales<sup>2</sup>. Igualmente, es claro que las expresiones artísticas de estas comunidades contribuyen a la conformación de la identidad cultural de la nación.

En este orden de ideas, el tema de la protección jurídica de los conocimientos tradicionales ha sido tratado a nivel interno en diversos países, en especial aquéllos que han suscrito el mencionado Convenio sobre Diversidad Biológica. Pero el tema principalmente se ha debatido en diferentes foros internacionales, entre ellos los más importantes han sido: la Organización Internacional del Trabajo (OIT); la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO); la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO); el Consejo Económico Social (ECOSOC); la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; la Organización Mundial del Comercio (OMC); el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

Esta última organización ha analizado especialmente si resulta posible que sean protegidos mediante los mecanismos que contempla el actual sistema de propiedad intelectual. Es así como durante la primera sesión del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la OMPI, los Estados miembros expusieron que, entre otras limitaciones que presenta la protección mediante propiedad intelectual, no es fácil que los conocimientos tradicionales cumplan con los criterios de novedad establecidos por las normas internacionalmente adoptadas (en materia de patentes), además de no ser fácil identificar a los distintos creadores o inventores. En igual sentido, aspectos tradicionales y culturales pueden plantear problemas en cuanto a la duración de estos derechos<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Cfr. CORREA, Carlos, *Los Conocimientos Tradicionales y la Propiedad Intelectual. Cuestiones y Opciones acerca de la Protección de los Conocimientos Tradicionales*. Oficina Cuáquera ante las Naciones Unidas. Ginebra, 2001. Pág. 3.

<sup>3</sup> Cfr. OMPI, Documento OMPI/GRTKF/IC/2/9, Pág. 5.



Frente a ello, el mencionado comité observó, tal como lo han hecho algunos autores<sup>4</sup>, que la protección de los conocimientos tradicionales mediante el sistema de propiedad intelectual es posible en la medida en que cumplan los requisitos exigidos por este sistema, lo cual puede ocurrir únicamente en casos muy específicos. Esto podría darse, por ejemplo, cuando un conocimiento tradicional es accesible únicamente para un grupo reducido de personas (o incluso para un sujeto) dentro de la comunidad, caso en el cual, según afirma este comité, podría cumplirse el requisito de novedad establecido por algunas normas de propiedad intelectual (derecho de patentes).

Vinculados con los problemas que suscita la protección de los conocimientos tradicionales indígenas mediante la propiedad intelectual, se encuentran otros asuntos no menos relevantes, como el mantenimiento de las culturas de las comunidades y pueblos que han desarrollado estos conocimientos, el respeto a sus formas de organización, sus costumbres y la preservación de los territorios que han habitado ancestralmente.

Por otra parte, se observa que las pretensiones de los grupos indígenas van más allá del reconocimiento de una personalidad jurídica que les permita el ejercicio de ciertos derechos particulares<sup>5</sup>, incluso trascienden su consideración como comunidades o grupos étnicos que forman parte de un país multiétnico o pluricultural. Estos grupos reclaman ser reconocidos como *pueblos* y, en este sentido, poseer libre determinación, es decir, capacidad para establecer sus propias normas de autogobierno. La libre determinación reclamada es así parte fundamental del debate en el escenario internacional. Pero una preocupación fundamental de los gobiernos es que el reconocimiento de la libre determinación de los pueblos indígenas ponga en peligro su

---

<sup>4</sup> Cfr. ASTUDILLO GÓMEZ, Francisco, *Derechos de Propiedad Intelectual de las Comunidades Indígenas sobre los Conocimientos Tradicionales Asociados a los Recursos Biológicos*. En: Propiedad Intelectual. Temas relevantes en el Escenario Internacional. SIECA-USAID. 2000. Pág. 284; RUIZ, Manuel y VIVAS, David, *Manual Explicativo sobre Mecanismos para la Protección del Conocimiento Tradicional de las Comunidades Indígenas en la Región Andina*. Documento preparado para la iniciativa Biocomercio de la UNCTAD. Disponible en: [www.biobio.org](http://www.biobio.org) (20/08/02).

<sup>5</sup> Así se desprende de algunos documentos tales como la Declaración de Mataatua de los Derechos Intelectuales y Culturales de los Pueblos Indígenas (1993). Cfr. NONINGO SESEN, Hapiom, *Los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas Amazónicos*. Revista Arinzana. N° 3. Caracas, 1993. Págs. 35-50; DE LA CRUZ, Rodrigo, *Protección de los Conocimientos Tradicionales*. Quito, 2001. (Mimeo). Pág. 5.

soberanía. Aunque estas reclamaciones bien pueden entenderse en el sentido de reconocerles el derecho a la libre determinación interna, que no atenta contra la integridad del Estado al que pertenecen los grupos indígenas. De cualquier forma, la importancia del tema ha hecho que se considere la libre determinación como punto de partida del catálogo de reivindicaciones y demandas de estos grupos humanos<sup>6</sup>.

Resulta de lo antes dicho que el tema de la protección jurídica de los conocimientos tradicionales indígenas es complejo. Existe una interrelación esencial entre diversos aspectos que no deben descuidarse en las discusiones sobre el tema. Por una parte, así lo exige la naturaleza sistemática del ordenamiento jurídico; por otra parte, la existencia misma de estos conocimientos depende del mantenimiento de los diversos elementos que integran las formas de vida de estas comunidades.

En el contexto descrito, el presente trabajo busca ofrecer algunos elementos para el desarrollo de la protección jurídica de los conocimientos tradicionales indígenas, para el análisis de determinados aspectos que dicha protección suscita, de manera específica en cuanto corresponde a la titularidad y el ejercicio de los derechos relativos a estos conocimientos. Del origen colectivo de los conocimientos tradicionales indígenas se sigue que los derechos que se reconozcan sobre los mismos no deberían ser derechos individuales, se trataría más bien de derechos cuyos titulares serían grupos de individuos. Esto conduce a formularse algunas interrogantes, por ejemplo, qué sujetos tendrían calidad jurídica para gozar legítimamente de estos derechos y la facultad para ejercerlos y de qué forma los ejercerían. La ausencia de respuestas legales claras hace difícil y en ciertos casos imposible el ejercicio efectivo de los derechos sobre los conocimientos tradicionales que hayan sido reconocidos<sup>7</sup>.

Dado que se centra en el estudio de los conocimientos tradicionales desarrollados por las comunidades o pueblos indígenas, no realiza este trabajo un

---

<sup>6</sup> Cfr. AGUILAR CASTRO, Vladimir, *Guardianes Ancestrales en Venezuela: La Demarcación de Territorios Indígenas como Estrategia para la Conservación y Manejo de Parques Nacionales y Áreas Protegidas*. En: *Conservación de la Biodiversidad en Los Andes y la Amazonía*. Cuzco, 2001. Pág. 7-10.

<sup>7</sup> Cfr. MACKAY, Fergus, *Los Derechos Indígenas en el Sistema Internacional. Una Fuente Instrumental para las Organizaciones Indígenas*. Netherlands, 1999, citado por: AGUILAR CASTRO, Vladimir, *Guardianes Ancestrales...* Pág. 15.

estudio específico de las demás comunidades en las cuales pueden desarrollarse dichos conocimientos. En todo caso, el planteamiento de algunas propuestas para la normativa referida a los conocimientos tradicionales indígenas podría, en determinada medida, extenderse a los conocimientos desarrollados por otras comunidades locales.

El trabajo se inicia con una exposición aproximativa en el Capítulo I de las nociones fundamentales de determinados conceptos vinculados con los temas desarrollados en los capítulos siguientes, tales como el de conocimiento, en sentido general, el de propiedad intelectual, el de titularidad y el de sistemas jurídicos especiales.

Al hacer referencia a un sistema especial destinado a la protección de los conocimientos tradicionales indígenas, se hace necesario estudiar las posibilidades de su protección mediante las ramas de la propiedad intelectual. Sin embargo, previamente es conveniente conocer, por una parte, cuál es el concepto de propiedad intelectual y, por otra parte, en qué consisten propiamente los conocimientos tradicionales indígenas. En este sentido, el Capítulo II expone los elementos conceptuales fundamentales del sistema de protección de los bienes intelectuales y describe los elementos esenciales que definen cada una de las ramas que integran el sistema de la propiedad intelectual. Y el Capítulo III profundiza en la conceptualización de los conocimientos tradicionales indígenas, partiendo de una noción amplia, en la que quedan comprendidos los conocimientos vinculados a la biodiversidad y los elementos que integran el patrimonio artístico tradicional de esas comunidades o pueblos.

En el Capítulo IV se analizan las implicaciones de los conceptos utilizados normativamente para referirse a los titulares de estos derechos, atendiendo especialmente a su carácter de derechos colectivos. El Capítulo V, por su parte, está dedicado al estudio de las principales normas vigentes contenidas en instrumentos jurídicos internacionales y comunitarios. Se exponen mediante cuadros comparativos-descriptivos los instrumentos latinoamericanos más importantes, haciendo énfasis en los que han sido adoptados en los países que integran la Comunidad Andina de Naciones.

Por último, en el Capítulo VI se expone la situación normativa actual existente que se relaciona con los derechos de las comunidades indígenas sobre sus conocimientos tradicionales. De igual forma, se plantea de qué forma podrían ser ejercidos algunos derechos existentes en la normativa aplicable en Venezuela. Finalmente, se formulan algunas propuestas generales referidas a la regulación de los derechos sobre los conocimientos tradicionales, así como algunas normas específicas relativas a la titularidad y el ejercicio de tales derechos. Estas propuestas se realizan considerando que podrían ser estimadas en la elaboración de un sistema normativo especial de protección de los conocimientos tradicionales en nuestro país.

[www.bdigital.ula.ve](http://www.bdigital.ula.ve)

## CAPÍTULO I MARCO TEÓRICO

---

El presente capítulo se propone exponer conceptos fundamentales que es necesario tener claros en el desarrollo de los capítulos siguientes. En primer lugar, se plantean de forma general los elementos esenciales de la noción occidental de conocimiento, noción que actualmente suele oponerse a la de conocimientos tradicionales indígenas en las discusiones sobre la protección jurídica de estos últimos. Seguidamente, se presenta el concepto de propiedad intelectual como sistema jurídico, así como los distintos subsistemas que la integran. Por otra parte, se expone la noción de titularidad, tanto cuando se refiere a sujetos individuales como cuando corresponde a sujetos colectivos. Y, finalmente, se presentan las ideas que conforman la noción de sistemas jurídicos especiales, destacando ejemplos de estos sistemas dentro del campo de la propiedad intelectual.

www.bdigital.ula.ve

### 1. Conocimiento en sentido general

Al hablar de conocimientos tradicionales es conveniente realizar previamente una breve exposición de la noción de conocimiento desarrollada en el mundo occidental y revisar las especificidades que posee la idea de conocimiento en el contexto de las comunidades indígenas. La amplitud y complejidad del tema no permite que en este trabajo pueda siquiera intentarse una exposición exhaustiva, pero bastará mencionar resumidamente las principales perspectivas desde las cuales puede ser entendido el conocimiento en un sentido general.

En pocas palabras, puede decirse que, considerado como *facultad*, el conocimiento se entiende como la orientación de la mente destinada a aprehender los objetos de la forma como se presentan a la conciencia, como contenido del

pensamiento<sup>8</sup>. También se ha entendido que el conocimiento es un *proceso* que tiene lugar cuando un sujeto aprehende un objeto, previa e independientemente de cualquier interpretación o explicación de sus causas. Por último, el conocimiento además puede ser entendido como *producto*, y desde este punto de vista sería el estado mental, la idea o concepción, que se ha formado en el sujeto que ha aprehendido el objeto al cual se dirigió su conocer, a partir de dicha aprehensión<sup>9</sup>.

Por otra parte, se han distinguido varios tipos de conocimiento<sup>10</sup>. En este sentido, puede mencionarse, en primer lugar, el conocimiento *vulgar* que se obtiene sin realizar análisis profundos y que se contrapone al conocimiento *científico*, que incluye una garantía de su validez mediante la formulación de leyes que son comprobables y capaces de predecir acontecimientos futuros. En segundo lugar, se encuentra el conocimiento *a posteriori*, que requiere previamente la experiencia sensible y se distingue del conocimiento *a priori*, en el cual la razón tiene los principios o formas del propio conocer, independientemente de la experiencia. En tercer y último lugar, puede destacarse el conocimiento *discursivo*, que parte de principios lógicamente verdaderos a partir de los cuales forma un sistema por vía de análisis, y es distinto del conocimiento *intuitivo* por el cual se aprehende inmediatamente el objeto<sup>11</sup>.

Tradicionalmente, se hace referencia a una jerarquía entre estos tipos de conocimiento. Comenzando por el conocimiento vulgar, o de sentido común, se llega al conocimiento científico, señalándose otros tipos, como el artístico, el filosófico, el religioso o el teológico. En este esquema se advierte un desplazamiento hacia el irracionalismo, y el conocimiento científico puede aparecer como “desconocimiento”

<sup>8</sup> Cfr. BOYER, Paul Henri, *Diccionario Breve de Filosofía*. Club de Lectores. Buenos Aires, 1962. Págs. 43-44.

<sup>9</sup> Cfr. FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía Abreviado*. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1970. Págs. 77-78.

<sup>10</sup> Estos tipos de conocimiento podrían presentarse entendiendo el conocimiento sólo desde de las dos últimas perspectivas señaladas, o sea, como proceso o como producto, ya que al hablar del conocimiento como facultad se hace referencia a una cualidad del sujeto, por lo que sería un presupuesto para que pueda realizarse el proceso de conocer que conduce al resultado de la idea o conocimiento como producto, y no podría afirmarse que esta facultad es, por ejemplo, vulgar por carecer de reflexión o que es *a priori* porque no está basada en una experiencia previa o que no representa una sistematicidad lógica, pues ninguna de estas cualidades podrían ser parte de la facultad o capacidad de conocer del sujeto.

<sup>11</sup> Cfr. BOYER, Paul Henri, *Diccionario Breve...* Págs. 43-44.

por su carácter parcial o limitado. Pero ello sería inadmisible desde una perspectiva estrictamente racionalista, en la que el modelo de cualquier forma de conocimiento es el científico, por lo que no tendría sentido hablar de otros tipos de conocimiento. Sin embargo, se ha determinado que aspectos afectivos o emotivos, presentes en el arte o la religión, cumplen cierto papel en la ciencia, por lo que la separación de ésta respecto de aquéllos podría ser relativa<sup>12</sup>.

En este orden de ideas, se hace evidente que, en todo caso, la noción de conocimiento tiene aspectos múltiples. Puede decirse que es un fenómeno biológico, psicológico o sociológico, por lo que su estudio puede realizarse desde distintos puntos de vista, por distintos campos del saber, cada uno de los cuales lo estudiará de acuerdo a principios y métodos específicos<sup>13</sup>.

Ahora bien, tomado en cuenta lo dicho, cabe realizar algunas aclaraciones en relación con la noción que generalmente se maneja de conocimientos tradicionales indígenas. A tales efectos podríamos partir de aquella que esencialmente y de forma general considera que son conocimientos tradicionales indígenas los *desarrollados en forma colectiva por las comunidades indígenas y que son transmitidos de generación en generación dentro de un proceso dinámico*. A partir de esta noción, pueden realizarse las siguientes observaciones:

- No sería correcto asimilar el conocimiento tradicional indígena a una mera *facultad*. La capacidad de conocer, presupuesto necesario para que se produzca el conocimiento como producto, no sería lo esencial en la conformación de un saber que trasciende la mera capacidad de aprehensión, individual por esencia. El conocimiento tradicional implica una externalización que se hace palpable en el hecho de que para ser tal éste se mantiene o desarrolla en el tiempo mediante una transmisión intergeneracional, realizada principalmente de forma oral, en un contexto a la vez

---

<sup>12</sup> Cfr. QUINTANILLA, Miguel, *Diccionario de Filosofía Contemporánea*. Ediciones Sígueme. Salamanca, 1976. Pág. 97.

<sup>13</sup> Idem. Pág. 98.

vivencial y espiritual<sup>14</sup>, que conduce a una concepción colectiva de tales conocimientos, de modo que generalmente no pueden atribuirse a un sujeto en particular<sup>15</sup>.

- Tampoco debe entenderse estrictamente como un *proceso de conocer*, al menos en el sentido en que lo dijimos antes (aprehensión de un objeto por un sujeto). La forma como se construye y desarrolla el conocimiento tradicional indígena no es meramente aprehendiendo el objeto, sino que supone una explicación del objeto aprehendido a partir de un sentido colectivo que implica así mismo una aplicabilidad de tal conocimiento en la comunidad, particularmente cuando se trata de conocimientos que están asociados a la satisfacción de necesidades específicas, como por ejemplo el tratamiento de enfermedades.

- Por otra parte, no debería ser entendido sólo como un *producto*, en el sentido anotado, es decir, como estado mental, concepción o idea<sup>16</sup>. El conocimiento tradicional indígena no es estático, ya que involucra una relación en la que participan de forma dinámica los sujetos que integran la comunidad en la que el conocimiento tradicional surge así como el entorno en que se encuentra inmersa esa misma comunidad. Por otra parte, al ser tradicional supone no sólo una acción en el tiempo que se manifiesta como *traditio* (tradición, entrega) en la que intervienen varias generaciones para el mantenimiento del conocimiento tradicional o para su transformación, sino que también, como se ha señalado en el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la OMPI, surge y se desarrolla de manera tal que refleja en su conjunto las tradiciones de la comunidad<sup>17</sup>.

- Finalmente, si se intenta encuadrar el conocimiento tradicional dentro de la tipología de conocimiento que hemos señalado, se encuentra que no es un

<sup>14</sup> Cfr. COICA OMAERE OPIP, *Biodiversidad, Derechos Colectivos y Régimen Sui Generis de Propiedad Intelectual*. Quito, 1999. Pág. 14.

<sup>15</sup> Idem. Pág. 29.

<sup>16</sup> Aunque podría decirse en este sentido que así entendido el conocimiento tradicional sería fácilmente asimilable al *corpus mysticum* existente en el derecho de autor o a la *invención* protegida por el derecho de patentes, es decir, como *bien inmaterial*.

<sup>17</sup> Cfr. OMPI, Documento WIPO/GRTFK/IC/3/8, Pág. 6.



conocimiento vulgar, pues no excluye la reflexión, pero tampoco puede afirmarse que sea un conocimiento estrictamente científico, en el sentido occidental. Tampoco tiene sentido decir que es un conocimiento que sea estrictamente *a posteriori* en unos casos o *a priori* en otros, pues pueden tener lugar ambas formas de conocimiento, incluso recayendo simultáneamente en un mismo objeto. Además, no es necesariamente discursivo, en cuanto a que atienda a una estructura lógica formal. Y aunque puede ser en ciertos casos intuitivo no tienen que excluirse el análisis y la sistematicidad. Los conocimientos tradicionales pueden desarrollarse de acuerdo a sistemas de conocimientos y pueden ser incorporados a creencias y conceptos sistemáticos, aunque la manera en que se crean pueda parecer, desde una perspectiva externa u occidental, como no sistemática y sin método. En todo caso, la forma aparentemente no sistemática de creación de los conocimientos tradicionales no disminuye su valor cultural o su valor desde el punto de vista de los beneficios que pueden proporcionar, como serían, por ejemplo, los beneficios técnicos<sup>18</sup>.

Puede concluirse de acuerdo con lo anotado que el conocimiento tradicional indígena, más que el resultado de un proceso, es expresión de una *relación* dinámica entre distintos elementos: un sujeto (individual o colectivo), un objeto y un entorno que rodea a ambos y dentro del cual interactúan, de modo tal que el entorno participa igualmente de dicha relación. Las comunidades y pueblos indígenas entienden el conocimiento desde una visión cosmogónica, en la que se encuentran íntima y esencialmente vinculados los distintos elementos, por lo que puede considerarse el objeto sobre el que el conocimiento tradicional recae como el conocimiento mismo. Como ha dicho un indígena venezolano: “conocimiento es [el] territorio, es el río es el árbol, es el agua, es la piedra que habla, es la interrelación del hombre con la naturaleza”<sup>19</sup>. En este orden de ideas, se ha entendido que el patrimonio de las comunidades indígenas lo constituyen las expresiones de la relación entre el pueblo, su

---

<sup>18</sup> Ibidem. Pág. 8.

<sup>19</sup> GUEVARA, Andrés, en *La Dignidad de los Shamanes*, Dossier de Propiedad Intelectual. Question, Año 1, N° 12, junio 2003. Pág. 37.

tierra y otros seres vivos y espíritus que comparten esa tierra<sup>20</sup>, resultando que “la distinción entre patrimonio cultural e intelectual es inexistente desde la perspectiva indígena”<sup>21</sup>.

## 2. La propiedad intelectual

En un sentido aproximativo, puede decirse que la propiedad intelectual es “una disciplina normativa que protege las creaciones intelectuales provenientes de un esfuerzo, trabajo o destreza humanos, dignos de reconocimiento jurídico”<sup>22</sup>. No obstante, conviene puntualizar que estas normas están destinadas no sólo a un reconocimiento jurídico de dichas creaciones, sino que van más allá al establecer en favor de quienes las crean, y en razón de su creación, un derecho subjetivo que tiene como contenido la facultad de excluir a terceros de la explotación comercial de dichas creaciones. De ahí que Baylos utilice la expresión “derechos intelectuales” para referirse a “los derechos subjetivos que los ordenamientos jurídicos modernos atribuyen a los autores de creaciones espirituales (obras de arte y literatura e invenciones) y a los industriales y comerciantes que utilizan signos determinados para identificar los resultados de su actuación y preservar, frente a los competidores, los valores espirituales y económicos incorporados a su empresa (nombres comerciales y marcas)”<sup>23</sup>.

Este concepto de propiedad intelectual tiene la ventaja de ser suficientemente amplio y poder comprender las distintas manifestaciones intelectuales o expresiones

---

<sup>20</sup> Cfr. DAES, Erica-Irene, *Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas*. Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas. Naciones Unidas. Nueva York, 1997. Párrafo 164.

<sup>21</sup> TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad, *Los Pueblos Indígenas en el Orden Internacional*. Universidad Autónoma de Madrid, Cuadernos Internacionales 2. Editorial Dykinson. Madrid, 2001. Pág. 132.

<sup>22</sup> RENGIFO, Ernesto, *La Propiedad Intelectual. El Moderno Derecho de Autor*. 2ª edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1997. Pág. 23.

<sup>23</sup> BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial*. Ediciones Civitas, Madrid, 1993. Págs. 386 y ss.; LIPSZYC, Delia, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. UNESCO. Paris, 1993. Pág. 45.

del intelecto protegibles por las normas que conforman el sistema jurídico que se conoce como propiedad intelectual. Como señala el artículo 2 del Convenio que crea a la OMPI, la propiedad intelectual comprende los derechos referidos a: i) las obras artísticas y científicas; ii) las interpretaciones de los artistas intérpretes y las ejecuciones de los ejecutantes, los fonogramas y las emisiones de radiodifusión; iii) las invenciones en todos los campos de la actividad humana; iv) los descubrimientos científicos; v) los dibujos y modelos industriales; vi) las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, nombres y denominaciones comerciales; vii) la protección contra la competencia desleal, y viii) todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico<sup>24</sup>.

El uso de la expresión *propiedad intelectual* se puede explicar al considerar que en ella se encuentra implícita la teoría que explica su naturaleza jurídica a partir del establecimiento de un parangón con el derecho de propiedad tradicional. En virtud de esta teoría, los derechos de que gozan el autor, el inventor o el titular de signos distintivos consisten en un dominio, o una especie de éste, que recae sobre un objeto que es externo al sujeto y autónomo. Sin embargo, la propiedad intelectual difiere del tradicional derecho de propiedad en diversos aspectos. En primer lugar, tomando en cuenta el objeto protegido, se observa que los derechos intelectuales protegen bienes intelectuales (como son las obras protegidas por el derecho de autor o las invenciones amparadas por el derecho de patentes) y no cosas o bienes materiales de los protegidos por el derecho de propiedad.

Por otra parte, si se atiende al derecho mismo, resulta fundamental distinguir que difieren en: primero: la forma de adquirirlo, pues los modos de adquisición de la propiedad no se aplican en materia de propiedad intelectual; segundo: el contenido de ambos derechos es distinto, pues los derechos intelectuales confieren un derecho de explotación o utilización económica en forma exclusiva a su titular, lo que se traduce en un *ius excludendi alios*, mientras que el contenido del derecho de propiedad implica

---

<sup>24</sup> Cfr. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Manual para la Enseñanza Virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*. Tomo II. Escuela Nacional de la Judicatura - INDOTEL. Santo Domingo, República Dominicana, 2002. Pág. 41.

el uso, goce y disposición del objeto sobre el que recae, y tercero: en cuanto al tiempo de duración del derecho, baste observar que éste es limitado en el caso de los derechos de propiedad intelectual (lo que variará dependiendo del derecho específico y de la legislación aplicable) y el derecho de propiedad tradicional es ilimitado<sup>25</sup>.

## 2.1. Ramas o subsistemas que integran la propiedad intelectual

Tradicionalmente se han distinguido dos ramas de la propiedad intelectual. Así ocurre desde los inicios de la regulación de esta materia a nivel internacional: por un lado, fue establecido un convenio internacional dedicado a regular la protección de las invenciones, los diseños industriales, las marcas, los lemas, las denominaciones comerciales y la represión de la competencia desleal, el Convenio de la Unión de Paris para la Protección de la Propiedad Industrial (1883); y, por otro lado, fue suscrito un convenio internacional dirigido a regular los derechos sobre las obras en el campo de las artes y las letras, el Convenio de Berna para la Protección de la Obras Literarias y Artísticas (1886). Es este, pues, el origen de la tradicional clasificación bipartita de estos derechos<sup>26</sup>. De esta forma la propiedad intelectual comprende dos subsistemas o ramas principales, a saber: a) el subsistema del *derecho de autor y los derechos conexos*, que protege la obras literarias, científicas y artísticas y otras actividades vinculadas básicamente a la reproducción de tales obras<sup>27</sup>, y b) el subsistema de la *propiedad industrial*, que trata fundamentalmente de las invenciones, los signos distintivos (marcas, nombres comerciales, denominaciones de origen, indicaciones geográficas), los diseños industriales, los modelos de utilidad y la represión de la competencia desleal.

<sup>25</sup> Cfr. BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho...* Págs. 19 y ss.

<sup>26</sup> Cfr. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Manual para la Enseñanza...* Tomo I). Pág. 6.

<sup>27</sup> Cfr. RENGIFO, Ernesto, *Propiedad Intelectual...* Pág. 24.

### 2.1.1. El derecho de autor y los derechos conexos

El derecho de autor está constituido por las normas jurídicas que protegen las obras del ingenio, sean éstas de carácter artístico, científico o literario. Estas obras, como requisitos mínimos, deben: a) encontrarse expresadas mediante una forma determinada, pues las meras ideas no son protegidas por las normas autorales; b) poseer una originalidad que permita distinguirlas de las demás obras del mismo género, lo que se manifiesta principalmente por llevar la obra la impronta personal de su autor<sup>28</sup>, y c) ser reproducibles, es decir susceptibles de ser reproducidas mediante su fijación en un soporte material cualquiera<sup>29</sup>.

Por otra parte, se encuentran los *derechos conexos*. Bajo esta denominación se ubican los derechos que no están dirigidos a los autores de las obras intelectuales en sí, sino que son reconocidos en favor de ciertos sujetos que realizan determinadas actividades que se encuentran vinculadas a las obras intelectuales producidas por los autores: su interpretación, su ejecución, su fijación o su reproducción. Estos derechos son los reconocidos en favor de: a) los *artistas, intérpretes o ejecutantes*, es decir sujetos que contribuyen a expresar (interpretar o ejecutar) obras literarias o artísticas, lo que es particularmente relevante en el caso de obras musicales, coreográficas o dramáticas, que precisan ser interpretadas o ejecutadas para su expresión; b) los *productores de fonogramas*, que realizan la fijación de sonidos que constituyen obras o de otros efectos audibles, y c) los *organismos de radiodifusión*, es decir aquellos que realizan la difusión a distancia (inalámbrica) de sonidos o imágenes<sup>30</sup>. En los dos últimos casos señalados, más que el resultado de una actividad intelectual, se protegen actividades de naturaleza industrial o comercial.

<sup>28</sup> Cfr. LIPSZYC, Delia, *Derecho de Autor...* Pág. 65.

<sup>29</sup> El Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual nos dice lo que debe entenderse por obra: “*Toda creación intelectual original expresada en una forma reproducible*”. Cfr. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Manual para la Enseñanza...* Tomo I. Pág. 85.

<sup>30</sup> Idem, Tomo II. Págs. 109-168.

### 2.1.2. La propiedad industrial

La propiedad industrial está destinada a proteger bienes intelectuales que tienen una incidencia más directa en actividades de naturaleza industrial o comercial, pues sirven necesariamente a una determinada finalidad económica, de ahí que los bienes inmateriales a cuya tutela se orienta pueden ser muy variados, como se verá enseguida.

Dentro de la propiedad industrial se encuentra el *derecho de marcas y otros signos distintivos*, conformado por las normas jurídicas que amparan principalmente a las *marcas*. Las marcas son signos que sirven para distinguir en el mercado los servicios o productos producidos o comercializados por una empresa de los producidos o comercializados por otra empresa. Estas normas abarcan también otros signos distintivos, tales como el *lema comercial* que es una frase o expresión que acompaña a una marca para hacerla más atractiva; los *nombres comerciales* que en lugar de distinguir bienes (productos o servicios) distinguen una actividad económica o un establecimiento mercantil; las *indicaciones geográficas*, que pueden ser *denominaciones de origen* cuando son un nombre de país, región o lugar determinado usado para designar un producto proveniente de los mismos y cuyas cualidades derivan esencialmente de las condiciones de ese medio geográfico, o *indicaciones de procedencia* cuando se trata de un nombre, una expresión o una imagen que designa o evoca un país, región o localidad como lugar de fabricación o producción de un producto.

También forma parte de la propiedad industrial el *derecho de patentes*, integrado por las normas que protegen las *invenciones*. Una invención consiste en una regla o una serie de reglas por medio de las cuales se llega a productos o procedimientos que satisfacen necesidades humanas. Para ser protegida legalmente la invención debe cumplir los requisitos de novedad, altura inventiva y aplicabilidad industrial. El derecho de patentes abarca, además, los *modelos de utilidad*, que son los que nacen a partir de la nueva forma, configuración o disposición de los elementos de

un objeto al cual le confieren un funcionamiento diferente o un distinto uso que da a dicho objeto un efecto que no tenía antes<sup>31</sup>.

Asimismo, se incluye dentro de la propiedad industrial el *derecho sobre obtenciones de variedades vegetales*, que se refiere a la protección conferida a determinados sujetos por la obtención de ciertas variedades de plantas, es decir, las variedades vegetales que cumplan con ciertos requisitos establecidos legalmente. Estos requisitos son, básicamente, ser homogénea (con uniformidad de caracteres exteriores provenientes de uno o más genotipos), distinta (que pueda diferenciarse de cualquier otro conjunto de plantas) y estable (apta para propagarse sin alteración)<sup>32</sup>.

La propiedad industrial también abarca la protección de otros bienes inmateriales como los *esquemas de trazado de circuitos integrados*, es decir, la disposición espacial de elementos electrónicos y sus interconexiones, y los *diseños industriales*, que aluden a la apariencia de un producto y que, en este sentido, no interfieren en el destino o finalidad del mismo. Igualmente, incluye la protección de los *secretos comerciales*, a través de normas que amparan la información confidencial de valor comercial, que se encuentre razonablemente resguardada para evitar su conocimiento público, contra su revelación o uso no autorizado por parte de terceros.

Por último, tradicionalmente se han incorporado dentro de la propiedad industrial el régimen de represión contra los actos de *competencia desleal*, los cuales, en términos generales, son aquellos contrarios a los usos honestos en materia industrial o comercial. Sobre este último punto es de señalar que si se atiende a la esencia misma del régimen de competencia desleal, ésta no debería formar parte de la propiedad intelectual o, como dice Baylos, es desacertada su inclusión en esta disciplina, pues un acto de competencia desleal no ataca propiamente un derecho subjetivo sino que supone el incumplimiento de la obligación de utilizar medios honrados y admitidos por

<sup>31</sup> Véase artículo 81 de la Dec. 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.

<sup>32</sup> Véase Artículo 1 del Convenio de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV). Cfr. ASTUDILLO GÓMEZ, Francisco, *La Protección Legal de las Invenciones. Especial referencia a la Biotecnología*. Universidad de Los Andes. Consejo de Publicaciones. Mérida, Venezuela, 1995. Págs. 271-272.

la ley para realizar la competencia<sup>33</sup>. No obstante, que la competencia desleal tradicionalmente se haya ubicado dentro de la propiedad intelectual, particularmente en relación con el derecho de marcas, se explica por razones históricas, ya que es en el siglo XIX cuando comienza a desarrollarse el derecho de la propiedad intelectual y los postulados liberales que inspiraban el ordenamiento económico en esa época exigían que el Estado no interviniera en la actividad concurrencial más que para proteger la libertad y la propiedad individual, de este modo la represión de la competencia desleal se veía justificada en un comienzo debido a que estaba destinada a proteger la propiedad del empresario sobre sus signos distintivos<sup>34</sup>.

A manera de resumen, en el siguiente cuadro se muestran los objetos de protección de los subsistemas que conforman la propiedad intelectual, distinguiendo entre los que forman parte de la propiedad industrial y del derecho de autor y los derechos conexos.

www.bdigital.ula.ve  
**Cuadro 1**  
**Objetos protegidos por la propiedad industrial y por el derecho de autor y los derechos conexos**

Propiedad Industrial	Derecho de Autor y Derechos Conexos
<p>El <i>derecho de marcas y otros signos distintivos</i> protege:</p> <p>a) <i>marcas</i>: signos que distinguen en el mercado los bienes o servicios de una empresa de los de otra empresa.</p> <p>b) <i>lemas comerciales</i>: frase o expresión que acompaña a una marca.</p> <p>c) <i>nombres comerciales</i>: distinguen una actividad económica o un establecimiento mercantil</p> <p>d) <i>indicaciones geográficas (denominaciones de origen o indicaciones de procedencia)</i>: nombre de país, región o lugar determinado que alude a las cualidades del producto o a su lugar de fabricación.</p> <p>El <i>derecho de patentes</i> ampara:</p> <p>a) <i>invenciones (de productos o procedimientos)</i> que sean nuevas y posean altura inventiva y aplicabilidad industrial.</p> <p>b) <i>modelos de utilidad</i>: nueva forma, configuración o disposición de los elementos de un objeto que da a éste un funcionamiento o uso distinto.</p>	<p>El <i>derecho de autor</i> tutela obras del ingenio originales, reproducibles y expresadas en una forma determinada.</p> <p><i>Los derechos conexos al derecho de autor</i> protegen:</p> <p>a) las interpretaciones o ejecuciones de los artistas, intérpretes o ejecutantes</p> <p>b) las producciones fonográficas los productores de fonogramas</p> <p>c) las emisiones de los organismos de radiodifusión</p>

<sup>33</sup> A la institución de la competencia desleal se atribuye el carácter de "residual" pues su uso se reserva como instrumento defensivo a utilizar por competidores que no han registrado su derecho y que por tanto no gozan del derecho de explotación exclusiva oponible *erga omnes* concedido por el registro, ya que en materia de propiedad industrial rige como regla general el principio de la inscripción registral como acto constitutivo del derecho. Cfr. BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho...* Págs. 333 y ss.

<sup>34</sup> Cfr. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, *La Competencia Desleal*. Editorial Civitas. Madrid, 1988. Págs. 33-34.



<p>Otros bienes protegidos por la propiedad industrial:</p> <p>a) <i>esquemas de circuitos integrados</i>: disposición espacial de elementos electrónicos y sus interconexiones.</p> <p>b) <i>diseños industriales</i>: apariencia de un producto que no interfiere en su destino o finalidad.</p> <p>c) <i>secretos comerciales</i>: información confidencial con valor comercial.</p> <p>d) <i>competencia desleal</i>: combate los actos contrarios a los usos honestos en materia industrial o comercial.</p> <p>El <i>Derecho sobre obtenciones de variedades vegetales</i> protege variedades de plantas que sean homogéneas, distintas y estables.</p>	
---	--

Por último, conviene resaltar que las normas que conforman la propiedad intelectual se encuentran determinadas, cada vez en mayor medida, por el importante papel que este sistema normativo juega en el fortalecimiento económico de las empresas y de países, pues la propiedad intelectual establece reglas que rigen el dominio sobre conocimientos e información que tienen, aún cuando sea potencialmente, valor económico. Así, la propiedad intelectual es un tema que ha interesado de modo preponderante en el plano internacional, de ahí que la normativa existente en la mayoría de los países se ha de sujetar a las normas que sobre la materia se encuentran en convenios o tratados internacionales. En materia de propiedad intelectual existe un conjunto de tratados internacionales que son de importancia fundamental. Pueden mencionarse los siguientes: en materia de propiedad industrial, el Convenio de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883); en materia de derecho de autor, el Convenio de Berna para la Protección de la Obras Literarias y Artísticas (1886), y en materia de obtenciones de variedades vegetales, el Convenio de la UPOV (1962). Cada uno de estos tratados internacionales ha sido objeto de revisiones sucesivas. Asimismo, debe señalarse el Acuerdo de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo de los ADPIC), que constituye el Anexo 1C del Acuerdo que crea la Organización Mundial del Comercio o Acuerdo de Marrakech (1994).

### 3. La titularidad. Titularidad individual y titularidad colectiva

En el campo del Derecho, la titularidad consiste en la cualidad que tiene un sujeto para gozar legítimamente de un derecho (facultad) que ha sido declarado o

reconocido a su favor<sup>35</sup>. Ser titular de un derecho significa, en puridad, tener un derecho, en el sentido de tener la facultad para realizar determinados actos.

Es conveniente resaltar que la nota de la legitimidad es fundamental al concepto jurídico de titularidad. En efecto, sólo se puede ser titular de un derecho si éste es reconocido o se encuentra amparado por una norma jurídica. Por ejemplo, se puede tener el derecho de propiedad (propiedad tradicional) sobre una cosa porque este derecho está consagrado en una norma jurídica (en el caso del Derecho Venezolano, el artículo 545 del Código Civil). Y es propietario (titular del derecho de propiedad) quien que ha adquirido la propiedad de una cosa en virtud de un hecho o acto al cual la ley atribuye el efecto de reconocer a una persona el derecho de propiedad sobre una cosa.

El supuesto común de titularidad es aquel en que una persona posee individualmente un derecho, supuesto que corresponde a la titularidad individual<sup>36</sup>, manifestada, por ejemplo, en el derecho de propiedad tradicional. El titular del derecho de propiedad sobre una casa es una persona que, en virtud de una norma jurídica, tiene las facultades de usar gozar y disponer (contenido del derecho de propiedad) de la casa (bien sobre el que recae el derecho), ya sea directamente, en nombre propio, o por medio de otra persona que puede ejercer este derecho en su nombre. Otro supuesto es aquel en que varias personas tienen la titularidad de un derecho o cotitularidad. Continuando con el ejemplo del derecho de propiedad, se aprecia que varias personas pueden ser propietarios de un mismo bien. Entonces se habla de copropiedad.

Cuando de un mismo derecho son titulares varias personas individuales, se configura la que Uriarte<sup>37</sup> llama "titularidad compartida". Pero hay puede existir titularidad "compartida" entre varios sujetos, sin que la misma obedezca a intereses particulares, como los que están presentes en el caso de que varios sujetos compartan la

---

<sup>35</sup> Cfr. CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo VIII. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1989. Pág. 102.

<sup>36</sup> Como destaca la doctrina, es probable que en sus orígenes la propiedad fuera de tipo comunitario, pues en las hordas sus miembros respetaban ya una autoridad que permitía la relación de un tipo de propiedad, y en agrupaciones más organizadas como el clan se establece una propiedad colectiva destinada fundamentalmente a los bienes raíces. Cfr. EGAÑA, Manuel Simón, *Bienes y Derecho Reales*. Editorial Criterio. Caracas, 1964. Pág. 198.

<sup>37</sup> Citado por CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario...* Pág. 102.

propiedad de un bien determinado. En este caso se trata de la titularidad de derechos que responden a un sentido colectivo. De esta manera, se estaría frente a “sujetos colectivos” que son titulares de “derechos colectivos”.

Ello nos conduce a la consideración de la noción de derechos colectivos. En relación con dicha noción, cabría recordar que el concepto de derecho se extiende no sólo a la persona humana individual. Abarca también a determinadas entidades (universalidades de personas o cosas) que nacen de la cooperación entre varios individuos para alcanzar un fin determinado que no podría alcanzarse sin la concurrencia de una pluralidad de sujetos<sup>38</sup>. En estos casos el ordenamiento jurídico atribuye a dichas entidades colectivas personalidad jurídica. Es de recordar que la atribución de personalidad jurídica es una construcción del Derecho que puede recaer sobre sujetos particulares o sobre colectividades<sup>39</sup>, y que consiste en la aptitud para ser titular de derechos o deberes jurídicos<sup>40</sup>. Tomando en cuenta lo anterior, la personalidad jurídica sería necesaria como elemento previo para el reconocimiento de la titularidad misma de los derechos, pues ésta es la cualidad que esos sujetos, individuales o colectivos, siendo personas jurídicas, poseen cuando el ordenamiento jurídico establece a su favor determinados derechos.

#### 4. Sistemas jurídicos especiales

Son sistemas jurídicos especiales los que se distinguen de otros sistemas jurídicos debido a que sus particularidades hacen que sean considerados como “únicos” o “de su propia clase”<sup>41</sup>. Así, se dice que un sistema jurídico es especial para

<sup>38</sup> Cfr. LÓPEZ CALERA, Nicolás, *¿Hay Derechos Colectivos? Individualidad y Socialidad en la Teoría de los Derechos*. Ariel Derecho. Barcelona, España, 2000. Pág. 48.

<sup>39</sup> Cfr. RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1965. Pág. 263. Esta construcción jurídica se fundamenta en una base real que en el caso de los sujetos individuales se trata de una persona física concreta y en el caso de los sujetos colectivos de unas relaciones intersubjetivas reales. Cfr. LÓPEZ CALERA, Nicolás, *¿Hay Derechos Colectivos?...* Págs. 125,126.

<sup>40</sup> Cfr. AGUILAR GORRONDONA, José, *Derecho Civil. Personas*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1995. Pág. 39.

<sup>41</sup> Cfr. COICA, OMAERE, OPIP, *Biodiversidad, Derechos Colectivos...* Pág. 83.

diferenciarlo de otro u otros sistemas jurídicos preexistentes frente a los cuales puede guardar algunas relaciones, pero de los que se distingue sustancialmente. De esta manera, la conformación de un sistema jurídico especial supone en cierto sentido una adaptación de las herramientas jurídicas de que se disponen -ofrecidas por un sistema o por sistemas jurídicos preexistentes- a exigencias particulares. Dichas exigencias particulares derivan fundamentalmente del objeto o bien jurídico sobre el cual recae la protección jurídica, y de esta forma, el contenido de los derechos consagrados por el sistema especial puede ser distinto y el sistema puede poseer fines y principios jurídicos propios.

En el campo de la propiedad intelectual, pueden encontrarse sistemas jurídicos especiales destinados a la protección de determinados bienes que, aunque considerados como bienes inmateriales, no se consideran susceptibles de protección por las ramas tradicionales de la propiedad intelectual. Lo que hace que un determinado sistema de propiedad intelectual sea un sistema especial es la modificación de algunas de sus características para poder dar cabida adecuadamente a las características especiales del objeto y a las necesidades específicas de política que llevaron a la creación de un sistema distinto<sup>42</sup>.

La existencia de sistemas especiales en el campo de la propiedad intelectual se ha dado especialmente teniendo como referentes las ramas del derecho de patentes y del derecho de autor. En relación con el derecho de patentes, el sistema especial que más destaca es el conformado por las normas que protegen las obtenciones de variedades vegetales<sup>43</sup>. Ya se ha hecho una breve referencia al objeto de protección de estas normas, afirmándose que básicamente están orientadas a proteger las variedades de plantas que sean homogéneas, distintas y estables. Sin embargo, vale la pena resaltar que la protección legal de las obtenciones vegetales se inicia con el reconocimiento de que el obtentor de nuevas variedades de plantas (variedades que, por ejemplo, tienen mayor resistencia a situaciones climáticas adversas o a enfermedades), realizaba un esfuerzo que podía equipararse al del inventor en otros campos, como la electricidad,

<sup>42</sup> Cfr. OMPI, Documento WIPO/GRTFK/IC/3/8, Pág. 9.

<sup>43</sup> Cfr. ASTUDILLO GÓMEZ, Francisco. *La Protección Legal...* Pág. 268.

por ejemplo. Por ello la primera ley que protege estas obtenciones vegetales es justamente una ley de patentes, la Ley de Patentes de Plantas de los Estados Unidos de América de 1930<sup>44</sup>.

No obstante, actualmente pueden distinguirse dos modelos normativos para la protección de las obtenciones de variedades vegetales: uno es el ya señalado en el que se opta por aplicar las normas sobre patentes de invención (como la mencionada Ley de Patentes de Plantas de los Estados Unidos de América de 1930, que luego se incluyó como un capítulo de la Ley de Patentes de dicho país). Y otro es el modelo establecido por la Unión para la Protección de la Obtenciones Vegetales (UPOV), conocido como sistema varietal, y que es propiamente un sistema especial, establecido al considerar que los procesos de obtención de variedades vegetales apuntan a objetivos obvios y utilizan tecnologías conocidas, lo que hace que dichas obtenciones no alcancen la altura inventiva exigida para ser protegidas por el sistema de patentes<sup>45</sup>. Este último modelo es el que ha sido adoptado por el régimen común de protección de los obtentores de variedades vegetales aplicable en la región andina, contenido en la Decisión 345 de la Comisión de la Comunidad Andina.

En cuanto al derecho de autor, podría señalarse el sistema especial constituido por las normas establecidas para proteger las bases de datos no creativas y las dirigidas a la protección de las “expresiones del folclore”. En cuanto a la protección de las bases de datos no creativas, se ha considerado que las mismas, aunque no consisten en obras, en el sentido del derecho de autor, puesto que carecen de originalidad, merecen una protección, básicamente en razón de ser el fruto de esfuerzos e inversiones importantes, así como por satisfacer la necesidad de que existan sistemas avanzados de tratamiento de la información especialmente por la gran cantidad de información que actualmente se genera y procesa en sectores como el comercio y la industria. En este sentido, por ejemplo, la normativa europea (Directiva 96/6/CE) contempla un sistema especial de protección para las bases de datos que representen una inversión sustancial desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo, otorgando al fabricante de la base de datos el

---

<sup>44</sup> Ibidem. Pág. 250.

<sup>45</sup> Idem. Págs. 262, 263.

derecho de prohibir la extracción y/o reutilización de toda la base de datos o parte de ella<sup>46</sup>.

En relación con la protección de las “expresiones del folclore”, entendiendo por tales las “producciones integradas por elementos característicos del patrimonio artístico tradicional desarrollado y perpetuado por una comunidad o por individuos que reflejen las expectativas de esa comunidad”<sup>47</sup>, las alternativas para su protección han sido dos. La primera de ellas es la ofrecida por el derecho de autor, sistema normativo que, como se ha visto, protege las obras que, adoptando una forma de expresión específica, son originales y reproducibles, mediante la concesión de derechos subjetivos que recaen únicamente en personas naturales. Plantear la protección jurídica de las expresiones artísticas tradicionales dentro del marco del derecho de autor supone distinguir entre: a) las obras derivadas de estas expresiones, tales como traducciones, adaptaciones, compilaciones, etcétera, que sean originales y por tanto diferenciables de dichas expresiones; b) las obras originarias inspiradas en las expresiones artísticas tradicionales, como serían las realizadas inspirándose en un ritmo o un estilo “folclórico” sin implicar adaptaciones o modificaciones de tales expresiones, y c) las expresiones artísticas tradicionales propiamente dichas<sup>48</sup>.

Las dos clases de obras indicadas primeramente (obras derivadas de expresiones artísticas tradicionales y obras inspiradas en ellas) constituyen obras en el sentido del derecho de autor y, por tanto, su protección por esta vía es siempre posible, claro está, en la medida en que cumplan los requisitos exigidos por las normas autorales para las obras originarias o derivadas, en su caso. Sin embargo, la protección de las expresiones artísticas tradicionales propiamente dichas por la vía del derecho de autor es menos clara, pues existen dificultades, entre las que destacan básicamente su origen comunitario, que hace difícil conocer la identidad personal de cada sujeto que

<sup>46</sup> Cfr. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Manual para la Enseñanza...* Tomo II. Págs. 175-177.

<sup>47</sup> Véase artículo 2 de las Disposiciones Tipo OMPI-UNESCO sobre la Protección de las Expresiones del Folclore contra la Explotación Ilícita y otras Acciones Lesivas.

<sup>48</sup> Cfr. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *La Protección de las Expresiones del Folklore*. Documento OMPI/SGAE/DA/SRZ/01/28<sup>a</sup>, presentado en el 8º Curso Académico Regional OMPI/SGAE de Formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 2001. Párrafo 14.

interviene en la realización de cada elemento que las integra, y su carácter tradicional, de donde deriva que las mismas posean una antigüedad indeterminada<sup>49</sup> que trasciende incluso la vida de los sujetos particulares que integran la comunidad en que surgen este tipo de expresiones artísticas.

Debido a estas dificultades, entre otras, se ha planteado que es necesario establecer normas especiales para la protección de las “expresiones del folclore”. Se ha reconocido en este sentido que esta protección rebasa los límites del derecho de autor, pues más allá de la concesión de un derecho de exclusiva para la explotación de las expresiones que lo integra, se persigue su conservación, de donde deriva que la protección de las expresiones artísticas tradicionales se encuentre en un espacio intermedio entre el derecho de autor y las de conservación de bienes culturales del dominio público.

Pero a pesar de las dificultades existentes para proteger las expresiones artísticas tradicionales mediante las normas del derecho de autor, se ha planteado que las mismas merecen una protección análoga a la existente para la protección de las creaciones intelectuales<sup>50</sup>. De ahí que, al lado del establecimiento de disposiciones específicas acordes con el objeto a proteger, sea válido el aprovechamiento de algunos principios del derecho de autor<sup>51</sup>. Ejemplos de ello se pueden encontrar en algunas legislaciones nacionales en las que se establece la obligación de mencionar la comunidad de origen de las “expresiones del folclore” cuando las mismas sean utilizadas de cualquier forma. Esta disposición puede considerarse una adaptación del principio de paternidad existente en el derecho de autor y que vincula al autor con su obra como expresión de la relación que existe entre el ser humano y el fruto de su actividad espiritual.

---

<sup>49</sup> Cfr. LIPSZYC, Delia, *Derecho de Autor...* Págs. 95-96.

<sup>50</sup> Cfr. Recomendación adoptada en la 25ª Asamblea General de la UNESCO sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular, citada por: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *La Protección de las Expresiones...* Párrafo 13.

<sup>51</sup> Idem. Párrafo 20.

Cabe destacar, finalmente, que a nivel internacional se ha planteado la protección de las “expresiones del folclore” mediante un sistema especial, establecido en las Disposiciones Tipo OMPI/UNESCO para Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folclore contra la Explotación Ilícita y otras Acciones Lesivas, en las que se hace referencia a las “expresiones” o “producciones” del folclore, en lugar de referirse a “obras”, lo que se ha considerado como una forma de resaltar que se trata de disposiciones especiales diferenciadas de las normas del derecho de autor<sup>52</sup>.

www.bdigital.ula.ve

---

<sup>52</sup> Cfr. LIPSZYC, Delia, *Derecho de Autor...* Pág. 97. Algunos autores (Uchtenhagen) han considerado que la protección que ofrece el derecho de autor, acaso con algún “perfeccionamiento”, sería suficiente para proteger las “expresiones del folclore”, señalando que este “perfeccionamiento” podría obtenerse en plazos razonables, por lo que sería preferible a una protección especial que llevaría más tiempo. Cfr. UCHTENHAGEN, Ulrich, *La Protección de las Expresiones del Folklore*. Documento OMPI/SGAE/DA/SRZ/01/28b, presentado en el 8º Curso Académico Regional OMPI/SGAE de Formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 2001. Pág. 13.



## CAPÍTULO II

### LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

---

Ahora resulta importante describir los elementos esenciales del sistema de propiedad intelectual, pues ello ayudará a estudiar posteriormente la necesidad de la existencia de una protección especial para los conocimientos tradicionales indígenas. En este capítulo se hará énfasis en el concepto, el objeto o bien inmaterial que protegen, los derechos que confieren a sus titulares y la forma de nacimiento y de extinción de cada uno de los principales subsistemas normativos que integran el contenido de la propiedad intelectual: el derecho de autor y derechos conexos; el derecho de patentes; el derecho de marcas y otros signos distintivos y el derecho de obtentores de variedades vegetales.

#### 1. Concepto y características de la propiedad intelectual

Aunque algunos autores prefieren usar la expresión “derechos intelectuales”<sup>53</sup> para designar los derechos que recaen sobre bienes intelectuales, la denominación propiedad intelectual se encuentra en la actualidad difundida globalmente para hacer referencia a los derechos subjetivos que los ordenamientos jurídicos modernos confieren a los autores de creaciones intelectuales (de obras artísticas o literarias y de invenciones) y a los industriales y comerciantes que utilizan signos para identificar los resultados de su actuación y preservar, frente a los competidores, los valores espirituales y económicos incorporados a su empresa<sup>54</sup> como actividad comercial o

---

<sup>53</sup> BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho...* Pág. 45. Este autor preferiría usar esta expresión a fin de evitar posibles confusiones, pues en algunos países (España) se utiliza la expresión “propiedad intelectual” de un modo más restringido, ya que hace referencia solamente a los derechos que se confieren a los autores en razón de la creación de obras intelectuales, es decir, lo que en nuestro país (como en otros) se denomina “derecho de autor”, sin incluir la propiedad industrial.

<sup>54</sup> Idem. Pág. 45.

industrial<sup>55</sup>. Estos derechos están destinados, pues, a proteger los intereses, espirituales o patrimoniales, que un sujeto tiene en relación con un bien intelectual que ha creado (en el caso de los derechos del autor o del inventor) o que utiliza para identificar en el mercado sus productos o servicios (en el caso de los derechos del titular de signos distintivos).

Los derechos de propiedad intelectual se traducen en facultades que se otorgan a sus titulares para explotar en forma exclusiva los bienes intelectuales en razón de los cuales dichos derechos han sido establecidos. En este sentido, conviene resaltar algunas puntualizaciones sobre dos aspectos importantes, a saber: a) que las facultades que integran los derechos que conforman la propiedad intelectual son derechos de explotación exclusiva, o sencillamente derechos de exclusiva, y b) que los bienes intelectuales sobre los que recaen dichas facultades deben poseer determinadas características establecidas legalmente para ser considerados como tales.

El derecho de exclusiva significa que el único sujeto autorizado por la ley para materializar o reproducir el bien protegido es su titular. Este derecho tiene una doble vertiente. Tiene una vertiente positiva que consiste en el derecho de explotar el bien intelectual en forma exclusiva y excluyente, es decir, en la posibilidad de utilizar comercialmente el bien de forma directa, y si cualquier otro sujeto lleva a cabo tales actividades sólo lo hará lícitamente si actúa como causahabiente del titular del derecho, bien por ser su sucesor o por haber obtenido una cesión o una licencia del derecho<sup>56</sup>. Y tiene una vertiente negativa, que deriva de la anterior y que se traduce en la facultad de impedir que terceros no autorizados utilicen comercialmente el bien protegido (o *ius prohibendi*)<sup>57</sup>.

La existencia del derecho de exclusiva en el sistema de propiedad intelectual ha de entenderse como una excepción impuesta por el Derecho a la regla general del uso

---

<sup>55</sup> Vale recordar aquí la excepción constituida por la represión de los actos de competencia desleal, que ha sido tradicionalmente incluida dentro de la propiedad intelectual, a pesar de no conceder derechos subjetivos vinculados a la existencia de algún bien inmaterial. *Vid supra*: Capítulo I, Pág. 23.

<sup>56</sup> Cfr. BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho...* Pág. 238.

<sup>57</sup> Cfr. FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, *Fundamentos de Derecho de Marcas*. Editorial Montecorvo. Madrid, 1984. Pág. 275.

colectivo, ya que se trata de objetos que en principio no son materialmente apropiables por un sujeto en particular. El derecho de exclusiva significa así una imposibilidad legal de gozar de creaciones intelectuales cuyo goce plural y simultáneo sería naturalmente posible<sup>58</sup>. En este sentido, la propiedad intelectual supone una restricción para la sociedad, restricción que sólo puede, como lo señala Baylos, encontrar justificación más allá de la protección del mero interés particular o individual del titular del derecho. Por ello se dice que su justificación última se encuentra en valores sociales. Así, el derecho de marcas y otros signos distintivos buscaría proteger el interés colectivo del público consumidor de no estar sujeto a confusión a la hora de adquirir productos o servicios en el mercado<sup>59</sup>; mientras que el derecho de autor y el derecho de patentes perseguirían satisfacer la necesidad social de incentivar la invención o de promover la actividad intelectual en aras del desarrollo cultural o técnico<sup>60</sup>.

Pero actualmente parece indudable que, ante todo, el sistema de propiedad intelectual, es una herramienta fundamental para alentar las inversiones<sup>61</sup>. Por ejemplo, la importancia que juega la protección de la propiedad intelectual en el comercio internacional se evidencia al ser incluida en el Tratado que crea la Organización Mundial del Comercio (OMC), en el marco del Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio o ADPIC (Anexo 1C de dicho Tratado), el cual es de cumplimiento obligatorio para todos los países miembros de la OMC.

Ahora bien, en algunas ramas de la propiedad intelectual, particularmente en el derecho de autor, el contenido del derecho tiene una estructura doble, pues, además del mencionado derecho de explotación exclusiva, el cual es un derecho eminentemente patrimonial, consagra derechos no patrimoniales (o morales). Los principales derechos

---

<sup>58</sup> Cfr. ASCARELLI, Tulio, *Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales*. Editorial Bosch. Barcelona, España, 1970. Pág. 266.

<sup>59</sup> Cfr. FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, *Fundamentos de Derecho...* Pág. 44.

<sup>60</sup> Cfr. BERGEL, Salvador y BETTIOLI, Emilio, *En Torno del Abuso de Derechos de Propiedad Intelectual y la Competencia*, en *Revista de Derecho Industrial*, Año 15, N° 43. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1993. Pág. 98.

<sup>61</sup> Cfr. ASTUDILLO GÓMEZ, Francisco, *La Protección Legal...* Pág. 60.

no patrimoniales o morales que establece el derecho de autor son el de paternidad, es decir, que el autor sea asociado como tal a la obra -derecho que se encuentra también en materia invencional (art. 4 *ter* del Convenio de Paris)-, y el derecho de integridad, o sea, derecho a que la obra no sea modificada, deformada o mutilada<sup>62</sup>.

Como se ha dicho, los bienes jurídicos a los cuales concierne la propiedad intelectual son únicamente los que presentan determinadas características<sup>63</sup>. Ante todo, la creación intelectual representada en el bien intelectual debe poder ser apreciada “objetivamente”, esto es, debe poseer la aptitud para ser exteriorizada materialmente en una cosa o en una energía<sup>64</sup>. Las normas sobre derecho de autor, por ejemplo, protegen las obras del ingenio desde el momento mismo de su creación, pero exigen que éstas *puedan ser* reproducidas o divulgadas (art. 4 de la Dec. 351<sup>65</sup> y art. 2 de la Ley sobre Derecho de Autor), significando implícitamente que deben ser perceptibles a través de los sentidos, lo que se reafirma al ser necesaria la fijación en un soporte material para que las obras puedan ser objeto de registro, acto que si bien no es constitutivo del derecho, pues éste nace con el acto de la creación, es el principal medio probatorio de la existencia de la obra y de su autoría (art. 104 de la Ley sobre Derecho de Autor). En igual sentido, en materia de derecho de marcas y otros signos distintivos se exige que el signo sea susceptible de representación gráfica para ser considerado como marca (art. 134 de la Dec. 486).

Existen, por otra parte, algunos requisitos legales específicos que pueden afectar el nacimiento del derecho, los cuales pueden, de un lado, hacer referencia a la esencia del bien intelectual, ya que si no están presentes el bien intelectual respectivo no podría considerarse como tal, desde la perspectiva de la rama de la propiedad intelectual de

<sup>62</sup> Cfr. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Manual para la Enseñanza...* Tomo II. Págs. 142-143.

<sup>63</sup> Cfr. ASCARELLI, Tulio, *Teoría de la Concurrencia y...* Pág. 270; BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho...* Pág. 47.

<sup>64</sup> Cfr. ASCARELLI, Tulio, *Teoría de la Concurrencia y...* Pág. 265.

<sup>65</sup> Al hacer mención a Decisiones (Dec.) se estará haciendo referencia a Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina, órgano de la Comunidad Andina que ejerce la función legislativa. En dichas Decisiones se establecen los regímenes comunes -aplicables en los países miembros de la Comunidad Andina, es decir, Colombia, Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela- sobre derecho de autor (Dec. 351), obtenciones de variedades vegetales (Dec. 345), acceso a recursos genéticos (Dec. 391) y propiedad industrial (Dec. 486).

que se trate; o, de otro lado, pueden exigirse para el otorgamiento del derecho. En el primer caso, se encontrarían, por ejemplo, la exigencia de que la apariencia particular de un producto no cambie el destino o finalidad del mismo para poder ser considerada como diseño industrial (art. 113 de la Dec. 486), o de que un signo sea apto para distinguir bienes en el mercado para poder considerarse como marca (art. 134 de la Dec. 486). En el segundo caso, se ubicarían exigencias previas al registro como las existentes en materia de patentes, en cuanto a que sólo pueden otorgarse patentes a las invenciones (de producto o de procedimiento) que cumplan los requisitos objetivos de patentabilidad, es decir, que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial (art. 14 de la Dec. 486); o en las normas sobre obtenciones de variedades vegetales que, como requisito para el otorgamiento del certificado de obtentor exigen que las variedades sean nuevas, distinguibles, homogéneas y estables (art. 4 de la Dec. 354).

Los bienes intelectuales que son protegidos por las normas de propiedad intelectual pueden encontrarse determinados legalmente también en sentido negativo, ello ocurre particularmente en materia marcaria e invencional. En este sentido, algunos de los impedimentos para el registro como marcas de ciertos signos es que los mismos describan datos, características o informaciones de los productos o servicios a los cuales se asigna (marcas descriptivas), que indiquen el nombre genérico del producto o servicio (marcas genéricas) o que sean o se hayan convertido en la designación común en el lenguaje corriente del producto o servicio (marcas vulgarizadas) (art. 135 de la Dec. 486). En las normas sobre patentes, encontramos que no podrán patentarse, por ejemplo, las invenciones cuya explotación comercial deba impedirse para proteger la salud o la vida de las personas o los animales (art. 20 de la Dec. 486). Una disposición que está presente en ambas materias es la que impide que se proteja el bien intelectual (invención o signo distintivo) cuando éste, o su explotación comercial, atente contra el orden público o la moral del país.

Pero, ahora bien, desde su surgimiento hasta el presente, la propiedad intelectual ha evolucionado. Desde los primeros antecedentes del actual sistema de propiedad

intelectual -que suelen encontrarse en los privilegios concedidos principalmente en Francia e Inglaterra durante la Edad Media<sup>66</sup>- hasta los actuales tratados internacionales celebrados en los últimos años, se han ido incorporando bienes intelectuales que antes carecían de protección, porque o sencillamente no existían aún o porque las actividades dentro de las cuales se desarrollan no habían adquirido la importancia económica que poseen en la actualidad. Así, se ha desarrollado, por ejemplo, un cada vez más creciente uso de los programas de computación para la satisfacción de necesidades elementales como el trabajo o la comunicación, que ha hecho surgir una protección especial dentro del sistema de propiedad intelectual.

Situación similar es la que se ha presentado en torno a la inclusión de la protección de los conocimientos tradicionales en las normas sobre derechos de propiedad intelectual, aunque todavía se encuentran abiertas las discusiones sobre la viabilidad de que su protección efectiva, en el sentido del establecimiento del contenido del derecho y de los mecanismos efectivos para su ejercicio, se realice en el marco del sistema de propiedad intelectual o mediante un régimen distinto<sup>67</sup>.

Tomando en cuenta lo dicho, puede afirmarse que las características principales que posee el sistema de propiedad intelectual son dos. En primer lugar, las normas que integran cada rama de la propiedad intelectual están destinadas a conferir y regular derechos subjetivos, los que en cada una de ellas se traducen básicamente en la facultad de explotación o utilización económica exclusiva del bien intelectual protegido. En segundo lugar, la protección que confiere la propiedad intelectual está supeditada a que los bienes intelectuales posean determinadas características: deben tener aptitud para ser exteriorizados de forma que pueden percibirse por alguno de los sentidos y deben cumplir con las características que específicamente fijan las normas legales a los fines de obtener protección.

---

<sup>66</sup> Cfr. BREUER MORENO, P. C., *Tratado de Patentes de Invención*. Volumen I. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1957. Págs. 7-8

<sup>67</sup> Este tema será tratado en capítulos sucesivos. *Vid infra*: Capítulo V.

## 2. Contenido de la propiedad intelectual

El tema del contenido de los derechos de propiedad intelectual ha sido tratado metodológicamente desde tres perspectivas fundamentales: una que plantea su tratamiento unitario, otra que estima que este campo normativo comprende dos ramas (clasificación bipartita) y, finalmente, otra que propone que son tres las ramas que componen la propiedad intelectual (clasificación tripartita)<sup>68</sup>. En todo caso, se trata de tres formas distintas de abordar y estudiar un mismo objeto.

1. El tratamiento *unitario* de la propiedad intelectual tiene dos vertientes. La primera, basada en el pensamiento de Kohler, parte de las similitudes que existen entre los distintos derechos que protegen los bienes inmateriales y que tienen como fundamento, precisamente, la inmaterialidad de los mismos, es decir, en el hecho de que todos estos derechos recaen sobre cosas que no son físicas. Se trata así de que los derechos sobre bienes inmateriales (*Inmaterialgüterrechte*, diría Kohler) configuran una categoría distinta de derechos subjetivos. Las críticas contra esta teoría se centraron fundamentalmente en el hecho de que no justificó suficientemente dos conceptos básicos, el de bienes intelectuales y el de derecho de exclusión (derecho de exclusiva) y sus efectos en la concurrencia económica. Debido a ello la teoría anterior fue desplazada por una segunda vertiente del tratamiento unitario de estos derechos que se centra en su incorporación en una disciplina jurídica distinta centrada en la competencia económica. Se basa esta teoría en el *substratum* económico que tienen en común todas las figuras de la propiedad intelectual, fundamentalmente por sus efectos excluyentes de la competencia, ya que estos derechos provocan que el sujeto que no sea su titular quede excluido de la competencia económica en un determinado sector<sup>69</sup>.

2. A pesar de la existencia del tratamiento unitario de los derechos de propiedad intelectual mencionado, clásicamente se ha elaborado una clasificación más pragmática<sup>70</sup> que consiste en separar esta disciplina en dos ramas. Esta posición no niega las notas comunes entre la protección jurídica del autor y la que se confiere al

<sup>68</sup> Cfr. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Manual para la Enseñanza...* Tomo I. Págs. 6-7.

<sup>69</sup> Cfr. BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho...* Págs. 78 y ss.

<sup>70</sup> Cfr. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Manual para la Enseñanza...* Tomo I. Págs. 6-7.

inventor y al usuario de signos distintivos, pero estima que es preciso separar ambos tipos de protección como sectores independientes. De un lado, se ubican las normas que tutelan los bienes intelectuales relacionados de modo más directo con la industria y el comercio, es decir, la propiedad industrial, constituida principalmente por las normas sobre patentes y sobre signos distintivos, las cuales exigen, por una parte, la aplicabilidad industrial de las invenciones y, por otra, que los signos sean capaces de distinguir en el mercado los bienes de una empresa de los de las demás<sup>71</sup>. De otro lado, se encuentra el derecho de autor que protege la obra independientemente del destino que se le dé (art. 1 de la Ley sobre Derecho de Autor), protegiendo de igual forma, por ejemplo, obras con fines exclusivamente educativos que obras con fines utilitarios o comerciales.

3. Como se acaba de ver, la clasificación bipartita separa el derecho de autor de los derechos de propiedad industrial, manteniendo agrupados estos últimos. Una tercera clasificación de los derechos que integran el contenido de la disciplina de la propiedad intelectual disgrega los derechos que integran la propiedad industrial y sostiene que la propiedad intelectual se conforma de tres grupos de derechos: a) el derecho de autor y los derechos conexos; b) el derecho de patentes, llamado en también derecho invencional, que protege las invenciones y se extiende a la protección de los modelos de utilidad; y c) derecho de marcas y otros signos distintivos, o derecho marcario, que protege los signos distintivos, entre los que se encuentran, además de las marcas, los lemas y nombres comerciales y las indicaciones de procedencia (indicaciones geográficas y denominaciones de origen).

Bien ha sido apuntado por algunos autores<sup>72</sup> que esta última clasificación tiene las ventajas de permitir observar las diferencias entre las distintas disciplinas que

---

<sup>71</sup> La propiedad industrial incluye, de acuerdo con el artículo 2.1 del Convenio de París, las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, el nombre comercial, las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen y la represión contra la competencia desleal, incluyendo además bienes intelectuales cuya protección es más reciente como los esquemas de trazado de circuitos integrados y las obtenciones de variedades vegetales. Como se señaló anteriormente, el origen de la clasificación bipartita se encuentra en la celebración, por separado, de dos convenios internacionales, dedicados cada uno de ellos a cada una de las dos ramas que se han mencionado. *Vid supra*: Capítulo I, Pág. 20.

<sup>72</sup> Cfr. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Manual para la Enseñanza...* Tomo I. Pág. 8.



conforman la propiedad industrial, al mismo tiempo que no excluye la incorporación de derechos intelectuales distintos de los nombrados. No obstante, esa posibilidad de incluir nuevos derechos dentro de esta clasificación tripartita es relativa. En efecto, entendiendo esta clasificación tripartita en un sentido estricto, no puede afirmarse que sea absolutamente posible la inclusión en alguno de los grupos mencionados (derecho de autor, derecho de patentes y derecho marcario) de determinadas normas como, por ejemplo, las referidas a la represión de la competencia desleal (que como se ha señalado forma parte del sistema de propiedad intelectual) y aquellas que regulan los secretos empresariales.

La observación anterior puede aplicarse así mismo en relación con ciertos sistemas especiales de protección. Es el caso del sistema de protección de las obtenciones de variedades vegetales establecido a partir de la constitución de la Unión para la Protección de la Obtenciones Vegetales (UPOV), mediante el convenio internacional suscrito el 2 de diciembre de 1961. Aunque inicialmente las obtenciones de nuevas variedades vegetales se protegían a través de las normas sobre patentes, desde los inicios de la constitución de la UPOV se ha entendido que este sistema especial ofrece una protección al obtentor de variedades vegetales distinta de la que ofrece el sistema de patentes<sup>73</sup>, lo que se manifiesta en el hecho de que el título conferido por este sistema especial no consiste en una patente de invención sino en un certificado de obtentor (art. 1 de la Dec. 345). En este sentido, se ha afirmado que la obtención de una nueva variedad vegetal usualmente no involucra un esfuerzo de creación o invención, sin embargo, la inversión (por ejemplo, en el tratamiento del suelo, el cultivo y el cuidado de las plantas seleccionadas) justifica que su material de reproducción no pueda ser utilizado por cualquier persona<sup>74</sup>.

De ahí que se considere que, si bien ciertos sistemas especiales se pueden haber desarrollado teniendo como referente alguno de los grupos normativos mencionados (normas autorales, normas invencionales o normas marcarias), no puede afirmarse que

---

<sup>73</sup> Cfr. ASTUDILLO GÓMEZ, Francisco. *La Protección Legal...* Págs. 267 y ss. *Vid supra*: Capítulo I, Pág. 28.

<sup>74</sup> *Idem*. Pág. 269.

tales sistemas especiales se encuentren necesariamente ubicados dentro de dichos grupos normativos. Las diferencias que los separan pueden manifestarse en la existencia de principios distintos o en diferencias en cuanto a los requisitos exigidos para el nacimiento del derecho o en cuanto a las facultades conferidas a su titular.

Consideramos que el más claro y útil de los tres enfoques asumidos en cuanto al tratamiento del contenido de la propiedad intelectual es el de la clasificación bipartita porque permite distinguir, con base en un criterio práctico, las diferencias entre las ramas tradicionales de la propiedad intelectual (derecho de autor y propiedad industrial). Sin embargo, en aras de la practicidad no se puede llegar a descuidar la visión de conjunto de la materia y considerar ambas ramas como escindidas de forma absoluta<sup>75</sup>.

Existen importantes relaciones entre las distintas subramas que integran la propiedad industrial y entre éstas y el derecho de autor. Estas relaciones descansan fundamentalmente en la circunstancia de que el objeto protegido es un bien inmaterial y en que el derecho conferido consiste en un derecho de exclusiva. Ello se hace evidente cuando se piensa, por ejemplo, que un mismo objeto puede, bajo ciertas condiciones, recibir protección concurrente o acumulada por varios de estos sistemas. Este sería el caso de un diseño industrial que posea capacidad para distinguir en el mercado los bienes producidos o comercializados por una empresa, el cual podría en principio ser protegido como diseño industrial y como marca. En igual sentido, puede mencionarse que en tanto que toda solicitud de patente debe contener la descripción de la invención que se desea patentar (art. 26 de la Dec. 486), esta descripción podría consistir en una obra escrita en el sentido del derecho de autor, siempre que sea original y reproducible, y en este sentido, ser protegida por esta vía contra reproducciones no autorizadas.

En todo caso, debe advertirse que la protección que cada subsistema brinda recaerá sobre aspectos distintos del objeto y otorgará al titular del derecho facultades distintas respecto a su utilización. Así, el registro de un bien intelectual como diseño

---

<sup>75</sup> Cfr. BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho...* Págs. 78 y ss.

industrial no dará a su titular la facultad de utilizarlo como signo distintivo a pesar de que ese diseño tuviese capacidad distintiva. Si el titular del registro de un diseño industrial desea utilizarlo como signo distintivo es necesario que llene las exigencias legales para tal fin, principalmente registrarlo como signo distintivo, previo cumplimiento de los requisitos respectivos. Igualmente, la divulgación de una obra escrita (protegida por el derecho de autor) que contenga la descripción de una invención patentada no implicará que el público que tenga acceso a la misma posea el derecho de reproducir y explotar comercialmente la invención en ella descrita<sup>76</sup>, mientras dure el lapso de protección concedido por la patente.

En vista de lo anterior y tomando en cuenta que a los fines del presente trabajo interesa especialmente la existencia dentro del marco de la propiedad intelectual en general de un sistema especial para la protección de los conocimientos tradicionales indígenas, en la exposición acerca de cada una de los principales subsistemas normativos que integran el contenido de la propiedad intelectual que sigue a continuación no se atenderá en particular a ninguno de los enfoques indicados, sino que se señalarán, de forma general, los aspectos esenciales de cada una de dichos subsistemas. Así, se tratarán por separado las notas más sobresalientes del derecho de autor y los derechos conexos, el derecho de patentes, el derecho de marcas y otros signos distintivos y el derecho de obtentores de variedades vegetales. En particular, se hará énfasis el concepto de cada uno de ellos, en el objeto (bien inmateral) que protegen y en los derechos que confieren a sus titulares y su forma de nacimiento y de extinción.

## **2.1. Derecho de autor y derechos conexos**

Una definición del derecho de autor que permite acercarse a su comprensión es la que lo considera como el "conjunto de derechos de carácter moral y patrimonial que

---

<sup>76</sup> Cfr. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Manual para la Enseñanza...* Tomo I. Pág. 14.

se concede a los autores por el hecho mismo de la creación<sup>77</sup>. Sin embargo, aunque permite ver el contenido del derecho de autor, esto es, las especies de facultades que conforman la armazón del derecho autoral, esta definición resulta insuficiente por no hacer mención clara al objeto de la disciplina a la que nos referimos.

En este sentido, el derecho de autor ha sido definido como la disciplina jurídica que regula la relación del autor con su creación intelectual y de ésta con la sociedad<sup>78</sup>. Al regular la relación del autor con su obra, se confieren al mismo, por una parte, facultades de carácter patrimonial que le conceden el derecho de explotación exclusiva de su obra; y, por otra parte, facultades de carácter extra-patrimonial, que tienen por finalidad permitir que la explotación de la obra se realice siempre en armonía con los nexos que vinculan al autor con su obra. Pero como una vez divulgada, la obra pasa a ocupar una posición dentro de la sociedad, esta relación de contenido (obra) y continente (sociedad) es regulada con el fin de evitar que el ejercicio de los derechos concedidos al autor atente contra los intereses colectivos<sup>79</sup>.

Ahora bien, las notas diferenciadoras del derecho de autor pueden resumirse diciendo que:

- a) Se concede sólo en favor de personas naturales y no de personas jurídicas, ya que se estima que sólo las personas naturales pueden ser autoras (creadoras) de obras del ingenio<sup>80</sup>;
- b) El derecho de autor protege la obra desde el momento de su creación, el registro cumple así sólo una función probatoria, en tanto que sirve para demostrar su existencia y su autoría, pero no es un acto constitutivo del derecho;

<sup>77</sup> Cfr. HERRERA MEZA, *Iniciación al Derecho de Autor*. Grupo Noriega Editores. México, 1992. Pág. 18.

<sup>78</sup> RENGIFO, Ernesto. *La Propiedad Intelectual...* Pág. 49.

<sup>79</sup> Idem. Pág. 50.

<sup>80</sup> Esta es una de las notas que diferencia el derecho de autor de modo sustancial del sistema del *copyright*, existente en ordenamientos jurídicos de tradición anglosajona, en el que se admite además la protección de obras que no posean originalidad, mientras que la originalidad de las obras es uno de los principios fundamentales sobre los que se basa el sistema del derecho de autor (o derecho continental).

- c) Es un derecho complejo, ya que los atributos que lo conforman son de dos tipos distintos: *atributos morales y atributos patrimoniales*;
- d) Es un derecho tuitivo, ya que sus normas tienden a proteger al autor, lo que se evidencia, por ejemplo, en la irrenunciabilidad de los derechos morales, y
- e) A decir de Rengifo, es un derecho adquirido, ya que no nace con la persona, sino que se origina con el acto de la creación<sup>81</sup>.

Se ha mencionado que el objeto al cual se destina la protección otorgada por el derecho de autor es la obra, el concepto de obra en esta materia se restringe y adquiere un significado especial. En este sentido, el Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual nos dice lo que debe entenderse por obra “toda creación intelectual original expresada en una forma reproducible”<sup>82</sup>. De los elementos de esta definición se pueden obtener las notas características del objeto que protegen las normas autorales.

- a) La frase “*toda creación intelectual*” hace referencia a que el derecho de autor protege todas las creaciones intelectuales de carácter artístico, literario y científico;
- b) Que la obra debe ser “*original*” es determinante, sin ella la obra no pueda ser objeto de protección por parte del derecho de autor, lo que es entendido en el sentido de que la obra debe constituir un reflejo de la personalidad de su autor<sup>83</sup>, que es lo que permite que sea individualizada y se distinga de otras;
- c) Debe estar “*expresada en una forma*”, pues la forma de expresión es uno de los elementos más importantes de la obra, al lado de la originalidad, ya que le permite desprenderse, o cobrar vida separada de la idea que la ha originado. Con base en la

<sup>81</sup> Cfr. RENGIFO, Emesio, *La Propiedad Intelectual...* Pág. 122.

<sup>82</sup> Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, citado por: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Manual para la Enseñanza...* Tomo I. Pág. 85.

<sup>83</sup> Cfr. ESPÍN CANOVAS, Diego, *Los Derechos del Autor de las Obras de Arte*. 1ª Edición. Editorial Civitas. Madrid, 1996. Pág. 68.

forma de expresión es posible afirmar que la obra pertenece a su autor, puesto que las ideas nunca podrán pertenecer a ninguna persona, pues son inaprensibles, y

d) Debe ser “reproducible”, es decir, debe ser susceptible de reproducción mediante su fijación en un soporte material cualquiera, esto no quiere decir que es necesario que efectivamente haya sido reproducida, sino solamente que pueda llegar a serlo.

Por otra parte, se ha dicho que el derecho de autor posee una estructura compleja, puesto que además de los las facultades estrictamente referidas a la explotación comercial de la obra (derecho patrimonial), abarca facultades que no tienen propiamente un contenido patrimonial (derecho moral).

El derecho moral está integrado por las facultades de carácter extra-patrimonial o personal que se confieren al autor en razón del acto creador. Todas las facultades que conforman el derecho moral tienen en común el no ser apreciables en dinero y estar estrechamente ligadas al individuo, por lo que se considera que están íntimamente vinculadas con los derechos de la personalidad<sup>84</sup>. Las potestades que posee el autor, de conformidad con el derecho moral se enumeran como sigue<sup>85</sup>:

- a) *Derecho de divulgación*: facultad de decidir si da a conocer su obra, y en qué forma, o si, por el contrario, la mantiene en la esfera de su intimidad;
- b) *Derecho de paternidad*: derecho a que se le reconozca como creador de su obra, ya sea con la utilización de su nombre o de un seudónimo, o a que su obra sea divulgada como anónima;
- c) *Derecho de respeto e integridad de la obra*: potestad de impedir cualquier deformación o cambio que atente contra la obra, es decir, que conlleve una desnaturalización de la misma, y

<sup>84</sup> Cfr. COLOMBET, Claude, *Grandes Principios del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Mundo*. 3ª Edición. Ediciones UNESCO/Cindoc. Madrid, 1997. Pág. 45.

<sup>85</sup> Cfr. LIPSZYC, Delia. *Derecho de Autor...* Págs. 159-172.

d) *Derecho de arrepentimiento*: facultad de retirar la obra del comercio, una vez autorizada su divulgación, debido a un cambio de convicciones intelectuales del autor, sin perjuicio del eventual pago de los daños y perjuicios que el ejercicio de este derecho pudiera acarrear.

Junto al derecho moral, y en una relación de coexistencia mutua<sup>86</sup>, se encuentra el derecho patrimonial o derecho pecuniario, el cual está integrado por aquellas facultades que permiten al autor explotar su obra de cualquier forma que desee hacerlo, a menos que exista una excepción legal que se lo impida, por ello cualquier listado que se realice de las facultades patrimoniales nunca será exhaustivo. Seguidamente figuran las prerrogativas de esta especie que se consideran fundamentales:

a) *Derecho de reproducción*: derecho que con exclusividad tiene el autor de autorizar o prohibir la reproducción de su obra, esto es, “la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento”<sup>87</sup>;

b) *Derecho de comunicación pública*: facultad exclusiva que tiene el autor de comunicar su obra al público, en un ámbito que exceda del simplemente familiar;

c) *Derecho de transformación*: potestad exclusiva que tiene el autor de autorizar la introducción de modificaciones a su obra, en virtud de la creación de obras derivadas a partir de ella, tales como adaptaciones, traducciones, arreglos, y

d) *Derecho de distribución*: facultad exclusiva que tiene el autor de realizar por sí o autorizar a un tercero la distribución, mediante cualquier forma, de los ejemplares de sus obras o copias de éstas.

La duración de los derechos de autor varía dependiendo de si se trata de derechos morales o derechos patrimoniales. Los derechos patrimoniales del autor se mantienen toda la vida de éste y se extienden durante sesenta años más, contados a partir del

---

<sup>86</sup> Cfr. COLOMBET, Claude, *Grandes Principios...* Pág. 45.

<sup>87</sup> Véase artículo 14 de la Dec. 351.

primero de enero del año siguiente a su muerte (ver el art. 25 de la Ley sobre Derecho de Autor, que contiene una protección superior al mínimo consagrado en el artículo 7.1 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, según el cual dicha protección será de cincuenta años). Los derechos morales, por su parte, tienden a ser considerados perpetuos, con base en el artículo 6bis.2 del Convenio de Berna, conforme al cual éstos serán mantenidos después de la muerte del autor, por lo menos hasta la extinción de los derechos patrimoniales. La perpetuidad de los derechos morales está implícita en el régimen común andino que hace recaer en el Estado la defensa de los derechos morales (Dec. 351)<sup>88</sup>.

Ahora bien, los derechos conexos al derecho de autor son los derechos concedidos en favor de los artistas, intérpretes y ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. Análogamente a como ocurre en el derecho de autor, los derechos conexos pueden ser patrimoniales o morales, no obstante, se trata de derechos distintos básicamente debido a que difieren en la naturaleza de los objetos protegidos y sus titulares son diferentes. Existe, no obstante, en esta materia una aplicación extensiva del derecho de autor en cuanto los titulares de los derechos conexos pueden invocar las normas relativas a los autores cuando éstas sean conformes con sus derechos (art. 91 de la Ley sobre Derecho de Autor).

En otros sistemas, particularmente en el sistema del *copyright*, estos derechos se consideran incorporados en el derecho de autor, puesto que tales sistemas protegen obras sin atender a que posean o no originalidad e independientemente de que los autores sean personas naturales o jurídicas, lo que no ocurre en el derecho de autor (o derecho continental), razón por la que estos derechos, si bien se consideran conexos o relacionados al derecho de autor, no se encuentran dentro de él<sup>89</sup>.

Los derechos establecidos en favor de los artistas, intérpretes y ejecutantes son fundamentalmente de dos tipos, por un lado, el derecho de autorizar o no la fijación, la reproducción o la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones, y, por

---

<sup>88</sup> Cfr. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Manual para la Enseñanza...* Tomo I. Pág. 138.

<sup>89</sup> Idem. Tomo II. Pág. 95.



otro lado, el derecho moral de vincular su nombre o seudónimo a dichas interpretaciones o ejecuciones e impedir cualquier deformación de las mismas (art. 92 de la Ley sobre Derecho de Autor). A los productores de fonogramas se les concede el derecho de autorizar o no la reproducción de sus fonogramas, o cualquier forma de utilización de las copias de sus fonogramas, como la reproducción, importación, distribución al público o alquiler, y a recibir una remuneración por la comunicación de sus fonogramas (arts. 95 y 96 de la Ley sobre Derecho de Autor). Los organismos de radiodifusión, por su parte, tienen el derecho de autorizar o no la fijación, reproducción y retransmisión de sus emisiones.

Finalmente, es de señalar que la protección concedida por los derechos conexos al derecho de autor tiene una duración de sesenta años contados a partir del primero de enero del año siguiente al de la actuación o publicación, en el caso los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas. Tratándose de los derechos de los organismos de radiodifusión dicho lapso comienza a partir del primero de enero del año siguiente al de la emisión radiodifundida (arts. 94, 100 y 102 de la Ley sobre Derecho de Autor).

## **2.2. Derecho de patentes**

Las normas sobre patentes tienen por objeto la protección de las invenciones, mediante el otorgamiento al inventor del derecho de explotar en forma exclusiva y por un tiempo determinado la invención<sup>90</sup>, para lo cual el Estado concede un título denominado patente. La patente consiste así en un título emitido por el Estado a un sujeto en razón de la obtención de una invención que cumple con determinados requisitos establecidos legalmente.

---

<sup>90</sup> Cfr. ASTUDILLO GÓMEZ, Francisco, *La Protección Legal...* Pág. 63.

Mientras que la patente es una institución jurídica por esencia que en último análisis implica un derecho de exclusiva<sup>91</sup> -lo que es compartido por los demás derechos de propiedad intelectual-, la invención es, por su parte, un fenómeno previo a la existencia de cualquier norma jurídica que le brinde protección. De esta forma, la invención que da nacimiento al derecho de patentes es una invención entendida en sentido vulgar que cumple con ciertos requisitos legales y que, por ello, es una invención *patentable*.

Las legislaciones no ofrecen una definición de invención<sup>92</sup>, en esta materia el legislador se limita a establecer únicamente los requisitos de patentabilidad que ésta debe reunir. No obstante, de acuerdo con la doctrina, la invención consiste en "la idea que tiene una persona sobre como combinar y disponer una materia o energía determinadas para que, mediante la utilización de las fuerzas naturales, se obtenga un resultado que sirva para satisfacer una necesidad humana, originando la solución de un problema técnico que no había sido resuelto hasta entonces"<sup>93</sup>.

De un análisis de esta definición se desprenden los siguientes caracteres conceptuales de la invención:

a) *Se trata de una idea*. El inventor establece con la invención las condiciones y circunstancias que han de concurrir para la solución de un problema. La invención tiene, pues, una base ideal, pero a la vez implica una solución práctica en tanto que indica cómo se resuelve un problema. Su esencia es normativa, pues constituye un enunciado de medios cuyo cumplimiento garantiza la actualización de un resultado concreto. Esta normatividad de la invención, sin embargo, es enunciativa, en el sentido de no ser imperativa, pues se limita a establecer cómo debe ser una materia o energía

<sup>91</sup> Cfr. BERGEL, Salvador, *Patentamiento de Material Genético Humano*. (Mimeo). Pág. s/n.

<sup>92</sup> Cfr. ASTUDILLO GÓMEZ, Francisco, *La Protección Legal...* Pág. 20.

<sup>93</sup> Afirma Baylos que "definir la invención no es tarea del legislador, que normalmente ha de partir de su noción vulgar, limitándose a lo que constituye su verdadero cometido, que es establecer las condiciones que esa invención en sentido vulgar habrá de cumplir para que pueda acceder a la protección jurídica; es decir, para que sea patentable". BAYLOS, Hermenegildo, *Tratado de Derecho...* Pág. 695.

para la obtención de un resultado específico<sup>94</sup>. En este sentido, por ser una idea, no es necesario que la invención sea materializada, sino simplemente materializable.

b) *Se refiere a la combinación o disposición de una materia.* La invención, como hemos resaltado, debe ser materializable, forma parte de la esencia misma de la invención el indicar cómo debe ser una materia o cómo debe actuarse sobre ella para conseguir que esa materia obtenga determinado resultado. Es por ello que se afirma que el derecho del inventor recae sobre una idea para la ejecución de una cosa<sup>95</sup>.

c) *Produce un resultado.* Si bien la invención ha de conducir a la realización de un producto o un procedimiento, es decir, de un objeto material, ella está destinada en definitiva a la obtención de un resultado que consiste en la satisfacción de una necesidad. Se puede afirmar que un resultado no necesariamente tiene un contenido material, mientras que un producto consiste necesariamente en un objeto material<sup>96</sup>.

d) *Cumple una utilidad.* La utilidad principal que cumple la invención está vinculada con su propia naturaleza: ser una solución a un problema. De esta manera, la invención satisface una necesidad humana específica, una necesidad generalmente existente en el campo industrial.

e) *Resuelve un problema técnico.* La invención presupone la existencia de un problema de índole técnica. Un problema puede ser resuelto de diferentes maneras y, en consecuencia, puede dar nacimiento a infinidad de invenciones. El problema que ha de resolver la invención es generalmente planteado por una necesidad industrial<sup>97</sup>, es decir, no artística o científica. Al estar en presencia de una obra del intelecto humano

<sup>94</sup> Ibidem. Pág. 696. Las más recientes definiciones de invención insisten en que ésta “es una regla técnica para solucionar un problema técnico”. La regla técnica hace referencia a un tipo especial de norma distinta de las reglas jurídicas, las reglas morales y las reglas del comportamiento y el problema técnico se refiere a un campo concreto de la actividad humana. Cfr. FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, Sofía, *Derecho de Patentes e Investigación Científica*. Tirant lo Blanch. Valencia, España, 1996. Pág. 83.

<sup>95</sup> Cfr. ZUCCHERINO, Daniel y MITELMAN, Carlos, *Derecho de Patentes: Aislamiento o Armonización. La Patentabilidad de Productos Farmacéuticos*. Ad Hoc, S. R. L. Buenos Aires, 1994. Pág. 44.

<sup>96</sup> Cfr. ASTUDILLO GÓMEZ, Francisco, *La Protección Legal* Pág. 33.

<sup>97</sup> Las invenciones, ya sean de producto o de procedimiento, deben en todo caso ser susceptibles de aplicación industrial. Véase artículo 14 de la Dec. 486.

que se reconozca como no artística, literaria o científica, deberá admitirse que se está en presencia de una obra de carácter industrial<sup>98</sup>. Pero no sólo el fin obtenido ha de estar referido al campo industrial, sino también los medios de que se ha valido el inventor para llegar a tal fin<sup>99</sup>.

A partir de lo dicho, salta a la vista, en primer lugar, que la artificialidad es un elemento esencial de la invención, ya que se hace imprescindible que el hombre realice, o mejor dicho idee la manipulación de ciertos elementos materiales para la obtención de un producto o procedimiento, destinado a la satisfacción de una necesidad, lo que se refleja en que la invención debe ser útil. La invención no puede consistir en una mera reproducción de un proceso que de modo espontáneo se realiza en la naturaleza, sino que debe ser resultado de un dominio sobre ella para resolver problemas o indicar soluciones que la naturaleza no ha logrado resolver<sup>100</sup>. Lo antes dicho excluye la posibilidad de la consideración de los descubrimientos como invenciones patentables.

Ahora bien, que la invención resuelva un problema no resuelto hasta entonces quiere decir que el problema no debe haber sido resuelto antes de la manera como la invención de que se trata lo resuelve, puesto que, como se ha indicado, un mismo problema puede ser resuelto de diferentes maneras y dar origen a diversas invenciones.

En resumen, en materia de patentes la protección se ha encontrado siempre y en toda legislación condicionada a que la invención cumpla con determinados requisitos: la *novedad*, la *altura inventiva* y la *aplicabilidad industrial*<sup>101</sup>.

<sup>98</sup> Usualmente se define el carácter industrial de la invención patentable en un sentido negativo o residual, es decir, que está presente sólo en aquella creación no científica, literaria o artística. (Cfr. ZUCCHERINO, Daniel, *El Derecho de Propiedad del Inventor*. Ad Hoc. S. R. L. Buenos Aires, 1995. Pág. 48). Según Breuer Moreno, se hace de este modo porque “el concepto de obra artística, literaria o científica es más simple -y tal vez más difundido- que el concepto de invención”, pero en todo caso la exigencia del carácter industrial más que constituir un requisito buscaría señalar el campo de aplicación de las normas sobre patentes, las cuales no son aplicables a las obras literarias, artísticas o científicas. Cfr. BREUER MORENO, P. C., *Tratado de Patentes...* Pág. 101.

<sup>99</sup> Cfr. PACHÓN, Manuel y SÁNCHEZ ÁVILA, Zoraida, *El Régimen Andino de la Propiedad Industrial*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Santa Fe de Bogotá, 1995. Pág. 47.

<sup>100</sup> Cfr. ASCARELLI, Tulio, *Teoría de la Concurrencia...* Pág. 497.

<sup>101</sup> En tal sentido, pueden verse el artículo 27.1 del ADPIC: “las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean

a) *Novedad*. Una invención es nueva cuando no se encuentra comprendida dentro del estado de la técnica<sup>102</sup>. El estado de la técnica es una expresión que sirve para designar el conjunto de todos los conocimientos que han sido accesibles al público, de ahí que los conocimientos que forman parte del estado de la técnica no son patentables. Aunque la definición de estado de la técnica puede variar de una legislación a otra, de forma general, comprende los conocimientos que se hayan puesto a disposición del público antes de la fecha de presentación de la solicitud de la patente o de la prioridad reconocida, si se reivindica ésta, mediante una descripción escrita u oral, utilización, comercialización o cualquier otro medio<sup>103</sup>.

En el ámbito andino, no se tomará en cuenta, a fin de determinar la patentabilidad de una invención, la divulgación que haya sido realizada por el inventor o un causahabiente, por un tercero informado por alguno de ellos, o por una oficina competente para el registro en contravención de la ley, siempre que haya ocurrido dentro del año que precede a la solicitud de patente<sup>104</sup>.

b) *Altura inventiva*. Este requisito está referido al hecho de que la invención pueda destacarse suficientemente de los conocimientos que preceden su existencia. Con esta exigencia se busca excluir de patentamiento aquellos inventos que carecen de un grado particular de esfuerzo o mérito creativo en relación a los conocimientos existentes en la rama de la tecnología en la cual dicho supuesto invento pretende incorporarse. No poseerían altura inventiva aquellas invenciones respecto de las cuales una persona versada en la correspondiente materia puede afirmar que son obvias o que derivan de forma evidente del estado de la técnica<sup>105</sup>.

---

nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial"; y el artículo 14 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina: "Las patentes son concedidas para aquellas invenciones útiles y nuevas, susceptibles de aplicación industrial, que demandan un nivel de actividad inventiva que supere lo que es obvio y se encuentre al alcance de las habilidades de cualquier experto en la materia que aplique los conocimientos generales existentes en el estado de la técnica".

<sup>102</sup> Véase artículo 16 de la Dec. 486.

<sup>103</sup> Véase artículo 16 de la Dec. 486. También puede entenderse incluida en el estado de la técnica, la descripción de una invención en una solicitud de patente en trámite, de acuerdo a los términos contenidos en el artículo 16 de la Dec. 486 (segundo párrafo).

<sup>104</sup> Véase artículo 17 de la Dec. 486.

<sup>105</sup> Véase artículo 18 de la Dec. 486.

Tanto la novedad como la altura inventiva son requisitos comparativos de patentabilidad, quiere decir que para determinar si una invención es nueva o si posee altura inventiva ésta tiene que ser comparada con el estado de la técnica. Sin embargo, no debe confundirse la altura inventiva con la novedad, ya que una invención puede ser novedosa, siempre que no consista en algo conocido, pero si su obtención implica una derivación evidente de algo que ya es conocido, entonces carecerá de altura inventiva.

c) *Aplicabilidad industrial*. Consiste en la capacidad que debe tener la invención para, por una parte, ser reproducida (en el caso de los productos) o repetida (en el caso de los procedimientos) al infinito, y por otra parte, para ser empleada industrialmente. En este sentido, la idea de la aplicabilidad industrial es contraria al *opus unicum* que no puede imitarse ni elaborarse a través de nuevos procesos<sup>106</sup>.

Finalmente, debe resaltarse que la descripción de la invención, que debe figurar en la solicitud para su patentamiento, debe divulgar la invención de manera “suficientemente clara y completa” de forma que pueda ser comprendida y que una persona con capacidad específica en la materia pueda reproducirla<sup>107</sup>.

La concesión de la patente implica un conjunto de derechos para su titular, los cuales giran en torno al derecho de explotación exclusiva de la invención. Estos derechos se encuentran delimitados por las reivindicaciones, es decir, por la materia específica que se ha deseado proteger mediante la patente. Las reivindicaciones definen la materia protegida y se encuentran sustentadas en la descripción de la invención<sup>108</sup>, de ahí que la descripción, al igual que los dibujos que pueden acompañarla, sirve a la interpretación de las reivindicaciones<sup>109</sup>.

Los derechos otorgados por la patente consisten en impedir a terceros no autorizados realizar determinados actos. Si se trata de una patente sobre producto, el titular de la patente puede impedir que se fabrique el producto, o que éste se ofrezca en

<sup>106</sup> Cfr. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *El Régimen de la Propiedad Industrial*. Caracas, 1995. Pág. 134.

<sup>107</sup> Véase artículo 28 de la Dec. 486.

<sup>108</sup> Véase artículo 30 de la Dec. 486.

<sup>109</sup> Véase artículo 51 de la Dec. 486.

venta, se venda o se use, así como que se importe para alguno de esos fines. Si se trata de una patente de procedimiento, puede impedir que el procedimiento sea empleado o que se realice cualquiera de los actos relativos a las patentes de producto respecto de los productos que se hayan obtenido directamente a través del procedimiento patentado<sup>110</sup>.

Los mencionados derechos tienen una duración de veinte años contados a partir de la presentación de la solicitud respectiva. Vencido este lapso, la invención patentada pasa al dominio público y puede ser reproducida o utilizada libremente puesto que el derecho de utilización exclusiva reconocido en favor de quien la creó desaparece.

El ejercicio de estos derechos, sin embargo, tiene algunas excepciones, constituidas por los siguientes actos: a) los realizados en el ámbito privado y con fines no comerciales; b) los realizados exclusivamente con fines de experimentación; c) los que se lleven a cabo con fines de enseñanza o investigación; d) los referidos en el artículo 5ter del Convenio de París, es decir, básicamente los que se empleen en navíos cuando éstos se usen exclusivamente para necesidades del navío, los que se empleen en la construcción o funcionamiento de aparatos de locomoción aérea o terrestre, y e) el uso como base inicial para obtener un nuevo material viable, cuando la patente proteja un material biológico capaz de reproducirse (excepto plantas), siempre que no se requiera un uso repetido<sup>111</sup>.

Finalmente, vale la pena mencionar que el derecho que otorga la patente puede verse limitado en caso de concesión de una licencia obligatoria (figura regulada en el Capítulo VII, Título II de la Dec. 486). Las licencias obligatorias pueden concederse en dos casos:

a) Por falta de explotación por parte del titular, siempre que se cumplan ciertos extremos, como que el tercero interesado (a cuyo favor se concede la licencia) haya

---

<sup>110</sup> Véase artículo 52 de la Dec. 486.

<sup>111</sup> Véase artículo 53 de la Dec. 486.

intentado previamente obtener una licencia contractual o que el titular no justifique su inacción, y

b) Cuando existan razones de interés público, de emergencia o de seguridad nacional, caso en el cual la licencia obligatoria se mantiene por el tiempo en que dichas razones existan.

Naturalmente, la concesión de una licencia obligatoria no implica que el titular de la patente no pueda seguir explotando la invención que ha sido objeto de la misma, pues se trata en todo caso de una licencia, es decir, una autorización para el uso de la invención y no una transmisión del derecho.

### 2.3. Derecho de marcas y otros signos distintivos

El derecho marcario persigue fundamentalmente dar protección a las empresas, a los resultados de sus esfuerzos en la competencia económica frente a otras empresas, tales como el prestigio o el reconocimiento de la calidad de sus productos o servicios<sup>112</sup>, protegiendo los medios que la identifican, es decir los signos distintivos. Ello se logra mediante la prohibición a terceros de usar los signos que la empresa utiliza -que realizan su función por el proceso de asociación de ideas- impidiendo la sustracción ilícita de esos valores empresariales que el signo incorpora<sup>113</sup>.

Algunos autores agregan que, además del interés de las empresas, las marcas protegen el interés de los consumidores<sup>114</sup>, ya que por medio de ellas se evitan confusiones al momento de elegir un producto o un servicio en el mercado. Pero lo

<sup>112</sup> Cfr. BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho...* Pág. 813. Como explica Pacón, aunque en el siglo XVIII las normas sobre marcas buscaban esencialmente proteger a los consumidores frente a productos de baja calidad, a partir del siglo XIX -con el tránsito a una estructura económica capitalista, gracias a la revolución industrial- la marca "adquirió significado como instrumento de venta y pasó a desempeñar primordialmente una función distintiva de la diversa procedencia empresarial". PACÓN, Ana María, *Los Derechos sobre los Signos Distintivos y su Importancia en una Economía Globalizada*. En: *Propiedad Intelectual. Temas relevantes en el Escenario Internacional*. SIETCA-USAID. 2000. Pág. 169.

<sup>113</sup> Cfr. BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho...* Pág. 813.

<sup>114</sup> Cfr. FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, *Fundamentos de Derecho...* Pág. 44.



cierto es que esta no confusión del público es también un derecho del titular de la marca<sup>115</sup>, puesto que lo que se persigue al exigir que la marca posea distintividad es que disminuyan las posibilidades de confusión del público, es ello lo que permitirá al público escoger y, en definitiva, adquirir el producto distinguido con la marca y no otro.

En este orden de ideas, entre las funciones que la marca cumple en el mercado destacan esencialmente la función distintiva<sup>116</sup> y la función indicadora de la procedencia empresarial. Mediante la primera, la marca hace posible distinguir los bienes producidos o comercializados por una empresa de los bienes idénticos o similares producidos o comercializados por las demás empresas. La función indicadora de la procedencia empresarial indica a los consumidores que todos los productos de una misma clase portadores de una misma marca han sido producidos o distribuidos por una misma empresa<sup>117</sup>, la marca indica así que ha sido una empresa -de entre todas las empresas que producen o comercializan bienes de la misma clase- la que ha producido o comercializado dichos productos.

La marca también sirve para indicar la calidad del producto identificado con la marca, porque, ya sea por la experiencia directa o por efecto de la publicidad, el consumidor elabora un juicio sobre las notas y cualidades de los productos o servicios identificados con una marca y asume que todos comparten las mismas notas y cualidades<sup>118</sup>.

El derecho sobre la marca se adquiere en la mayoría de los países mediante su registro, como acto constitutivo del derecho; aunque el uso de la marca puede, en ciertos casos, conferir un mejor derecho al momento de obtener el registro. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual recomienda que las legislaciones nacionales establezcan que el derecho se adquiere mediante el registro porque lo

---

<sup>115</sup> Ibidem. Pág. 45.

<sup>116</sup> Cfr. BAYLOS CORROZA, Hernenegildo, *Tratado de Derecho...* Pág. 817.

<sup>117</sup> Cfr. FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, *Fundamentos de Derecho...* Pág. 46.

<sup>118</sup> Idem. Pág. 50.

considera el criterio más seguro para el reconocimiento del derecho de exclusiva<sup>119</sup>. Este es el modo de adquirir el derecho en el régimen común andino, ya que según la Decisión 486 “el derecho al uso exclusivo de una marca se adquirirá por el registro de la misma”<sup>120</sup>. En el caso de las marcas, el registro sólo puede concederse a los signos que sean aptos para distinguir productos o servicios en el mercado que sean susceptibles de representación gráfica<sup>121</sup>.

Los derechos que se derivan del registro de una marca están fundamentalmente constituidos por la facultad del titular del derecho de impedir que terceras personas, que no tengan su autorización, realicen los siguientes actos: a) usen la marca registrada u otro signo idéntico o semejante para identificar productos para los cuales se ha registrado la marca; b) remuevan o modifiquen la marca registrada después de haber sido colocada en los productos para los que se registró; c) fabriquen etiquetas u otro material que reproduzca la marca; d) usen un signo idéntico o similar respecto de cualquier producto o servicio cuando ello pueda ocasionar confusión o riesgo de asociación, y e) usen en el mercado (y aún para fines no comerciales) un signo idéntico o similar a una marca notoriamente conocida. En este último caso es necesario que tal uso pueda causar un daño por alguna de estas tres razones: dilución de la fuerza distintiva de la marca notoria<sup>122</sup>, dilución del valor comercial o publicitario de la marca o aprovechamiento injusto del prestigio (de la marca o del titular)<sup>123</sup>.

Ahora bien, la facultad que tiene el titular del registro de una marca de prohibir los actos señalados en el párrafo anterior, tiene algunas limitaciones. Estas limitaciones consisten básicamente en: a) la utilización de terceros no autorizados de su propio nombre, domicilio o seudónimo o cualquier indicación cierta de sus productos o

<sup>119</sup> Cfr. OMPI, Documento OMPI/PI/JU/PAN /97/1.C, Pág. 7.

<sup>120</sup> Véase artículo 154 de la Dec. 486.

<sup>121</sup> Véase artículo 134 de la Dec. 486.

<sup>122</sup> En el marco del Régimen Común Andino sobre Propiedad Industrial (Dec. 486), la notoriedad puede estar presente en cualquier signo distintivo. En esta Decisión (Título XIII) la notoriedad está sujeta a las siguientes regulaciones: i) exigencia del reconocimiento del signo como notorio en el sector pertinente (consumidores, canales de distribución o círculos empresariales); ii) la protección se refiere al registro o uso del signo notorio, total o en una parte esencial; iii) la protección se extiende más allá de la clase de bienes identificados con el signo notorio siempre que exista riesgo de confusión o de asociación, daño injusto (económico o comercial) al titular y aprovechamiento injusto del renombre o prestigio.

<sup>123</sup> Véase artículo 155 de la Dec. 486.

servicios, y b) el uso a los fines de anunciar u ofrecer en venta la existencia de productos o servicios legítimamente marcados o para indicar la compatibilidad o adecuación de piezas de recambio o de accesorios utilizables con los productos de la marca registrada. No obstante, en ambos casos, el uso debe ser hecho de buena fe, no debe hacerse a título de marca, debe limitarse a propósitos de identificación o información y no debe ser capaz de inducir a error sobre la procedencia de los productos o servicios<sup>124</sup>.

En cuanto a la duración del derecho que las normas marcarias confieren al titular de un registro, cabe decir ésta se extiende por un lapso que en nuestro país es de diez años<sup>125</sup>. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en materia de patentes, su protección puede extenderse ilimitadamente si su titular renueva el registro, renovación que tiene igualmente una duración de diez años.

Pero la protección conferida por el registro de la marca puede terminar también por otras razones, entre ellas: a) que éste caduque, es decir, se venza el lapso de protección sin que sea renovado el registro; b) que sea declarada su nulidad absoluta por haber sido registrada en contravención con las prohibiciones absolutas de registro (es decir, las que están basadas en razones intrínsecas a la marca); c) que sea cancelada a solicitud de un tercero interesado cuando la marca no esté siendo utilizada (ésta es una especie de sanción por falta uso, puesto que una vez registrada la marca debe ser usada), o d) por renuncia del titular a los derechos derivados del registro<sup>126</sup>.

En general, las disposiciones sobre las marcas se aplican en cuanto sea posible a otros signos distintivos, además de ciertas normas particulares relativas a la protección cada uno de dichos signos. Así ocurre en el caso de: a) los lemas comerciales, es decir, las frases o expresiones que acompañan a una marca para hacerla más atractiva; b) las marcas colectivas, que distinguen el origen o cualquier otra característica común de bienes producidos o comercializados por empresas diferentes, y c) las marcas de

<sup>124</sup> Véase artículo 157 de la Dec. 486.

<sup>125</sup> Véase artículo 152 de la Dec. 486.

<sup>126</sup> Véanse Capítulos V-VIII del Título VI de la Dec. 486.

certificación, que son aplicadas a bienes cuya calidad u otras características son certificadas por el titular de una marca de certificación.

En el caso de los nombres comerciales, es decir, los signos que, en lugar de distinguir bienes, distinguen una actividad económica o un establecimiento mercantil, y de las denominaciones de origen, que pueden consistir en el nombre de país, de una región o de un lugar determinado usado para designar un producto proveniente de los mismos y cuyas cualidades derivan esencialmente de las condiciones de ese medio geográfico, se aplican las normas relativas a los derechos referidos a las marcas. Debe hacerse, no obstante, la salvedad de que el derecho exclusivo sobre un nombre comercial nace con su primer uso en el comercio y su registro tiene sólo carácter declarativo, aplicándoseles al nombre comercial las normas sobre las limitaciones a los derechos y sobre su agotamiento<sup>127</sup>.

www.bdigital.ula.ve

#### 2.4. Derecho sobre obtenciones de variedades vegetales

En términos generales, las normas que regulan los derechos del obtentor de una nueva variedad vegetal conceden a éste facultades para explotar dicha variedad de forma exclusiva. Como se ha señalado anteriormente<sup>128</sup>, este régimen consiste en un sistema especial de protección que ha sido diseñado de forma específica para proteger las nuevas variedades vegetales, dentro del sistema de propiedad intelectual, con cuyas ramas tradicionales mantiene rasgos comunes al mismo tiempo que diferencias fundamentales<sup>129</sup>.

Con la protección legal de las variedades vegetales se persigue incentivar el desarrollo de la inversión, especialmente en la agricultura y horticultura, ya que la

<sup>127</sup> El agotamiento del derecho de marcas se produce cuando el titular del registro de una marca no puede prohibir a un tercero que realice actos de comercio respecto de productos identificados con su marca. Esto ocurre cuando dichos productos han sido puestos lícitamente en el comercio en cualquier país, bien por el mismo titular o por una persona autorizada por él o vinculada a él económicamente (art. 158 de la Dec. 486).

<sup>128</sup> *Vid supra*: Capítulo I, Pág. 28.

<sup>129</sup> Cfr. UPOV, Documento UPOV/LPZ/97/1, Pág. 2.

mejora vegetal es un instrumento esencial para la mejora de la producción agrícola en términos de cantidad, calidad y diversidad<sup>130</sup>. Este incentivo se traduce en el reconocimiento de un derecho de explotación exclusiva en favor de los creadores de variedades vegetales mejoradas, derecho que se limita estrictamente a las actividades comerciales relacionadas con el cultivo<sup>131</sup>.

El bien inmaterial u objeto sobre el que recae la protección de este conjunto de normas consiste en la variedad vegetal. La variedad vegetal se define como “un conjunto de plantas que pertenece al mismo taxón botánico de rango más bajo conocido (que generalmente es la especie) que presenta caracteres comunes que se mantienen de forma estable a través de las generaciones, y que se distinguen de otros grupos de plantas por al menos uno de esos caracteres”<sup>132</sup>. La Decisión 345 define variedad como “conjunto de individuos botánicos cultivados que se distinguen por determinados caracteres morfológicos, fisiológicos, citológicos, químicos, que se pueden perpetuar por reproducción, multiplicación o propagación” (art. 3). Como se observa en la definición de la Dec. 345 se hace referencia a “individuos botánicos cultivados”, ya que sus normas están destinadas a proteger variedades obtenidas mediante una mejora vegetal, es decir, mediante la utilización y reorganización de la diversidad genética existente con la ayuda de tecnologías adecuadas y el uso de estrategias basadas en el conocimiento de la investigación básica, con el fin de desarrollar nuevas variedades<sup>133</sup>.

Para que una variedad vegetal pueda ser protegida por las normas que conforman el derecho sobre obtenciones de variedades vegetales, es necesario que dicha variedad reúna determinados requisitos. Estos requisitos se encuentran establecidos, a nivel internacional, en el Convenio de la UPOV<sup>134</sup>. El artículo 5 del Convenio de la UPOV señala tales requisitos al indicar que el derecho de obtentor se concederá cuando la variedad sea nueva, distinta, homogénea y estable.

---

<sup>130</sup> *Ibidem*.

<sup>131</sup> Cfr. UPOV, Documento UPOV/LPZ/97/6, Anexo I, Pág. 2.

<sup>132</sup> OMPI, Documento OMPI/BIOT/MEX/97/2, Pág. 3.

<sup>133</sup> Cfr. UPOV, Documento UPOV/LPZ/97/6, Anexo III, Pág. 1.

<sup>134</sup> Véase Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales de 2 de diciembre de 1961, revisado el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991.

a) *Novedad*. Para que una variedad sea considerada nueva y, en consecuencia, pueda ser protegida, es necesario que antes de la fecha de la solicitud, no se hayan producido actos de comercio (venta o entrega lícita a terceros a los fines de explotarla) en relación con el material de reproducción o de multiplicación o un producto de cosecha de la variedad, por el obtentor o con su consentimiento (art. 6 del Convenio de la UPOV y art. 8 de la Dec. 345). En el régimen andino, el momento a partir del cual la explotación hace perder la novedad de la variedad varía dependiendo si la explotación se ha producido en algún país de la Comunidad Andina o en otro distinto. En el primer caso, la novedad se pierde si la explotación ha comenzado por lo menos un año antes de la solicitud; en el segundo caso, se pierde si ha comenzado por lo menos cuatro años antes (art. 8 de la Dec. 345).

b) *Distinción*. Para que pueda considerarse distinta, es necesario que la variedad se distinga claramente de otra variedad notoriamente conocida. La notoriedad de una variedad hace referencia en este caso a la existencia previa de una solicitud de derecho de obtentor o de registro oficial de variedades vegetales, en cualquier país (art. 7 del Convenio de la UPOV). La Decisión 345 utiliza la “expresión comúnmente conocida” en lugar de “notoriamente conocida” (art. 10 de la Dec. 345).

c) *Homogeneidad*. Que deba ser homogénea quiere decir que la variedad debe ser suficientemente uniforme en sus caracteres pertinentes, aunque teniendo en cuenta las variedades previsibles según su forma de reproducción, multiplicación o propagación (art. 8 del Convenio de la UPOV y art. 11 de la Dec. 345). La homogeneidad de la variedad quiere decir que las plantas pertenecientes a una variedad “deben poder ser distinguidas por sus características comunes”<sup>135</sup>.

d) *Estabilidad*. La estabilidad hace referencia a que los caracteres de la variedad deben permanecer en las generaciones siguientes, es decir, debe existir estabilidad hereditaria<sup>136</sup>, pues dichos caracteres deben permanecer inalterados luego de

---

<sup>135</sup> ASTUDILLO GÓMEZ, Francisco, *La Protección Legal...* Pág. 279.

<sup>136</sup> Idem.

reproducciones o multiplicaciones sucesivas (art. 9 del Convenio de la UPOV y art. 12 de la Dec. 345).

Además de los requisitos señalados, el Convenio de la UPOV deja a criterio de los países miembros la inclusión de otros requisitos como el de la necesidad de que la variedad sea designada con una *denominación* destinada a ser su designación genérica (arts. 5 y 20). De ahí que la Decisión 345 exija para ser registrada que presente una denominación genérica adecuada (art. 7).

El derecho del obtentor de una variedad vegetal nace en con el registro de la misma en el Registro Nacional de Variedades Protegidas, el cual se encuentra a cargo del Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual<sup>137</sup>. Los derechos que confiere el otorgamiento del certificado de obtentor de una nueva variedad vegetal se refieren a la facultad de impedir que terceros no autorizados realicen determinados actos, que pueden agruparse de la forma que sigue.

- En cuanto al material de reproducción, propagación o multiplicación de la variedad protegida, el titular del certificado podrá impedir su producción, reproducción, propagación o multiplicación e incluso la preparación para fines de reproducción, propagación o multiplicación; la puesta en el mercado, incluida la oferta en venta; la exportación o importación; así como la posesión para cualquiera de los fines señalados.
- En relación con plantas ornamentales, podrá impedirse su utilización comercial o el uso de partes de plantas como material de reproducción o con el fin de producir plantas ornamentales y frutículas o sus partes.
- En cuanto al producto de la cosecha, podrá impedirse la realización de los actos señalados en los apartados anteriores (incluidas plantas enteras o sus partes), cuando dicho producto se ha obtenido por uso no autorizado del material de reproducción o multiplicación, a menos que el titular pudiendo ejercer su derecho, no lo haya ejercido.

---

<sup>137</sup> Véase artículo 8 del Reglamento de la Dec. 345.

- El obtentor también podrá ejercer los derechos antes indicados en relación con las variedades que no se distinguen claramente de las variedades protegidas y aquellas cuya producción requiera el empleo repetido de la variedad protegida.
- En cuanto a las variedades esencialmente derivadas de la variedad protegida, la Decisión 345 dispone que corresponde a la legislación interna de cada país miembro establecer o no la posibilidad de reconocer en favor del titular del certificado los derechos que han sido mencionados. En este sentido, de acuerdo con dicha disposición, el Reglamento de la Decisión 345 en nuestro país, expresamente lo establece (art. 20 del Reglamento de la Dec. 345).

Además de los derechos mencionados, la Dec. 345 establece que el registro de una variedad vegetal impone a su titular la obligación de mantenerla y reponerla, si es necesario, durante el lapso de vigencia del certificado (art. 22).

El siguiente cuadro muestra las diferencias fundamentales entre los distintos subsistemas que integran la Propiedad Intelectual, partiendo de la exposición que se ha realizado en las páginas precedentes.



**Cuadro 2**  
**Comparación de los principales subsistemas de la propiedad intelectual**

	<b>Derecho de Autor</b>	<b>Derechos Conexos</b>	<b>Derecho Patentes</b>	<b>Derecho Marcas</b>	<b>Derecho Obtentor</b>
<b>Nacimiento del derecho</b>	•Acto de la creación	•Actuación o publicación (artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas) •Emisión radiodifundida (organismos de radiodifusión).	•Registro	•Registro	•Registro
<b>Derechos conferidos</b>	•Derechos Morales: divulgación; paternidad; integridad de la obra y arrepentimiento. •Derechos Patrimoniales: reproducción; comunicación pública; transformación y distribución.	•Para intérpretes y ejecutantes: autorizar la fijación; reproducción o comunicación; vincular su nombre a interpretaciones o ejecuciones, e impedir su deformación. •Para productores de fonogramas: autorizar la reproducción o utilización de copias y recibir remuneración por la comunicación de sus fonogramas. •Organismos de radiodifusión: autorizar la fijación, reproducción y retransmisión de sus emisiones.	•Impedir: fabricación; venta; importación del producto patentado o del producto del procedimiento patentado, o su empleo de cualquier forma.	•Impedir uso de la marca, o signo idéntico o semejante; modificación de la marca después de colocada; fabricación reproducción de la marca, o uso que pueda ocasionar confusión o riesgo asociación	•En cuanto al material de reproducción, impedir su producción o reproducción •En caso de plantas ornamentales: impedir su uso comercial •En caso del producto de la cosecha: impedir los actos anteriores
<b>Duración del derecho</b>	•60 años desde año sgte. a la muerte del autor: dchos. patrimón. •Perpetuos: dchos. morales	•60 años	•20 años	•10 años renovables	•20-25 años, árboles/vides •15-20 años, otras especies

**CAPÍTULO III**  
**LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES INDÍGENAS.**  
**BREVE ESBOZO DE SU CONCEPTUALIZACIÓN EN VENEZUELA**

---

En el presente capítulo se describirán los asuntos conceptuales básicos sobre los conocimientos tradicionales indígenas que deberían ser considerados para su protección específica en el ordenamiento jurídico venezolano. En primer lugar, se expondrá la problemática general dentro de la cual se enmarca la protección de los conocimientos tradicionales indígenas, a partir de algunos aspectos particulares que han incidido en la discusión en torno a ellos y su regulación a nivel nacional. Se hará hincapié de forma general en los aspectos que derivan de las que podrían considerarse son las dos fuentes fundamentales de las cuales ha emanado el interés por la protección de los conocimientos tradicionales en nuestro país, las domésticas y las internacionales.

Por otra parte, se plantearán los elementos que pueden intervenir en la definición de los conocimientos tradicionales. Se indicarán, de un lado, los que han sido planteados principalmente por la doctrina como sus rasgos característicos; y, de otro lado, los elementos que definen el ámbito de actuación interna que existe en Venezuela, en base al marco jurídico internacional existente y las normas establecidas a nivel comunitario. Y, por último, a partir del mismo marco jurídico y tomando en cuenta los señalamientos doctrinarios, se identificarán *grosso modo* las dos grandes formas como pueden manifestarse los conocimientos tradicionales, esto es, como conocimientos asociados a la biodiversidad y como expresiones artísticas tradicionales.

**1. Aspectos previos sobre la discusión del tema de la protección jurídica de los conocimientos tradicionales indígenas en Venezuela**

La importancia de los conocimientos tradicionales se reconoce en Venezuela desde hace ya varias décadas. En un trabajo publicado a comienzos de la década de los

cincuenta, por ejemplo, hablaba Francisco Tamayo sobre la “ciencia médica indígena”, y decía:

*“ahí está toda la secular investigación fitológica de aquellos hombres que descubrieron y utilizaron los efectos de la rotenona, de la estricnina, de la cocaína, de la quinina y de mil otras drogas más, analizadas unas ya por la ciencia moderna y las más confundidas aún, en ese mundo nebuloso del Folclore botánico del Nuevo Continente que es el hijo legítimo de la sabiduría indígena. Por eso los campesinos de Paraguaná curan los estados de sobreexcitación nerviosa con tisanas de flor de parcha, sabiendo sin saberlo, cuáles son los efectos sedantes de la pasiflorina; por eso los rústicos agricultores de El Tocuyo dejan crecer la úbeda en las tierras depauperadas para obtener al cabo de pocos años buenas cosechas de maíz, descubriendo sin descubrirlo, la acción nitrificante de las bacterias radicícolas”, hombres que también “descubrieron el sistema de cultivar en las montañas y en las arenosas llanuras desérticas y crearon estructuras sociales a base de la economía agrícola y de la posesión comunal de la tierra laborable (...)”<sup>138</sup>.*

Si bien cabría observar que estudios de este tipo producidos por círculos científicos y académicos no influyeron en la actividad legislativa del país de forma directa, pues entonces se conservaban en los sectores oficiales posiciones muy distintas, en especial en cuanto al reconocimiento de la importancia de los conocimientos tradicionales desarrollados por las comunidades indígenas, debe reconocerse, sin embargo, que contribuyeron como acicate a la vez que ayudaron a sentar una plataforma sobre la que pudieron apoyarse movimientos que contribuyeron al reconocimiento expreso de determinados derechos de las comunidades indígenas producido posteriormente.

En efecto, aunque actualmente existe en Venezuela un reconocimiento a nivel constitucional de derechos fundamentales de las comunidades indígenas, tales como la participación política (art. 125 de la CRBV) o el derecho a la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas (art. 124 CRBV), hasta fechas relativamente recientes en las instancias

<sup>138</sup> TAMAYO, Francisco, *Introducción al Estudio del Fitofolclore Venezolano*. En: Archivos Venezolanos de Folklore. Año 1, N° 1. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Filosofía y Letras. Caracas. 1952. Pág. 75. Tamayo refiere en esta obra los trabajos sobre el tema realizados en el país desde el siglo XVIII hasta la fecha. Entre ellos resaltan, por ejemplo, “El Médico Botánico Criollo”, escrito en 1860 por Renato de Grosourdy, y el “Manual de Plantas Usuales de Venezuela”, escrito entre 1926 y 1939 por Henry Pittier, donde se describe la “fitología folklórica” venezolana.

gubernamentales del país se consideraba, por ejemplo, que los indígenas, antes de cualquier otra cuestión, debían ser “civilizados”. Cabe resaltar a este respecto que el Decreto No. 40 del Estatuto Orgánico de Ministerios establecía entre las funciones del Ministerio de Justicia, “el resguardo, protección y *civilización* de indígenas”<sup>139</sup>, lo que en el pasado había sido incluso establecido constitucionalmente, pues la Constitución de Venezuela de 1909 contenía como atribuciones del Presidente la de “(...) contratar la venida de misioneros, que se establecerán precisamente en los puntos de la República donde haya indígenas que civilizar”<sup>140</sup>.

Sin dudas, esta circunstancia ha atentado durante largo tiempo contra la identidad de las comunidades indígenas, base de la diversidad cultural y premisa necesaria para la existencia de sus conocimientos tradicionales. En relación con ello cabe acotar que la pérdida de conocimientos tradicionales está directamente ligada a la crisis de las sociedades que son sus portadoras, en especial a la crisis de sus formas de vida<sup>141</sup>. Se estima que gran parte de estos conocimientos se han perdido con la desaparición de cerca del 80% de los grupos aborígenes a causa de procesos de transculturización que -ligados a una mal entendida *modernización*<sup>142</sup> que ha

<sup>139</sup> CLARAC, Jaqueline, *La Política Indigenista Venezolana a través del Tiempo. Contactos y Conflictos Interétnicos en Venezuela: El Eterno Problema. Los Problemas Recientes*. Revista CENIPEC, N° 21 Enero-Diciembre. Mérida, Venezuela, 2002. Págs. 24-25.

<sup>140</sup> COLMENARES, Ricardo, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Editorial Jurídica Venezolana. Cuadernos de la Cátedra Allan Brewer-Carías de Derecho Administrativo. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2001. Pág. 56.

<sup>141</sup> Cfr. Comunidad Andina, *Estrategia Regional de Biodiversidad. Protección, Recuperación y Difusión de Conocimientos y Prácticas Tradicionales*. Documento preliminar para revisión por países. La Paz, 2001. Pág. 10.

<sup>142</sup> Cfr. BRACK, citado por Área de Estudios Económicos del INDECOPI, *Propuesta de Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas*. Documento de Trabajo N° 10. Lima, 2000. Disponible en: [www.indecopi.gob.pe](http://www.indecopi.gob.pe) (15/03/02). Inicialmente, se consideraba a nivel internacional que el reconocimiento de los derechos indígenas debía estar basado en la búsqueda de su asimilación a la población mayoritaria, esta era, por ejemplo, la finalidad perseguida por el Convenio 107 de la OIT de 1957. Pero la evolución de las discusiones ha conducido a que se considere actualmente que las actuaciones de los Estados no deben conducir a dicha asimilación, sino que, por el contrario, ésta debe ser evitada. El Proyecto de Declaración sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas, reconoce en su artículo 7 que: “los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo e individual a no ser objeto de etnocidio y genocidio cultural, en particular a la prevención y la reparación de (...) d) toda forma de asimilación e integración a otras culturas o modos de vida que les sean impuestos por medidas legislativas, administrativas o de otro tipo”. Así mismo, el Proyecto de Declaración sobre derechos de los pueblos indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, establece que “los Estados no adoptarán, apoyarán o favorecerán política alguna de asimilación artificial o forzosa, de destrucción de una cultura, o que implique posibilidad

subvalorado los conocimientos y prácticas de las comunidades indígenas y los ha desdeñado en nombre del desarrollo<sup>143</sup> - transforman los modos de vida tradicionales de estas colectividades, los cuales han sido la base de su manera de percibir el entorno y de sus relaciones con el hábitat y así mismo han dado origen y contribuido al desarrollo de esos conocimientos tradicionales.

Ahora bien, las presiones que han conducido a buscar la forma de lograr una protección jurídica de los conocimientos tradicionales indígenas en Venezuela han provenido de dos fuentes distintas. Por una parte, cabe decir que principalmente a partir de la década de los ochenta se acelera en América Latina, y en consecuencia en Venezuela, el crecimiento y fortalecimiento de las organizaciones indígenas, las cuales incluyen desde el comienzo el tema de sus conocimientos tradicionales como parte de sus reivindicaciones. En contra las posturas predominantes de los organismos oficiales del país, los representantes indígenas comienzan a abogar porque “las formas tradicionales de silvicultura fuesen la base de un nuevo modelo para el desarrollo de las regiones” y porque “se les reconociera el crédito de haber domesticado la selva sin menoscabo de su fragilidad ecológica”, como fue planteado en la primera reunión técnica sobre los problemas de las poblaciones indígenas de la Cuenca Amazónica, celebrada en Ecuador en 1981<sup>144</sup>.

No obstante, entonces la única norma constitucional que aludía a las poblaciones indígenas venezolanas, contenida en la Constitución de 1961, era una norma que contemplaba fundamentalmente una remisión al “...régimen de excepción

---

alguna de exterminio de un pueblo indígena”. En este sentido, como señala Vázquez, el debate en torno a lo que hoy se conoce como *multiculturalismo* oscila entre dos extremos (éticamente injustificables según este autor): o la integración indiscriminada o la tolerancia incondicional de los grupos minoritarios. En el caso de México (específicamente el caso de levantamiento zapatista de Chiapas), se han identificado estos dos extremos con la integración forzada de estas comunidades o el reconocimiento de su soberanía política; pero se ha dicho que ambas posiciones conducen a la destrucción de estas comunidades, la primera por desintegrarlas y la segunda por dejarlas aisladas y sin defensa. En consecuencia, se ha planteado que lo que debe buscarse es una solución intermedia, lo que supone el reconocimiento de estas comunidades y el consenso entre las partes. Cfr. VÁZQUEZ, Rodolfo, *Liberalismo, Estado de Derecho y Minorías*. Paidós. Universidad Autónoma de México. México, D. F., 2001. Pág. 107.

<sup>143</sup> Cfr. Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales – Oficina Nacional de Diversidad Biológica, *Estrategia Nacional sobre Diversidad Biológica y su Plan de Acción*. Caracas, 2001. Pág. 22.

<sup>144</sup> CLARAC, Jaqueline, *La Política Indigenista Venezolana...* Pág. 18.

que requiera la protección de las comunidades de indígenas y su incorporación progresiva a la vida de la Nación”<sup>145</sup>, lo que debía ser desarrollado por una legislación especial que nunca fue promulgada.

En cuanto al tema que aquí nos ocupa, vale la pena resaltar que dicha norma era interpretada por algunos en el sentido que la “incorporación progresiva” a que aludía debía contemplar, por ejemplo, la incorporación de la tecnología tradicional no biodegradable de estas comunidades a los modos de producción o el permitir la utilización de su medicina tradicional<sup>146</sup>.

Por otra parte, desde el exterior se produce una influencia fundamental sobre la protección jurídica de los conocimientos tradicionales indígenas en Venezuela. La incursión de las comunidades y pueblos indígenas en los foros internacionales iniciada a comienzos del siglo pasado en el seno de la Sociedad de Naciones, y luego incrementada, especialmente a partir de la década de los sesenta<sup>147</sup>, contribuyó al reconocimiento de los derechos de estos pueblos a nivel internacional. En cuanto toca a sus conocimientos tradicionales y a la atención cada vez mayor que se les concede en foros y debates internacionales (sobre materias diversas, como agricultura, alimentación, medio ambiente, salud, derechos humanos y política cultural<sup>148</sup>), se considera que los trabajos directamente relacionados con su reconocimiento y protección jurídica comienzan a nivel internacional en los años setenta en el seno de la OMPI y la UNESCO, centrándose en sus inicios específicamente en el tema de la protección de las expresiones artísticas tradicionales, pues estas organizaciones adoptan en 1982 un conjunto de normas que debían servir de modelo para que los Estados protegieran las “expresiones del folclore”<sup>149</sup>.

<sup>145</sup> Véase artículo 77 de la Constitución de Venezuela de 1961.

<sup>146</sup> Véase la propuesta de Ley Orgánica de Etnias Indígenas, realizada por el Grupo del Vicariato de Puerto Ayacucho (1988), citado por: COLMENARES, Ricardo, *Los Derechos de los Pueblos...* Pág. 58.

<sup>147</sup> Cfr. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad, *Los Pueblos Indígenas...* Pág. 36.

<sup>148</sup> Cfr. OMPI, Documento WIPO/IPTK/RT/99/2, Pág. 2

<sup>149</sup> Se trata de las Disposiciones Tipo OMPI/UNESCO para la Protección de las Expresiones del Folclore contra la Explotación Ilicita y otras Acciones Lesivas. Cfr. OMPI, Documento WIPO/IPTK/RT/99/2, Pág. 2.

Paulatinamente se ha desarrollado un marco multilateral que toca de manera directa a los conocimientos tradicionales de las comunidades o pueblos indígenas, que ha debido ser considerado por los diversos países para la adopción de políticas y legislaciones internas en relación con este tema<sup>150</sup>.

Los foros internacionales implicados están constituidos básicamente por las instancias creadas en el marco de distintos convenios internacionales para analizar y debatir sobre los diversos temas que ellos regulan y para dar operatividad a la normativa que contemplan. Tales instancias han sido creadas bajo la forma de grupos de trabajo, comités y conferencias de las partes. En la actualidad, los foros internacionales fundamentales han sido la Conferencia de las Partes del Convenio sobre Diversidad Biológica (1992), particularmente el grupo de trabajo de composición abierta sobre el artículo 8, j), constituido en la IV Conferencia de las Partes del CDB<sup>151</sup> (1998); el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la OMPI<sup>152</sup> (2000); el Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (2001), particularmente en cuanto a conocimientos tradicionales asociados a los recursos fitogenéticos; así como la Organización Mundial del Comercio, en especial cuanto concierne al artículo 27.3, b) del Acuerdo de los Derechos sobre Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio o ADPIC (Anexo 1C del Acuerdo por el que se constituye la Organización Mundial del Comercio (OMC)), en el marco del cual la Declaración de Doha (2001) incluyó expresamente el examen de los conocimientos tradicionales y el “folclore”<sup>153</sup>.

Sólo dos de los instrumentos jurídicos mencionados constituyen en la actualidad propiamente un marco jurídico internacional para la protección de los conocimientos tradicionales. Estos son el Convenio sobre Diversidad Biológica y el Tratado

<sup>150</sup> Cfr. ALBITES, Jorge, *La Protección de los Conocimientos Tradicionales en los Foros Internacionales. Informe sobre la Situación Actual*. Estudio preparado para el Ministerio de Ciencia y Tecnología de Venezuela. Caracas, 2002. Disponible en: [www.unctad.org](http://www.unctad.org) (07/06/2001).

<sup>151</sup> Véase párrafo 1, Decisión IV/9 de la IV Conferencia de las Partes del CDB, mayo de 1998.

<sup>152</sup> XXVI Período de Sesiones de la Asamblea General de la OMPI, octubre de 2000. Documento WO/GA/26/6.

<sup>153</sup> Véase párrafo 19, Declaración Ministerial de Doha de la OMC, noviembre de 2001.

Internacional sobre Recursos Fitogenéticos de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. En ellos se hace referencia explícita a la protección de los conocimientos tradicionales. A estos instrumentos podrían agregarse otros convenios internacionales referidos a la protección de los derechos de los pueblos indígenas en general, especialmente el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como instrumento que sienta una base normativa dentro de la cual se deben entender enmarcados los demás instrumentos referidos a derechos indígenas.

La OMPI y la OMC, por su parte, se han constituido en escenarios en los que se han discutido a nivel intergubernamental la protección de los conocimientos tradicionales, fundamentalmente desde la perspectiva de la propiedad intelectual. Sin embargo, en el seno de la OMPI no se ha formulado un tratado que contenga norma expresa alguna sobre los conocimientos tradicionales, la que tampoco existe en el Acuerdo de los ADPIC.

Este marco multilateral jurídico y político esbozado ha influido en el plano interno de nuestro país en la formulación de políticas así como en el ámbito jurídico, lo que se refleja de modo especial en la adopción de algunas disposiciones particulares de la Constitución de 1999 por medio de las cuales nuestro ordenamiento jurídico interno se ha ido ajustando a las actuales tendencias internacionales. En este sentido, se ha reconocido la importancia de proteger los conocimientos de las comunidades indígenas, al mismo tiempo que se ha reconocido la importancia de la permanencia de estas comunidades y de sus formas de vida (organización social, expresiones culturales, etcétera).

Pero, a pesar de la existencia del marco internacional al que hemos hecho referencia, actualmente se carece a nivel internacional de una visión compartida entre los distintos Estados sobre cuáles son los objetivos que se pretende conseguir con la protección de los conocimientos tradicionales y sobre cuáles deben ser los mecanismos jurídicos a utilizar en el marco de dicha protección, ausencia que existe también en la mayoría de los casos a nivel interno donde aún no ha surgido un claro modelo



normativo y no se ha podido desarrollar una visión coherente que pueda proyectarse en los foros internacionales<sup>154</sup>.

En este sentido, es importante tomar en cuenta que la existencia de legislaciones nacionales apropiadas para la protección de los conocimientos tradicionales no será del todo suficiente mientras no se desarrolle un marco internacional claro y de ser posible con efectos vinculantes que apoye la protección de esos conocimientos<sup>155</sup>, no sólo porque son convenientes la convergencia de las legislaciones nacionales y la posibilidad de predecir su funcionamiento, sino también debido a pretensiones más amplias que parten del hecho de que para una defensa efectiva de los derechos de las poblaciones indígenas lo ideal es que en la medida de lo posible se establezcan normas internacionales autoejecutables, es decir, que puedan ser aplicadas de forma directa a nivel interno por los jueces nacionales<sup>156</sup>. Para que ello fuera posible sería necesario que estas normas internacionales vayan más allá de una determinación meramente mediata de la conducta de los individuos. Se requeriría que contengan claramente al menos los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas que derivarían en aplicación de dichas normas<sup>157</sup>. Aunque es deseable que los esfuerzos que se están llevando a cabo se orientaran en ese sentido, hay que reconocer las dificultades actuales para el logro de este ideal, vista la ausencia de siquiera una visión compartida por los distintos Estados sobre los objetivos que se persiguen. Sobre este tema los debates están aún abiertos, y en ellos se ha propuesto que avanzar a nivel interno contribuiría a la construcción de un régimen jurídico internacional.

En todo caso, las carencias de una visión compartida sobre los objetivos que se pretende conseguir con la protección de los conocimientos tradicionales y sobre los mecanismos jurídicos para dicha protección se refleja en el hecho de que en cada foro los conceptos relacionados con los conocimientos tradicionales tienden a conformarse

---

<sup>154</sup> Cfr. ALBITES, Jorge, *La Protección de los Conocimientos...* Pág. 2.

<sup>155</sup> Cfr. Comunidad Andina, *Estrategia Regional de Biodiversidad. Protección, Recuperación...* Pág. 52.

<sup>156</sup> Cfr. COLMENARES, Ricardo, *Los Derechos de los Pueblos...* Pág. 59

<sup>157</sup> De ahí que, por ejemplo, en el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas se prevea que "los derechos reconocidos en ella serán adoptados e incorporados en la legislación nacional de manera que los pueblos indígenas puedan valerse en la práctica de esos derechos" (art. 37).

al marco político de dicho foro, lo que ha conducido a un conjunto de enfoques descentralizado y desintegrado<sup>158</sup>.

En este orden de ideas, debería tenerse en cuenta que a pesar de que el tema de los conocimientos tradicionales indígenas se encuentra materialmente asociado a otros temas vinculados con los derechos de las comunidades o pueblos indígenas, estas vinculaciones no se han establecido de forma clara a nivel internacional y el tema de la protección jurídica de los conocimientos tradicionales indígenas ha tendido a ser tratado de forma aislada. Por ejemplo, a nivel internacional en cada foro el tema es sometido a distintas consideraciones políticas, distintos entornos culturales y éticos y distintos instrumentos analíticos y conceptos jurídicos.

Esta tendencia se mantiene a nivel interno en nuestro país, donde parece desconocerse que aspectos como la delimitación de los territorios ancestralmente ocupados por las comunidades o pueblos indígenas, la protección de su identidad cultural e incluso el reconocimiento de su libre determinación, son temas que se vinculan con el reconocimiento de los derechos sobre los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas. En este sentido, algunos autores han considerado que los instrumentos jurídicos que se establezcan para la protección de los conocimientos tradicionales podrían resultar insuficientes para impedir su pérdida si no se contempla la posibilidad de que estas comunidades y pueblos preserven sus tierras, sus culturas y sus modos de vida tradicionales<sup>159</sup>.

A este respecto conviene tener presente que el acceso a la tierra y la preservación de los modos de vida de estas comunidades son condiciones imprescindibles para la preservación y el desarrollo de los conocimientos tradicionales<sup>160</sup>. Es así como, por ejemplo, en muchas comunidades indígenas se han dejado de realizar algunas de las prácticas tradicionales como resultado de factores tales como la pérdida de terrenos, la desaparición de especies para subsistencia en los

---

<sup>158</sup> Cfr. OMPI, Documento WIPO/GRTKF/IC/3/9.

<sup>159</sup> Cfr. CORREA, Carlos, *Los Conocimientos Tradicionales y la Propiedad...* Pág. 10.

<sup>160</sup> *Idem.* Pág. 2.

ecosistemas locales y programas nacionales de modernización y de reasentamientos<sup>161</sup>. Como consecuencia, los representantes de las comunidades indígenas han expresado su preocupación por el hecho de que sean separados sus conocimientos del resto de aspectos que forman parte integral de sus culturas<sup>162</sup>.

En este sentido, el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas ha sido considerado como una condición necesaria para el disfrute de todos sus demás derechos<sup>163</sup>, dentro de los cuales deben considerarse incluidos los derechos relativos a sus conocimientos tradicionales. Las pretensiones político-sociales de estos grupos humanos van más allá de su consideración como comunidades o grupos étnicos que forman parte de un país multiétnico o pluricultural, y reclaman ser reconocidos como *pueblos*, en el sentido de poseer libre determinación, es decir, capacidad para establecer sus propias normas de autogobierno. La libre determinación reclamada por los pueblos indígenas es parte fundamental del debate en el seno del sistema internacional, pero una preocupación fundamental de los gobiernos es que el reconocimiento de la libre determinación de los pueblos indígenas ponga en peligro su soberanía.

De ahí que se considere que el derecho a la libre determinación puede ser entendido como la capacidad de decidir sobre los aspectos políticos, económicos, sociales y culturales que les atañen, pero limitada por el respeto a la integridad territorial del Estado donde se encuentran insertos estos grupos humanos, es decir, entendiéndolo en su sentido interno. Actualmente se entiende que el derecho a la libre determinación tiene dos vertientes: una externa que consiste básicamente en el derecho a elegir libremente su condición jurídica internacional, que incluso implica la secesión; y una vertiente interna, que se refiere sólo a asuntos internos y locales y entraña la autonomía ejercida dentro del Estado cuya integridad territorial debe ser respetada. En cualquier caso, la concreción de este derecho debería corresponder al Estado respectivo

---

<sup>161</sup> Véase Decisión VI/10, anexo I, de la VI Conferencia de las Partes del CDB, abril de 2002.

<sup>162</sup> Cfr. COICA, citado por: Comunidad Andina, *Estrategia Regional de Biodiversidad. Protección, Recuperación...* Pág. 48.

<sup>163</sup> Cfr. TORRECUADRADA GACÍA-LOZANO, Soledad, *Los Pueblos Indígenas...* Pág. 169.

pero siempre a partir de un previo consenso con las comunidades o pueblos concernidos<sup>164</sup>.

Lo que es claro hasta ahora es que la importancia del tema ha hecho que se considere la libre determinación como punto de partida del catálogo de reivindicaciones y demandas de estos grupos humanos<sup>165</sup>. El tema de la libre determinación ha sido el más polémico en esta materia, y una expresión de ello se encuentra en el hecho de que durante el proceso constituyente que desembocó en la actual Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no fuera posible llegar a un acuerdo entre los representantes del gobierno y los pueblos indígenas sobre la inclusión de este derecho<sup>166</sup>.

Por otra parte, los grupos indígenas han recomendado en los foros internacionales que se incorpore el apoyo para la salvaguarda de la seguridad jurídica de los territorios indígenas y para las formas tradicionales de organización<sup>167</sup>. En este contexto, resulta fundamental no descuidar la discusión sobre el reconocimiento de los derechos territoriales de las comunidades indígenas<sup>168</sup>, más si se toma en cuenta que la relación de estas comunidades con sus tierras es la base material y espiritual a partir de la cual sobreviven las culturas indígenas alrededor del planeta<sup>169</sup>.

Aunado a lo anterior, no existen posiciones claras sobre conceptos básicos. Desde este punto de vista, son esenciales los problemas que suscita la propia definición

<sup>164</sup> Ibidem.

<sup>165</sup> Cfr. AGUILAR CASTRO, Vladimir. *Guardianes Ancestrales en Venezuela...* Págs. 7-10.

<sup>166</sup> COLMENARES, Ricardo. *El derecho a la Autonomía de los Pueblos Indígenas en Venezuela*. Revista CENIPEC. N° 21 Enero-Diciembre. Mérida, Venezuela, 2002. Pág. 195.

<sup>167</sup> Véase informe presentado por un representante indígena en las reuniones del Grupo de Trabajo sobre el artículo 8, j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Cfr. DE LA CRUZ, citado por: Comunidad Andina, *Estrategia Regional de Biodiversidad. Protección, Recuperación...* Pág. 50.

<sup>168</sup> Al respecto Daes ha resaltado que "los pueblos indígenas consideran que todos los productos de la mente y el corazón humanos están interrelacionados porque proceden de la misma fuente: el vínculo entre el pueblo y su tierra, y su afinidad con otras criaturas vivas con las que comparte la tierra y con el mundo de los espíritus. Como la misma tierra es en última instancia la fuente de conocimientos y creatividad, el arte y la ciencia de un determinado pueblo son manifestaciones de las mismas relaciones fundamentales y pueden considerarse manifestaciones de todo el pueblo". DAES, Erica-Irene, *Protección del Patrimonio* Párrafo 21.

<sup>169</sup> Cfr. RUIZ, Manuel, citado por: Comunidad Andina, *Estrategia Regional de Biodiversidad. Protección, Recuperación...* Pág. 48.

de conocimientos tradicionales. En este contexto, cabe recordar que “llegar, mediante análisis, a un entendimiento común de los conceptos básicos” ha sido precisamente el mandato fundamental encomendado al grupo de trabajo sobre el artículo 8, j) del Convenio sobre Diversidad Biológica<sup>170</sup>, artículo que contiene la disposición fundamental de dicho Convenio en materia de conocimientos tradicionales. En el seno de la OMPI también se han realizado esfuerzos en el sentido de esclarecer los aspectos fundamentales de una definición de conocimientos tradicionales, tema del que se ha ocupado desde sus primeras reuniones el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore<sup>171</sup>.

## **2. Elementos a considerar en la conceptualización de los conocimientos tradicionales indígenas**

La existencia de una definición de conocimientos tradicionales tiene una importancia destacada, si se toma en cuenta que la definición que se adopte al momento de otorgar protección jurídica a estos conocimientos incidirá en el tipo de régimen de protección y en el ámbito que tenga el mismo. Sin embargo, la doctrina mayoritaria parece coincidir en la opinión de que su ausencia no debe considerarse como un obstáculo que impida su protección<sup>172</sup>. A nivel internacional, por ejemplo, la armonización, el establecimiento de normas y la cooperación internacional en el ámbito de la propiedad intelectual, no han dependido por lo general de la elaboración de definiciones definitivas y exhaustivas de la materia objeto de protección, sino que se ha dejado en manos de las autoridades nacionales la determinación específica de los límites de la materia objeto de protección<sup>173</sup>.

En algunos casos no existe una definición del objeto protegido aún en el plano nacional, como ocurre con la definición de invención en materia de patentes, pero esta

<sup>170</sup> Cfr. Secretaría del CDB, citado por: Comunidad Andina, *Estrategia Regional de Biodiversidad. Protección, Recuperación...* Pág. 49.

<sup>171</sup> Cfr. OMPI, Documento WIPO/GRTKF/IC/3/9.

<sup>172</sup> Cfr. CORREA, Carlos, *Los Conocimientos Tradicionales y la Propiedad...* Pág. 4.

<sup>173</sup> Cfr. OMPI, Documento WIPO/GRTKF/IC/3/9.

circunstancia queda justificada, al decir de Baylos, por el hecho de que el verdadero cometido del legislador es establecer las condiciones que la invención en sentido vulgar habrá de cumplir para acceder a la protección jurídica que se confiere mediante las normas del derecho de patentes<sup>174</sup>. El establecimiento de estas condiciones legales podría considerarse como el mínimo que debería establecer la legislación para delimitar el objeto que se está protegiendo, lo cual podría ser aplicable respecto de la protección jurídica de los conocimientos tradicionales indígenas.

A este respecto, la Secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la OMPI ha resaltado que la definición de la materia pertinente y la definición del ámbito exacto de la materia protegible pueden ser dos pasos conceptuales independientes. De manera que sería posible definir la materia pertinente en su acepción más amplia y a continuación especificar qué porción o subconjunto de dicha materia puede protegerse jurídicamente, mediante la aplicación de criterios específicos de elegibilidad, formulando exclusiones explícitas al alcance de la materia protegible, o refiriéndose a categorías específicas de dicha materia<sup>175</sup>.

En todo caso, es necesario concluir que en el ámbito nacional se requeriría mayor precisión en cuanto al uso de una definición, pues en este ámbito se han de crear derechos y obligaciones directamente ejercibles o reclamables por los individuos o grupos titulares de los derechos reconocidos.

A la tarea de definir el objeto protegido -en este contexto, la definición de los conocimientos tradicionales indígenas- contribuiría que primeramente se definan cuáles son los objetivos políticos que se pretende lograr mediante la protección deseada<sup>176</sup>. El establecimiento de estos objetivos es especialmente importante en el plano nacional debido a que de esa manera pueden diseñarse políticas concretas y normas jurídicas internas claras y más eficaces, a la vez que ello permite tener una visión interna más coherente que pueda ser proyectada en los foros internacionales.

<sup>174</sup> Cfr. BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho...* Pág. 695.

<sup>175</sup> Cfr. OMPI, Documento WIPO/GRTKF/IC/3/9.

<sup>176</sup> *Idem*.

En el caso de nuestro país, podría decirse que los instrumentos jurídicos destinados a la protección de los conocimientos tradicionales deberían servir para alcanzar, entre otros objetivos, los siguientes:

1. Lograr una mayor participación de las comunidades y pueblos indígenas en las decisiones que les afectan, lo cual contribuiría a desarrollar respecto de estas comunidades o pueblos el derecho de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de sus representantes (art. 62 CRBV). Este derecho que la Constitución reconoce se encuentra en consonancia con el artículo 8,j) del *Convenio sobre Diversidad Biológica* que señala que es necesario que al respetar, preservar y mantener los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañan estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica y que en la promoción de su aplicación más amplia exista la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas. Al mismo tiempo, ello se corresponde con el apoyo unánime que hacia una mayor participación directa posible de los representantes de comunidades indígenas y locales ha manifestado el *Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore* de la OMPI<sup>177</sup>.

2. Afianzar la soberanía del país sobre sus recursos naturales y sobre los conocimientos que particulares grupos integrantes de su población, las comunidades indígenas, han desarrollado en torno a dichos recursos y a su utilización. Esto se enmarca dentro del derecho soberano de explotar los propios recursos en aplicación de la política ambiental propia, que ha sido establecido en favor de los Estados partes del *Convenio sobre Diversidad Biológica* (arts. 3 y 15,1).

Respecto al primer punto señalado podría decirse que los Estados miembros de la *Comunidad Andina* reconocen la participación de las comunidades, específicamente en materia de propiedad industrial, ya que mediante la Decisión 486 de la Comisión de la *Comunidad Andina* reconocen “el derecho y la facultad para decidir de las

<sup>177</sup> Cfr. OMPI, Documento WIPO/GRTKF/IC/4/15.

comunidades indígenas, afroamericanas o locales, sobre sus conocimientos colectivos (art. 3)<sup>178</sup>. Por su parte, la Constitución venezolana establece expresamente el derecho de las comunidades indígenas a la participación política (art. 125), lo que podría extenderse a todas las decisiones públicas que les incumban. Sin embargo, el Convenio sobre Diversidad Biológica no contiene una norma al respecto que sea vinculante, ésta es más bien bastante laxa<sup>179</sup>. En relación con el segundo punto, cabe observar que lamentablemente el Convenio sobre Diversidad Biológica no establece que los Estados contratantes estén en la obligación de regular a nivel interno su derecho soberano sobre los recursos naturales y los conocimientos que relación con ellos han desarrollado comunidades ancestralmente asentadas en sus territorios.

3. Por otra parte, el sistema a implantar debería dirigirse hacia la búsqueda de la equidad en relaciones que actualmente tienen un carácter esencialmente injusto y desigual, derivado del hecho de que los conocimientos tradicionales indígenas generan un valor que dentro del sistema de apropiación y retribución de bienes -particularmente en cuanto a bienes intelectuales que pueden estar basados en estos conocimientos- no es reconocido adecuadamente ni es recompensado<sup>180</sup>. Es frecuente, por ejemplo, que el aprovechamiento de los conocimientos tradicionales indígenas por parte de determinadas empresas especializadas, principalmente aquellas dedicadas a investigaciones en el campo de la biotecnología, esté acompañado de escasa o de ninguna retribución, y en gran número de casos no existe siquiera autorización de las comunidades creadoras o poseedoras de estos conocimientos para su utilización por parte de terceros<sup>181</sup>.

<sup>178</sup> Debe recordarse que las normas establecidas en las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina poseen efecto directo al interior de los países miembros, y, en consecuencia, pasan a formar parte de los ordenamientos jurídicos internos.

<sup>179</sup> En relación con este aspecto, señalan las Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Distribución Justa y Equitativa de los Beneficios Provenientes de su Utilización que el organismo que actúe como autoridad nacional competente podría ser responsable de asesorar acerca de los "mecanismos para la participación eficaz de las comunidades indígenas y locales, promoviendo asimismo el objetivo de que las decisiones y procesos figuren en un idioma comprensible para las comunidades indígenas y locales". Pero estas Directrices no tienen efecto vinculante.

<sup>180</sup> Cfr. CORREA, Carlos, *Los Conocimientos Tradicionales y la Propiedad...* Pág. 5.

<sup>181</sup> Cfr. AGUILAR, Grethel, *Derechos de Propiedad Intelectual, Acceso a Recursos Genéticos y Conocimiento Tradicional*. (Mimeo). Pág. 15. La doctrina suele citar como ejemplo relativo a este último problema, el fallo que un tribunal australiano produjo en 1976 (Foster vs. Mountford) -que aunque



Con las situaciones señaladas anteriormente se vinculan dos importantes principios consagrados por el Convenio sobre Diversidad Biológica. En primer lugar, el *consentimiento informado previo*, establecido en el artículo 15, numeral 5, del CDB, conforme al cual “el acceso a los recursos genéticos estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la parte contratante que proporciona los recursos, a menos que esa parte decida otra cosa”. Este principio se ha incorporado también a la redacción del artículo 8, literal j, por el cual la aplicación más amplia de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañan estilos de vida tradicionales de importancia para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica deberían tener lugar “con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas”<sup>182</sup>. Y en segundo lugar, el principio de *participación justa y equitativa en los beneficios derivados de los recursos genéticos*, que debería darse a través del acceso adecuado a los recursos, la transferencia de tecnología pertinente y una financiación adecuada (art.1).

Para facilitar la aplicación del Convenio sobre Diversidad Biológica en relación con estos principios, fueron adoptadas las Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización<sup>183</sup>, que aunque se trata de un documento sin efectos jurídicamente vinculantes adoptado por la Conferencia de las Partes del Convenio, indica cuáles deben ser los pasos en el proceso de acceso y participación en los beneficios, haciendo hincapié en la obligación de los usuarios de buscar el consentimiento previo de los

---

interesante, es muy poco frecuente, más bien un caso aislado— por medio del cual se prohibió la comercialización de un libro escrito por un antropólogo que exponía conocimientos sagrados que habían sido transmitidos de manera confidencial. Cfr. DAES, Erica-Irene, *Protección del Patrimonio...* Párrafo 86; y DUTFIELD, Graham y POSEY, Darrel, *Beyond Intellectual Property*. International Development Research Centre. Canadá, 1996. Pág. 44. En relación con ello también puede mencionarse el caso *Milpurruru vs. Indofurn Pty. Ltd.* y otros, decidido por el Tribunal Federal de Australia. Respecto de casos como este y el de *Foster vs. Mountford* se ha dicho que los principios establecidos en los dictámenes que los han decidido pudieran ser utilizados para la protección de algunos aspectos de los conocimientos tradicionales. Cfr. UNEP, Documento UNEP/CBD/WG8J/2/7, Pág. 17.

<sup>182</sup> Cfr. UNEP, Documento UNEP/CBD/WG8J/1/2, Pág. 8.

<sup>183</sup> El primer borrador de estas Directrices se realizó en una reunión intergubernamental en octubre de 2001 y fueron adoptadas finalmente, por la VI Conferencia de las Partes del CDB, celebrada en La Haya en abril de 2002.

proveedores<sup>184</sup>. Su ámbito de aplicación incluye no sólo los recursos genéticos, sino también los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los que se aplica el Convenio sobre la Diversidad Biológica, de modo que uno de sus objetivos es contribuir a que los Estados partes desarrollen mecanismos y regímenes de acceso y participación en los beneficios en los que se reconozcan y protejan los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales<sup>185</sup>.

4. Existen finalmente otros objetivos de carácter ético que deberían tenerse en cuenta para la elaboración y aplicación de los instrumentos legislativos destinados a regular los derechos sobre los conocimientos tradicionales indígenas y que pueden orientar la definición de estos conocimientos como objeto al cual se destinan específicas normas jurídicas. Estos objetivos se basan en la necesidad de protección de las comunidades y pueblos indígenas como grupos sociales que se encuentran más expuestos a la violación de sus derechos humanos debido a sus particulares condiciones socio-económicas y a la intervención en su hábitat de intereses distintos y a veces contrarios a sus legítimos derechos como poblaciones autóctonas<sup>186</sup>.

## 2.1. Rasgos característicos de los conocimientos tradicionales indígenas

No obstante las dificultades existentes para definir los conocimientos tradicionales indígenas, pueden identificarse algunos aspectos generales en relación con los cuales existe mayor acuerdo entre los autores. Estos aspectos deberían ser tomados en cuenta a la hora de definir legalmente los conocimientos tradicionales y sobre ellos podrían centrarse la atención a fin de establecer las posibles condiciones legales para su protección. Se trata de aspectos que han sido identificados como características fundamentales de los conocimientos tradicionales en un sentido general, aunque en

<sup>184</sup> Secretaría del CDB, Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización. Disponible en: <http://www.biodiv.org/doc/publications/cbd-bonn-gdls-es.pdf> (03/12/2003).

<sup>185</sup> Véase párrafos 9 y 11, j) de las Directrices de Bonn.

<sup>186</sup> Cfr. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela en pleno, de fecha 05/12/1996, citada por AYALA CORAO, Carlos. Prólogo de: COLMENARES, Ricardo, *Los Derechos de los Pueblos...* Pág. 20.

ellos resaltan elementos que se relacionan especialmente de las comunidades o pueblos indígenas.

1. Un primer aspecto que destaca es que los conocimientos tradicionales se transmiten de generación en generación. Esta transmisión intergeneracional se realiza principalmente de forma oral<sup>187</sup>, de donde deriva que en gran medida no se encuentren documentados<sup>188</sup>. Los conocimientos tradicionales se consideran un legado de las generaciones pasadas a las presentes y futuras, por lo que vienen siendo desarrollados por los pueblos indígenas desde tiempos inmemoriales. No obstante, es de resaltar que lo que confiere carácter tradicional a estos conocimientos no es su antigüedad, sino su modo de adquisición y empleo<sup>189</sup>, que se basan en las tradiciones de estas comunidades y pueblos.

2. Lo anterior conduce a un segundo aspecto del concepto de conocimientos tradicionales, su dinamismo. Los conocimientos tradicionales son dinámicos, es decir que se encuentran continuamente evolucionando y en este proceso pueden generar nuevas informaciones<sup>190</sup>. Se dice que no son estáticos sino que tienen un carácter dinámico porque se transforman a lo largo del tiempo para dar respuesta a nuevas necesidades de la comunidad<sup>191</sup> o, en otras palabras, se distinguen, por un lado, por su antigüedad, y por otro lado, por su actualidad<sup>192</sup>. Este aspecto involucra, por una parte, una interacción entre los sujetos que integran la comunidad en la que el conocimiento tradicional surge y su entorno comunitario, e implica, por otra parte, que el conocimiento tradicional se encuentra en una especie de dependencia de las tradiciones o forma de vida de la comunidad o pueblo particular que lo desarrolla<sup>193</sup>.

<sup>187</sup> Cfr. COICA OMAERE OPIP, *Biodiversidad, Derechos Colectivos...* Pág. 14.

<sup>188</sup> CORREA, Carlos, *Los Conocimientos Tradicionales y la Propiedad...* Pág. 4.

<sup>189</sup> Cfr. Área de Estudios Económicos del INDECOPI, *Propuesta de Régimen de Protección...* Pág. s/n.

<sup>190</sup> Cfr. CORREA, Carlos, *Los Conocimientos Tradicionales y la Propiedad...* Pág. 4.

<sup>191</sup> Cfr. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), *Sistemas y Experiencias Nacionales de los Conocimientos, Innovaciones y Prácticas Tradicionales*. Documento TD/B/COM.1/EM.13/2. Disponible en: <http://www.unctad.org> (08/08/02).

<sup>192</sup> Cfr. DE LA CRUZ, Rodrigo, *Protección a los Conocimientos Tradicionales*. (Mimeo). Pág. s/n.

<sup>193</sup> Cfr. OMPI, Documento WIPO/GRTFK/IC/3/8, Pág. 6.

3. Aunque hay que reconocer que los conocimientos tradicionales pueden desarrollarse individualmente, debe tenerse en cuenta que subyace en ellos un sentido de pertenencia colectiva. Los conocimientos tradicionales suponen una explicación del objeto aprehendido a partir de un sentido colectivo e implican generalmente su utilización y aprehensión por parte de la comunidad, al punto de que los conocimientos tradicionales constituyen una forma de identificación cultural para los miembros de la comunidad o pueblo. Los conocimientos tradicionales poseen una dimensión cultural y se inscriben en un contexto social determinado, lo que los diferencia de otras formas de información científica o tecnológica<sup>194</sup>. De otro lado, aunque en algunos casos ciertos conocimientos pueden tenerlo en exclusiva algunos individuos (por ejemplo, shamanes o determinadas familias), estos sujetos no necesariamente pueden disponer de esos conocimientos sin el permiso de la comunidad entera<sup>195</sup>.

4. Por último, es de resaltar que, contrariamente a lo que ocurre si se aprecian los conocimientos tradicionales indígenas únicamente desde el punto de vista de la cultura occidental predominante en la que se perciben como un fenómeno no sistemático, los conocimientos tradicionales pueden desarrollarse de forma sistemática y formar parte de verdaderos sistemas de conocimientos o ser incorporados a creencias y conceptos sistemáticos preexistentes en la comunidad o pueblos respectivo<sup>196</sup>.

Los que hemos descrito han sido los aspectos principales en relación con los cuales las formas tradicionales de la propiedad intelectual se han calificado como inadecuadas, y son los que, en tal virtud, plantean la conveniencia de que la protección

<sup>194</sup> Cfr. OMPI, Documento WIPO/GTRFK/IC/3/9, Pág. 3.

<sup>195</sup> Cfr. DUTFIELD, Graham y POSEY, Darrel, *Beyond Intellectual Property...* Pág. 60. Coincidiendo con las notas características de los conocimientos tradicionales que se han señalado, el Grupo de Trabajo Especial de Composición Abierta del Período entre Sesiones sobre el Artículo 8j) y disposiciones conexas del Convenio sobre Diversidad Biológica ha destacado que los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales a los que hace mención el artículo 8, j) del Convenio son en general de carácter comunitario y son transmitidos de una generación a la siguiente como parte de la tradición oral de la comunidad. Cfr. UNEP, Documento UNEP/CBD/WG&J/1/2, Pág. 4.

<sup>196</sup> Cfr. OMPI, Documento WIPO/GTRFK/IC/3/8, Pág. 8.

jurídica de los conocimientos tradicionales indígenas sea resuelta mediante el diseño de formas jurídicas distintas o especiales<sup>197</sup>.

A partir de los elementos enunciados, puede afirmarse que los conocimientos tradicionales indígenas implican esencialmente una *relación dinámica entre distintos elementos: un sujeto, que es principalmente colectivo, un objeto y un entorno dentro del que los dos anteriores elementos interactúan y el cual participa igualmente de dicha relación*. Así, los conocimientos tradicionales pueden considerarse más que el resultado acabado de un proceso, pues están inmersos en una relación dinámica que usualmente hace que se confiera a los conocimientos tradicionales un carácter holístico. Esta relación evoluciona continuamente. Este concepto de conocimientos tradicionales abarca conocimientos que en su mayoría han sido adquiridos y desarrollados en el pasado, pero que pueden continuar evolucionando. Ello se produce justamente porque su transmisión intergeneracional y la forma vivencial en que dicha transmisión se realiza configuran una vinculación esencial entre estos conocimientos y la comunidad a la que pertenecen los sujetos que participan de esa transmisión en el contexto de su particular modo de vida.

Conviene resaltar finalmente un punto importante referido a la terminología utilizada para identificar a los conocimientos tradicionales. Por este aspecto se ha manifestado una amplia preocupación en algunos foros internacionales, debido a que los términos no son neutros y el inclinarse por uno u otro no es arbitrario ni intrascendente, ya que puede percibirse que la elección de un término transmite ciertos mensajes o juicios de valores<sup>198</sup>.

Aunque se ha utilizado una gran variedad de términos para referirse a los conocimientos tradicionales<sup>199</sup>, las expresiones “conocimientos, prácticas e

<sup>197</sup> Cfr. MONAGLE, citado por: Comunidad Andina, *Estrategia Regional de Biodiversidad. Protección, Recuperación...* Pág. 48.

<sup>197</sup> Secretaría del CDB, citado por: Comunidad Andina, *Estrategia Regional de Biodiversidad. Protección, Recuperación...* Pág. 51.

<sup>198</sup> Cfr. OMPI, Documento WIPO/GRTKF/IC/3/9, Pág. 9.

<sup>199</sup> El Documento WIPO/GRTKF/IC/3/9 contiene en su anexo I un listado bastante completo de tales términos.

innovaciones” son las utilizadas por el Convenio sobre Diversidad Biológica (art. 8,j y disposiciones conexas) y por la normativa andina, particularmente la Decisión 391 de la Comisión de la Comunidad Andina.

A este respecto, conviene resaltar que en un sentido general, las prácticas e innovaciones están contenidas en el concepto de conocimiento tradicional, como especies de un género. Sin embargo, se distinguen, y se afirma que las innovaciones son conocimientos concretos referidos a una materia determinada -aunque más que consistir en productos materiales, deben entenderse como materializables-; mientras que las prácticas, por su parte, son conocimientos relativos a procesos o procedimientos destinados a la obtención de un fin útil determinado<sup>200</sup>.

Atendiendo a la normativa internacional y a la normativa existente en el ámbito andino, específicamente la Decisión 391 de la Comisión de la Comunidad Andina, cabe distinguir los conceptos señalados y así convendría que las dos últimas expresiones, es decir “prácticas” e “innovaciones”, conserven los significados que se acaban de anotar, mientras que la expresión “conocimientos tradicionales” habría de aludir al sentido de ideas o pensamientos generales<sup>201</sup>.

## **2.2. Ámbito de actuación interna para regular la protección de los conocimientos tradicionales indígenas**

A la hora de diseñar y elaborar los instrumentos y normas jurídicas mediante los cuales los conocimientos tradicionales indígenas han de ser protegidos, así como de establecer la forma de definirlos, además de considerar los elementos señalados

<sup>200</sup> En este aspecto no compartimos de forma absoluta la opinión de algunos autores, como Manuel Ruiz, quien entiende las innovaciones como “productos materiales”, así como tampoco creemos que las prácticas tengan que estar, como se ha afirmado por el mencionado autor, destinadas a la “obtención de determinados productos”. Cfr. RUIZ, Manuel, *Protecting Indigenous Peoples Knowledge: A policy and legislative. Perspective from Peru*. Sociedad Peruana de Derecho de Autor. 1999.

<sup>201</sup> Cfr. VIVAS EUGUI, David, *Análisis de Opciones Sui Generis de Protección del Conocimiento Tradicional y la Experiencia Venezolana en la Materia*. Documento preparado para el Ministerio de Ciencia y Tecnología. Caracas, 2002. P.ág. 4.

anteriormente se ha de atender a otros aspectos vinculados al marco jurídico existente a nivel internacional y regional que influyen en la determinación del ámbito dentro del cual pueden los Estados establecer esa regulación.

A este respecto ha señalado la Secretaría del Comité sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la OMPI que el grado de precisión requerido en una definición puede depender del nivel y el alcance de la armonización y la homogeneidad de las legislaciones nacionales que pueden preverse como resultado de un instrumento jurídico internacional. En el caso de Venezuela, esto implica considerar además instrumentos comunitarios (pues formamos parte de la Comunidad Andina), y pueden distinguirse grados de consenso o alcances de armonización distintos tratándose de instrumentos internacionales o comunitarios.

En este sentido, cabe mencionar que, tomando en cuenta los instrumentos internacionales vigentes, los Estados tienen en general una amplia libertad para el diseño de los sistemas de protección de los conocimientos tradicionales indígenas. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que existen algunas incongruencias entre lo que establecen ciertos convenios internacionales vigentes. En este sentido, puede observarse que existen puntos de roce entre determinadas normas del Convenio sobre Diversidad Biológica (como el art. 15, numerales 1 y 7) y disposiciones del Acuerdo de los ADPIC (art. 27). Sobre este aspecto se trataría de armonizar ambos convenios y hacer que los derechos de propiedad intelectual que el Acuerdo de los ADPIC obliga a regular, particularmente en cuanto se traducen en un derecho de explotación exclusiva, no impidan la aplicación de los derechos reconocidos por el Convenio sobre Diversidad Biológica, como el derecho de participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales que les están asociados<sup>202</sup>.

En cuanto al tema que se está tratando en esta sección, es decir, la definición de los conocimientos tradicionales indígenas, puede decirse que no existe aún a nivel

<sup>202</sup> Cfr. BERGEL, Salvador, *Acceso a Recursos Genéticos y Derechos de Propiedad Intelectual en el Panorama Latinoamericano*. 2001. (Mimeo); VIVAS, David, *Issues Linked to the Convention on Biological Diversity in the WTO Negotiations: Implementing Doha Mandates*. CIEL. Ginebra, 2002.

internacional consenso entre los Estados y, en consecuencia, no existe un instrumento jurídico internacional con efectos vinculantes del que se desprendan los elementos que deben integrar dicha definición o los requisitos que las legislaciones nacionales deberían contener para regular los derechos establecidos en relación con ellos. De allí deriva que el marco jurídico internacional vigente contiene básicamente normas que dejan amplia facultad a los Estados miembros para regular el modo de protección de los conocimientos tradicionales y definir las políticas pertinentes<sup>203</sup>. Ocurre así, por ejemplo, en el Convenio sobre Diversidad Biológica y el Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos de la FAO, que podrían considerarse los instrumentos jurídicos internacionales vigentes fundamentales que inciden específicamente en la protección de los conocimientos tradicionales.

Por su parte, en el ámbito andino deben mencionarse la Decisión 391 y la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina. La disposición fundamental de la Decisión 486 en esta materia es la que se refiere a que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, dejando en manos de los Estados la forma de asegurar esa salvaguarda mediante los mecanismos que considere más idóneos<sup>204</sup>.

Para adoptar la Decisión 391 de la Comisión de la Comunidad Andina los Estados miembros debieron llegar a acuerdos concretos para regular más específicamente aspectos determinados especialmente referidos al procedimiento de acceso a los recursos genéticos, estableciendo algunas disposiciones mediante las cuales se protegen los conocimientos tradicionales asociados a tales recursos, considerados por esta Decisión como “componente intangible” de los recursos genéticos.

---

<sup>203</sup> Cfr. ALBITES, Jorge, *La Protección de los Conocimientos...* Pág. 34.

<sup>204</sup> Así mismo la concesión de patentes sobre invenciones desarrolladas a partir de estos conocimientos debe realizarse de acuerdo con las normas internacionales, regionales y nacionales sobre la materia (art. 3 de la Dec. 486). Este punto se tratará con mayor detenimiento en los Capítulos V y VI.



Mediante la Decisión 391 de la Comisión de la Comunidad Andina los Estados miembros “reconocen y valoran los derechos y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y a sus productos asociados” (art. 7). De esta Decisión resaltan además otras disposiciones, como la que establece que las solicitudes y contratos de acceso incluirán el fortalecimiento y desarrollo de las capacidades de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales con relación a los componentes intangibles<sup>205</sup> (art. 17, literal f).

Pero esta Decisión no establece propiamente un régimen de protección de los conocimientos tradicionales asociados los recursos genéticos, de ahí que su disposición transitoria octava contemple la necesidad de establecer un régimen especial o una norma de armonización, según corresponda, que esté orientado a fortalecer la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, de conformidad con la misma Decisión, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y el Convenio sobre Diversidad Biológica.

### **3. Formas de manifestarse los conocimientos tradicionales indígenas**

A comprender mejor el concepto de conocimientos tradicionales indígenas contribuye identificar las formas como éstos pueden manifestarse o expresarse. Usualmente la expresión conocimientos tradicionales está asociada a los conocimientos que se vinculan con la biodiversidad del hábitat que habitan los grupos humanos creadores o poseedores de estos conocimientos, en cuanto usan los recursos naturales de su entorno para la satisfacción de sus necesidades, por ejemplo, mediante prácticas

<sup>205</sup> Con el término “componente intangible” la Decisión 391 designa a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos: componente intangible es “todo conocimiento, innovación o práctica individual o colectiva con valor real o potencial, asociado al recurso genético o sus productos derivados o al recurso biológico que los contiene, protegido o no por regímenes de propiedad intelectual” (art. 1 de la Dec. 391).

agrícolas o medicina tradicional. Sin embargo, dentro de un concepto amplio podrían entenderse comprendidas las “manifestaciones del folclore”<sup>206</sup>, como término más limitado, que abarca las producciones intelectuales que forman parte del patrimonio artístico que de forma tradicional ha sido desarrollado y perpetuado por una comunidad o pueblo en particular<sup>207</sup>, tales como productos artesanales, bailes, cantos, etcétera.

Aunque aún no se ha logrado claridad en relación con la integración o no de las expresiones artísticas tradicionales dentro del concepto más amplio de conocimientos tradicionales<sup>208</sup>, en términos generales, estas manifestaciones pueden ser entendidas como un subconjunto de los conocimientos tradicionales<sup>209</sup>. Como ha sido señalado antes, los conocimientos tradicionales indígenas son siempre, como lo son las expresiones artísticas tradicionales, creaciones vinculadas con creencias y tradiciones de estas comunidades o pueblos.

<sup>206</sup> Es conveniente aclarar que en el presente trabajo cuando se utiliza el término *folclore*, se hace debido a que este término es el generalmente utilizado en los diferentes foros internacionales, así como en documentos relevantes (por ejemplo, Disposiciones Tipo OMPI/UNESCO para Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folclore contra la Explotación Ilícita y otras Acciones Lesivas), a pesar de la resistencia a su utilización manifestada por quienes reconocen en él un sentido peyorativo. En efecto, la noción occidental del término folclore -usado por primera vez al parecer a mediados del siglo XIX por el arqueólogo inglés W. G. Thoms- frecuentemente alude a algo “recogido” o muerto”; mientras que para las comunidades concernidas se trata de un patrimonio vivo que es parte integrante de sus vidas y que tiene necesariamente carácter evolutivo. Cfr. LUCAS-SCHLOETTER, Agnès, *Folclore*, en VON LEWINSKI, Silke (Ed.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property*. Kluwer Law International. Reino Unido, 2003. Pág. 262.

<sup>207</sup> Véase artículo 2 de las Disposiciones Tipo OMPI/UNESCO para Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folclore contra la Explotación Ilícita y otras Acciones Lesivas. La definición contenida en estas Disposiciones Tipo hace referencia, además, a la posible producción individual de estas creaciones.

<sup>208</sup> Cfr. OMPI, Documento WIPO/GRTKF/IC/3/9.

<sup>209</sup> Cfr. OMPI, Documento OMPI/GRTKF/IC/1/3, Pág. 9. Es de destacar que algunos autores han señalado incluso que “los conocimientos y prácticas de las comunidades indígenas y locales asociados a recursos biológicos podrían ser objeto de una protección similar a la prevista para el folclore”; sin embargo, la vía para la protección del “folclore” aún no está claramente definida. Con base a este enfoque amplio de los conocimientos tradicionales, también se ha sugerido que para la protección de estos conocimientos sería necesaria la creación de un régimen que combine el derecho de autor y la propiedad industrial, en el que se establezca, por ejemplo, que el nacimiento del derecho se produce desde el momento mismo de la creación (como lo contempla, por ejemplo, la Ley N° 7788 sobre Biodiversidad de Costa Rica) y que instaure un registro sólo con fines declarativos o probatorios (como ocurre en el derecho de autor), y sin que se exija la materialización del bien intelectual a proteger (conocimiento tradicional) como requisito previo al registro, sino que baste con una descripción del mismo (como ocurre en el derecho de patentes). Cfr. ASTUDILLO GÓMEZ, Francisco, *Derechos de Propiedad Intelectual de las Comunidades Indígenas...* Págs. 290 y ss.

Desde esa perspectiva fue diseñada por la OMPI la definición siguiente: “los ‘conocimientos tradicionales’ hacen referencia a las obras literarias, artísticas o científicas basadas en la tradición; así como las interpretaciones o ejecuciones; invenciones, descubrimientos científicos; dibujos o modelos; marcas, nombres y símbolos; información no divulgada; y todas las demás innovaciones y creaciones basadas en la tradición que procedan de la propiedad intelectual en el ámbito industrial, científico, literario o artístico”<sup>210</sup>. Como puede apreciarse, esta definición abarca las “expresiones del folclore”, entendidas como las que integran el acervo artístico tradicional desarrollado y perpetuado por una comunidad o por individuos que reflejan las expectativas artísticas tradicionales de esa comunidad<sup>211</sup>.

En este orden de ideas, la noción anotada -en la que los conocimientos tradicionales comprenden la producción intelectual de las comunidades indígenas incluyendo sus diversas manifestaciones- resulta especialmente adecuada si se toma en cuenta además que la diversidad de conocimientos que pueden quedar amparados bajo la denominación de conocimientos tradicionales indígenas es muy amplia, de manera que pueden variar dependiendo, por ejemplo, de los sujetos que son sus creadores o poseedores o del uso funcional o estético que puede dárseles.

### **3.1. Conocimientos tradicionales relativos a la biodiversidad**

Los conocimientos tradicionales indígenas relacionados con la utilización de elementos de la biodiversidad han servido durante generaciones para garantizar el aprovechamiento sostenible de los recursos biológicos por parte de sociedades con estilos tradicionales de vida<sup>212</sup>. Además de contribuir a la sostenibilidad de la biodiversidad, estos conocimientos tradicionales satisfacen mediante su aplicación -por

<sup>210</sup> OMPI, Documento WIPO/GRTKF/IC/3/9.

<sup>211</sup> Véase la definición de “expresiones del folclore” del artículo 2 de las Disposiciones Tipo OMPI/UNESCO para Leyes Nacionales sobre Protección de las Expresiones del Folclore contra la Explotación Ilícita y otras Acciones Lesivas.

<sup>212</sup> Véase Estrategia Regional de Diversidad Biológica para los Países del Trópico Andino, aprobada mediante Decisión 523 de la Comisión de la Comunidad Andina. Pág. 24.

ejemplo, en la medicina tradicional- necesidades relacionadas con la salud de gran parte de la población en los países en desarrollo, donde el acceso a los servicios de salud y a las medicinas modernas es limitado por razones tanto económicas, como culturales<sup>213</sup>. Adicionalmente, son utilizados por la industria como base para la elaboración de productos terminados<sup>214</sup>, han jugado así un papel muy importante en el desarrollo de drogas farmacéuticas y botánicas, nuevas variedades de cultivos o productos para el cuidado personal. Los conocimientos tradicionales indígenas referidos a la biodiversidad han constituido un medio para acceder más fácilmente al aprovechamiento de los recursos de la diversidad biológica, ya que facilitan la identificación de las cualidades que poseen dichos recursos para determinadas aplicaciones, y así pueden constituir un elemento importante para la obtención de productos procesados con valor económico agregado<sup>215</sup>.

Los conocimientos que poseen las poblaciones indígenas sobre determinados recursos biológicos pueden reducir en forma sustancial los costos de bioprospección que deben realizar las industrias. Se estima que la probabilidad de éxito que tiene una

<sup>213</sup> Por ejemplo, el consumo *per capita* de productos de la medicina tradicional en Malasia, es más del doble que el consumo de fármacos modernos. La medicina tradicional también es de importancia significativa en países en desarrollo más avanzados como Corea del Sur, donde el consumo *per capita* de productos provenientes de la medicina tradicional, es alrededor de 36% mayor que el de medicamentos modernos. Por lo general, este tipo de tratamientos son los únicos que están al alcance de la gente pobre y de las comunidades en zonas remotas. Cfr. CORREA, Carlos, *Los Conocimientos Tradicionales y la Propiedad...* Pág. 3.

<sup>214</sup> Este uso se realiza fundamentalmente mediante *bioprospección*. La prospección es la "exploración de posibilidades futuras basada en indicios presentes". *Diccionario de la Real Academia Española*. 21ª Ed. 1992. En este sentido, la *bioprospección*, es la prospección aplicada a organismos vivos, de modo que con ésta se "(...) busca acortar el camino y los costos en la identificación de principios activos básicos existentes en los organismos vivos; así, esos compuestos y moléculas pueden terminar transformados, por ejemplo, en fármacos. Para acortar esos caminos y costos, los *bioprospectores* utilizan el conocimiento de las comunidades primitivas para guiarse en la búsqueda inicial de nuevos compuestos". GONZÁLEZ POSSO, Darío, *Bioprospección y Guerra Biológica*. 2000. (Mimeo).

<sup>215</sup> Como señala Correa, los conocimientos tradicionales pueden contribuir en la búsqueda de soluciones prácticas para los problemas actuales, a veces en combinación con el conocimiento científico y tecnológico moderno. Pero a pesar del creciente reconocimiento de los conocimientos tradicionales como una fuente valiosa de conocimiento, se los ha considerado, según las leyes occidentales de propiedad intelectual, como información de "dominio público", a los que cualquiera puede acceder libremente para su uso; incluso, en algunos casos, diversas formas de conocimientos tradicionales han sido apropiadas por investigadores y empresas comerciales bajo derechos de propiedad intelectual, sin ninguna recompensa para los creadores o poseedores de estos conocimientos. Este punto de vista, que es correcto técnicamente, ignora el hecho de que los conocimientos tradicionales puedan ser considerados objeto del derecho consuetudinario que reconoce otras formas de tenencia o derechos de posesión. Cfr. CORREA, Carlos, *Los Conocimientos y la Propiedad...* Pág. 3.

empresa en un proceso de investigación con fines comerciales de una especie cualquiera es sólo de dos sobre cien mil, aunque la actividad sigue siendo rentable por el gran valor de los eventuales beneficios. Pero si se cuenta con información que eleva las probabilidades de éxito de la investigación, como la que pueden proporcionar los conocimientos tradicionales indígenas, el valor esperado asciende<sup>216</sup>. La empresa Shaman Pharmaceuticals, por ejemplo, dentro de un acuerdo celebrado con el Consejo Aguaruna y Huambisa en Perú, logró mejorar la eficiencia en la selección de plantas con propiedades medicinales en más de cuatrocientos por ciento<sup>217</sup>. Shaman Pharmaceuticals aplica lo que denomina “proceso de descubrimiento etnobotánico” que se centra en la comprensión de la medicina tradicional en lugar de tratar de seleccionar grandes números de especies no estudiadas previamente<sup>218</sup>.

Como ha podido observarse en páginas anteriores, es hacia la protección de estos conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad que se dirigen la mayoría de las normas que integran el marco jurídico supranacional al que se ha hecho referencia. Que así ocurra puede explicarse por la materia que regulan los instrumentos internacionales vigentes más importantes, como el Convenio sobre Diversidad Biológica, que tiene como objetivo fundamental la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica.

Igualmente, las normas que se encuentran en las Decisiones 391 y 486 de la Comisión de la Comunidad Andina se refieren especialmente a los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad. En la primera porque la misma está destinada a regular el acceso a los recursos genéticos de los países de la región (ya que fue adoptada básicamente para cumplir con las exigencias del Convenio sobre Diversidad Biológica) y, en tal sentido, establece algunos principios de protección sólo

---

<sup>216</sup> Como destaca Astudillo Gómez. “las meras consultas a los indígenas incrementan las posibilidades de éxito, (...) dichos conocimientos reducen el riesgo en materia de inversiones para la obtención de nuevos productos en sectores como el farmacéutico, (...) de los 120 componentes activos de utilidad médica que actualmente se derivan de plantas, cerca de 90 plantas se usan en la industria farmacéutica con un propósito similar al que tenían cuando las usaban los pueblos indígenas”. ASTUDILLO GÓMEZ, Francisco, *Derechos de Propiedad Intelectual de las Comunidades Indígenas...* Pág. 289.

<sup>217</sup> Cfr. DAES, citada por: Área de Estudios Económicos del INDECOPI, *Propuesta de Régimen de Protección...* Pág. 7.

<sup>218</sup> Cfr. DAES, Erica-Irene, *Protección del Patrimonio...* Párrafo 97.

en relación con los conocimientos tradicionales asociados a dichos recursos genéticos (llamados “componente asociado” de los recursos genéticos). Y en la segunda porque es la que establece el régimen de propiedad industrial aplicable en los países que integran la Comunidad.

### 3.2. Manifestaciones artísticas tradicionales

Las expresiones artísticas tradicionales, llamadas por las normas principalmente “expresiones del folclore”, han sido entendidas como las obras pertenecientes a la herencia cultural de una nación, creadas y conservadas por comunidades autóctonas de generación en generación<sup>219</sup>. En relación con su protección jurídica se ha considerado que es importante para salvaguardar los intereses económicos y culturales<sup>220</sup>, y así, a pesar de reconocerse generalmente que las manifestaciones artísticas tradicionales forma parte del acervo cultural nacional, se aprecia que, por ejemplo, en creaciones de la moda, producciones musicales, obras literarias, etcétera, estas manifestaciones son utilizadas en condiciones que atentan contra su integridad y son deformadas con fines comerciales, siendo vistas como simples mercancías<sup>221</sup>. De este modo, la utilización de las obras de las expresiones artísticas tradicionales fuera de su contexto original ha dado lugar a gran cantidad de usos indebidos<sup>222</sup>.

En busca de su protección jurídica, usualmente el tema de las expresiones artísticas tradicionales se ha asociado con el sistema de derecho de autor y los derechos conexos<sup>223</sup>. Las primeras tentativas de regulación de su uso se hicieron en el marco de legislaciones nacionales sobre derechos de autor. La primera de dichas legislaciones fue la de Túnez (1967) y luego de ella, las de Bolivia (1968); Chile y Marruecos (1970); Argelia y Senegal (1973); Kenia (1975); Mali (1977); Burundi y Costa de

<sup>219</sup> Cfr. Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, citado por: ANTEQUERA, Ricardo, *Manual para la Enseñanza del Derecho...* Pág. 114.

<sup>220</sup> Véase Preámbulo de las Disposiciones Tipo OMPI/UNESCO para Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folclore contra la Explotación Ilícita y otras Acciones Lesivas.

<sup>221</sup> Cfr. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *La Protección de las Expresiones del Folclore...* Párrafo 12.

<sup>222</sup> Cfr. LIPSZYC, Delia, *Derecho de Autor* Pág. 94.

<sup>223</sup> Cfr. OMPI, Documento WIPO/GRTKF/IC/3/9.

Marfil (1978) y Guinea (1980), entre otras<sup>224</sup>. En estas legislaciones se considera que las “obras del folclore” son parte del patrimonio cultural de la nación.

En el ámbito internacional, el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas en su acta de 1971 contiene una disposición, incluida en el revisión de 1967, que de manera especial se refiere a las “obras del folclore”, pues de acuerdo a la Guía del Convenio de Berna realizada por la OMPI, el párrafo 4 del artículo 15<sup>225</sup> del Convenio está dirigido a estas obras<sup>226</sup>. Este artículo no se refiere expresamente al “folclore” o a manifestaciones artísticas tradicionales, sino a las “...obras no publicadas de las que resulte desconocida la identidad del autor pero por las que se pueda suponer que él es nacional de un país de la Unión...”<sup>227</sup>. Según esta disposición, el autor desconocido puede ser representado y sus derechos pueden ejercidos por una autoridad que el Estado parte puede designar al efecto, pero el cumplimiento de la norma no es obligatorio sino meramente facultativo de cada Estado.

En el plano internacional los escenarios más importantes en los que se ha debatido el tema de la protección de las “expresiones del folclore” han sido la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Como se apuntó anteriormente, en estas organizaciones el tema comenzó a debatirse en la década de los setenta, debates que condujeron a la adopción de las Disposiciones Tipo

<sup>224</sup> Cfr. LIPSZYC, Delia, *Derecho de Autor...* Pág. 94.

<sup>225</sup> El artículo 15, párrafo 4, del Convenio de París establece: a) Para las obras no publicadas de las que resulte desconocida la identidad del autor pero por las que se pueda suponer que él es nacional de un país de la Unión queda reservada a la legislación de ese país la facultad de designar la autoridad competente para representar a ese autor y defender y hacer valer los derechos del mismo en los países de la Unión. b) Los países de la Unión que, en virtud de lo establecido anteriormente, procedan a esa designación, lo notificarán al Director General mediante una declaración escrita en la que se indicará toda la información relativa a la autoridad designada. El Director General comunicará inmediatamente esta declaración a todos los demás países de la Unión.

<sup>226</sup> Cfr. OMPI, *Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*. (Acta de 1971). Ginebra, 1978. Pág. 112.

<sup>227</sup> El artículo se refiere a obras no publicadas, para el Convenio de Berna no constituirán publicación: la edición hecha sin el consentimiento del autor o la edición de un número de ejemplares cuya cantidad puesta a disposición del público no satisfaga las necesidades del público; tampoco constituyen publicación la representación de una obra dramática, dramático-musical o cinematográfica, la ejecución de una obra musical, la recitación pública de una obra literaria, la transmisión o radiodifusión de las obras literarias o artísticas, la exposición de una obra de arte ni la construcción de una obra arquitectónica (art. 3, párrafo 3, del Convenio de Berna).

OMPI/UNESCO para la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas, instrumento que será tratado más adelante<sup>228</sup>.

En el marco de los derechos conexos al derecho de autor, el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas o TOIEF (1996) hace referencia en su artículo 2 al hecho de que se entenderá por artistas intérpretes o ejecutantes los actores, cantantes, músicos, bailarines u otras personas que representen un papel, canten, reciten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras literarias o artísticas, incluyendo las “expresiones del folclore”<sup>229</sup>. En este caso, sin embargo, no se contempla una protección para estas expresiones sino que dicha protección recaerá sobre la interpretación o ejecución que de ellas se pueda hacer<sup>230</sup>.

Por último, puede resaltarse que dentro del contexto del Acuerdo de los ADPIC, aunque el tema fue enunciado en el párrafo 19 de la Declaración de Doha, adoptada en noviembre de 2001, gran parte de lo que se ha dicho hasta ahora en el Consejo de los ADPIC se ha centrado únicamente en los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad y se ha hecho relativamente poca referencia al “folclore” o expresiones artísticas tradicionales, aunque algunas de las delegaciones ante este foro han realizado observaciones con respecto a los conocimientos tradicionales que incluyen tácitamente el “folclore”. Por ejemplo, las delegaciones de Bolivia, Colombia, Ecuador, Nicaragua y Perú han propuesto una definición de conocimientos tradicionales que comprende los términos “expresiones culturales” y Australia ha hecho referencia a la protección de los diseños, la música y otras formas de expresión artística producidas por las comunidades tradicionales<sup>231</sup>.

---

<sup>228</sup> *Vid infra*: Capítulo V.

<sup>229</sup> Puede verse que esta disposición la contiene igualmente la Ley sobre Derecho de Autor de Perú, que entiende por artista intérprete o ejecutante a la “persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra literaria o artística o una *expresión del folklore*, así como el artista de variedades y de circo” (art. 2).

<sup>230</sup> Cfr. ANTEQUERA, Ricardo, *Manual para la Enseñanza del Derecho...* Tomo II. Pág. 114.

<sup>231</sup> Cfr. Documento IP/C/W/370, Pág. 2.



#### CAPÍTULO IV

### LOS SUJETOS DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES INDÍGENAS

La utilización de términos diversos para identificar a los sujetos de los conocimientos tradicionales, es decir, a los grupos humanos que son sus creadores o poseedores, ha contribuido a que exista confusión en el tema. Estos términos pueden tener significados distintos y a la hora de definirlos pueden presentarse inconvenientes de tipo teórico y también de índole política. Tratándose de conocimientos tradicionales indígenas, los problemas de la última categoría se centran fundamentalmente en la poca conveniencia que han visto los Estados en la utilización del término “pueblos” para identificar a estos sujetos colectivos; mientras que los de tipo teórico se vinculan con la determinación de los elementos integrantes de la definición de estos sujetos<sup>232</sup>. Esto ha sido debatido principalmente en el escenario internacional, en especial en el contexto de los derechos humanos, pues en este contexto se encuentran insertos en general los derechos indígenas. Y en igual sentido, consecuencias de esta problemática se han reflejado en Venezuela. En nuestro país no parece que hayan sido analizadas las implicaciones jurídicas que pudieran derivar de los conceptos utilizados normativamente para referirse a los titulares de los derechos sobre los conocimientos tradicionales, y tampoco parece haber sido estudiadas las diferencias existentes entre cada uno de ellos. Este tema será atendido en el presente capítulo.

Asimismo, dado que los conocimientos tradicionales pueden desarrollarse en comunidades distintas de las indígenas (como pueden ser las comunidades afroamericanas o las campesinas), resultaría conveniente tratar de establecer la diferenciación de otras comunidades que han sido previstas legalmente como sujetos de los conocimientos tradicionales. Se tomará como referente a las comunidades indígenas, puesto que este trabajo se centra en el estudio de los conocimientos tradicionales desarrollados por estas comunidades y pueblos en particular.

---

<sup>232</sup> Cfr. Documento E/CN.4/Sub.2/1992/SR31/Add.1.

## **1. Definición legal de las comunidades o pueblos indígenas como sujetos de los derechos relativos a los conocimientos tradicionales**

Los términos utilizados para hacer referencia a los sujetos de los conocimientos tradicionales han sido fundamentalmente los siguientes:

- “Pueblos indígenas”, utilizado por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley sobre Diversidad Biológica de Venezuela.
- “Comunidades indígenas” y “comunidades locales”, que figuran en el Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, el Convenio sobre Diversidad Biológica, las Decisiones 391 y 486 de la Comisión de la Comunidad Andina y la Ley sobre Diversidad Biológica de Venezuela.
- “Comunidades afroamericanas”, empleado por las Decisiones 391 y 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.
- “Comunidades locales”, usado por el Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, el Convenio sobre Diversidad Biológica, las Decisiones 391 y 486 de la Comisión de la Comunidad Andina y la Ley sobre Diversidad Biológica de Venezuela.

También otros instrumentos internacionales no vigentes utilizan el término “pueblos indígenas”, como el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas y el Proyecto de Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

Algunos de los instrumentos mencionados no establecen una definición del término, como ocurre también en el caso del Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura de la FAO y en la Decisión 486 de

la Comisión de la Comunidad Andina. Sin embargo, muchos de ellos sí contienen una definición, ya sea de forma explícita o de forma implícita.

A continuación se realizarán una exposición breve acerca de los aspectos fundamentales contenidos en las definiciones de los términos antes mencionados que figuran en los instrumentos jurídicos que las contienen, lo que podría contribuir a una mejor determinación de los sujetos mencionados. Para hacerlo, se distinguirán los señalados instrumentos jurídicos en dos grupos. Por una parte, los que abarcan un ámbito amplio, es decir, aquellos que, al contener los derechos indígenas en general, hacen un reconocimiento de la protección del patrimonio cultural e intelectual de las comunidades indígenas en el marco de los derechos humanos, y que además de abarcar los conocimientos tradicionales indígenas asociados a la biodiversidad, abarcan las expresiones artísticas tradicionales. En este grupo se ubican el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y los Proyectos de Declaración de las Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los cuales constituyen instrumentos sobre derechos humanos diseñados específicamente para la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

Por otra parte, se señalarán los instrumentos jurídicos que aluden a los conocimientos tradicionales asociados a la diversidad biológica. Este grupo está integrado por el Convenio sobre Diversidad Biológica y por otros instrumentos posteriores, entre los cuales se encuentran las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina, e igualmente se hará referencia a la normativa nacional pertinente.

Además de los instrumentos normativos señalados, puede mencionarse que la protección de los conocimientos tradicionales indígenas queda amparada en el marco de determinadas normas especiales sobre propiedad intelectual y cultural que se encuentran en instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos humanos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 27, numeral 2) o el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 15, numeral 1). Si bien estas normas están referidas a la propiedad intelectual y cultural en general, puede entenderse que abarcan los derechos de las comunidades indígenas sobre sus

conocimientos tradicionales, y aunque en principio se refieren a derechos individuales nada impide que puedan extenderse a las creaciones intelectuales colectivas<sup>233</sup>.

En cuanto a los instrumentos internacionales que están dirigidos a proteger específicamente las expresiones artísticas tradicionales, como las Disposiciones Tipo OMPI/UNESCO para Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folclore contra la Explotación Ilícita y otras Acciones Lesivas, o que se refieren de alguna forma a este tipo de manifestaciones artísticas, como el artículo 15, párrafo 4, del Convenio de Berna para la protección de Obras Literarias y Artísticas, vale decir que ninguno de ellos contiene una definición de las comunidades o grupos que son los titulares de los derechos contemplados.

### 1.1. Aspectos derivados de instrumentos internacionales referidos a derechos indígenas en general

A. En el seno de la Organización de las Naciones Unidas el de “pueblos” es uno de varios términos que no se han definido oficialmente. Sin embargo, la inexistencia de esa definición oficial no se ha considerado fundamental para la promoción, protección o supervisión de los derechos reconocidos, tales como el derecho a la libre determinación. Específicamente en el caso del concepto de “pueblos indígenas”, se ha dicho que hoy prevalece la opinión de que no es necesaria una definición universal oficial de ese término. No obstante, para fines prácticos, se ha aceptado la definición que figura en el estudio realizado por Martínez Cobo (1986)<sup>234</sup>, que dice:

*“Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su*

<sup>233</sup> Cfr. CORREA, Carlos, *Los Conocimientos Tradicionales y la Propiedad Intelectual...* Pág. 8; TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad, *Los Pueblos Indígenas...* Pág. 152.

<sup>234</sup> Cfr. Documento PFI/2004/WS.1/3.

*identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblos, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sistemas legales.*"<sup>235</sup>

Esta definición revela como aspecto principal de estos grupos humanos la existencia de una continuidad histórica, la cual puede recaer en determinados factores, tales como la ocupación de las tierras ancestrales, la ascendencia común con los ocupantes originales de esas tierras, ciertos rasgos culturales generales o determinadas manifestaciones específicas (tales como religión, vida bajo un sistema tribal, pertenencia a una comunidad indígena, trajes, medios de vida, estilo de vida, etcétera) o el idioma (ya se utilice como lengua única, como lengua materna, como medio habitual de comunicación en el hogar o en la familia o como lengua principal, preferida, habitual, general o normal)<sup>236</sup>.

Esta definición destaca que las comunidades indígenas son "factores no dominantes de la sociedad", lo cual reviste gran importancia debido a que deja ver cómo, aunque en ciertos casos (por ejemplo, Guatemala o Bolivia) estas comunidades pueden ser mayoría desde un punto de vista numérico, siguen siendo no dominantes, pues se encuentran en situación de marginalidad<sup>237</sup>.

El Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas desarrolla los elementos incorporados por Martínez Cobo en la definición antes anotada. En este Proyecto se hace referencia a los "pueblos indígenas" como los titulares de los derechos que consagra, pero no trae una definición explícita de lo que debe entenderse por tales. No obstante, dentro del derecho colectivo e individual a mantener y desarrollar sus propias características e identidades, se considera comprendido el *derecho a identificarse a sí mismos como indígenas* y a ser

<sup>235</sup> Como se verá en lo sucesivo, la mayoría de las definiciones que se han elaborado con posterioridad a la definición de Martínez Cobo, han adoptado los elementos que ella integra. Además de los documentos a que se hará mención en las páginas siguientes, cabe resaltar que el Banco Mundial (BM) diseñó en 1991, algunos aspectos para determinar a los pueblos indígenas. Estos aspectos estaban destinados a guiar al personal del BM en la aplicación de proyectos de desarrollo para que éstos beneficiaran a los grupos indígenas y para mitigar sus posibles efectos adversos en las áreas que ellos ocuparan. Puede observarse que estos aspectos se encuentran ya esencialmente en la definición de Martínez Cobo. Cfr. Documento E/CN.4/Sub.2/AC.4/1995/3. Anexo IV.

<sup>236</sup> Cfr. Documento PF11/2004/WS.1/3.

<sup>237</sup> Cfr. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad, *Los Pueblos Indígenas...* Pág. 43.

reconocidos como tales (art. 8), lo que recoge el principio conocido como “principio de autoidentificación”, que consiste en el reconocimiento de la conciencia que estos grupos humanos poseen sobre su identidad indígena. El reconocimiento de este principio es especialmente relevante, ya que a partir de los parámetros internacionales existentes, este principio de *autoidentificación* se ha considerado como suficiente para el reconocimiento del carácter de los grupos indígenas como pueblos.

Al recoger el principio de autoidentificación, más que hacer recaer la determinación de pueblos indígenas de una imposición externa o de la sujeción a determinados requisitos establecidos normativamente, esta disposición es flexible en cuanto a las características de estos grupos y permite que sean ellos quienes se identifiquen a sí mismos como indígenas, y en este sentido, el hecho mismo de identificarse como indígenas es un derecho.

www.bdigital.ula.ve

B. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 1989, surgió como resultado de la revisión hecha al Convenio 107 que la misma Organización había adoptado en 1957. En efecto, el establecimiento de estas normas - elaboradas por la OIT con la colaboración de la FAO, la UNESCO, la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Instituto Indigenista Interamericano- estuvo determinado por el hecho de que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacían aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, fundamentalmente con el fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las comunidades o pueblos indígenas a las sociedades predominantes que existía en las normas anteriores<sup>238</sup>.

---

<sup>238</sup> Véase en este sentido, igualmente, el Preámbulo del Convenio sobre Diversidad Biológica. Como se refirió antes, actualmente esta tendencia asimilacionista tiende a revertirse y se considera que la asimilación de las poblaciones indígenas a la sociedad dominante debe ser evitada, en aras de impedir la pérdida de la diversidad cultural y de las formas de vida a las cuales se vinculan entre otros factores, los conocimientos tradicionales. *Vid supra*: Capítulo III, nota 142.

Aspectos a destacar en la definición de este Convenio son los siguientes: a) hace referencia a los pueblos indígenas o tribales que habitan Estados independientes, al igual que lo hacía el anterior Convenio 107; b) pueblos *tribales* son los que poseen “condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional y están regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”; y son pueblos *indígenas* los considerados como tales por el hecho de “descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

De acuerdo con este Convenio, los pueblos indígenas son siempre pueblos tribales, pero no a la inversa<sup>239</sup>. En todo caso, lo que constituye la nota esencial de la definición de pueblos indígenas del Convenio 169 es la diferenciación de estos grupos, basada en la conservación de sus propias formas de vida, costumbres, tradiciones, instituciones sociales, económicas, etcétera. En efecto, la noción de pueblos indígenas en este Convenio alude a grupos humanos cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otros sectores de la colectividad social y que se encuentran regidos por sus costumbres, prácticas consuetudinarias, tradiciones o normas especiales.

No obstante, debe tomarse en cuenta que adicionalmente este Convenio establece que “la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del Convenio”. Nos encontramos aquí nuevamente con el principio de la “autoidentificación”, al incluirlo el Convenio 169 de la OIT añade un rasgo subjetivo a la identificación de los miembros de los pueblos indígenas<sup>240</sup>, tal como se aprecia igualmente en el Proyecto de Decisión de la ONU (art. 8) que hemos mencionado anteriormente, así como con el Proyecto de Declaración sobre Derechos de los Pueblos

<sup>239</sup> Cfr. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad, *Los Pueblos Indígenas...* Pág. 38.

<sup>240</sup> Idem. Pág. 39.

Indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos (art. I).

Cabe resaltar finalmente que el Convenio 169 de la OIT excluye la posibilidad de que el término *pueblos* pueda interpretarse en el sentido de que tenga incidencia alguna en lo que atañe a las implicaciones que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional, lo que se establece como salvaguarda ante posibles reclamaciones en relación con el derecho a la libre determinación (en el sentido de una libre determinación externa).

C. El Proyecto de Declaración Americana de Derechos Indígenas de la Organización de Estados Americanos dirige sus normas a los “pueblos cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otras secciones de la comunidad nacional, y cuyo status jurídico es regulado en todo o en parte por sus propias costumbres o tradiciones o por regulaciones o leyes especiales”; pero al mismo tiempo difiere el asunto de determinar quién pertenece a un pueblo indígena, al criterio de la “autoidentificación” y a las tradiciones y normas de cada pueblo<sup>241</sup>. Es así como el artículo I de dicho Proyecto, referido al ámbito de aplicación y definiciones, establece que “la autoidentificación como indígena deberá considerarse como criterio fundamental para determinar los pueblos a los que se aplican las disposiciones”. Ello se encuentra en correspondencia con el artículo 8 del Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas antes señalado, así como el Convenio 169 de la OIT.

El Proyecto de Declaración Americana resalta así mismo que la utilización del término “pueblos” no deberá interpretarse en el sentido de tener implicaciones en lo que atañe a otros derechos que puedan atribuirse a dicho término en el derecho

---

<sup>241</sup> Cfr. AYALA CORAO, Carlos, Prólogo de: COLMENARES, Ricardo, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas...* Pág. 27.



internacional, lo cual se encuentra en este documento por las mismas razones que fue incluido en el Convenio 169 de la OIT.

Valga acotar por último, que en la primera ronda de consultas que llevó a cabo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el Proyecto de Declaración en 1992-1993, Venezuela afirmó a este respecto que el término adecuado debería ser el de “comunidades indígenas”, pues el término “pueblo” era utilizado por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela para referirse a la totalidad de los habitantes del Estado venezolano<sup>242</sup>. Actualmente, debe tenerse en cuenta, no obstante, que nuestra Constitución vigente (1999), al igual que lo hace el Proyecto de Declaración Americana, excluye la posibilidad de que el término “pueblo” sea interpretado en el sentido que se da a este término en el derecho internacional (art. 126), por lo que la anterior observación ha perdido toda pertinencia.

[www.bdigital.ula.ve](http://www.bdigital.ula.ve)

En relación con los instrumentos internacionales referidos, apreciados en conjunto, puede extraerse lo siguiente:

1. El término utilizado es el de “pueblos indígenas”, pero se hace la salvedad de que este término no podrá interpretarse en el sentido del derecho internacional, pues los Estados se han mostrado temerosos en relación con las consecuencias que pueda acarrear debido al sentido que puede darse a este término en cuanto al derecho a libre determinación. Esta cláusula de salvaguarda se encuentra contenida también, como lo hemos señalado, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que en su artículo 126, señala que “el término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional”.
2. Los pueblos indígenas pueden caracterizarse principalmente por la presencia de tres factores básicos:

<sup>242</sup> Véase Informe sobre la Primera Ronda de Consultas sobre el Futuro Instrumento Legal Interamericano sobre Derechos de las Poblaciones Indígenas (1992-1993), aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 83° período de sesiones, marzo de 1993 y publicado en su Informe Anual 1992-1993.

- a) Habitar un territorio determinado vinculado con sus formas de vida propias y del cual depende su subsistencia;
- b) Descender de los habitantes primigenios de esos territorios, y
- c) Poseer características culturales, sociales económicas y políticas propias.

La concurrencia de los tres factores debería ser flexible, ya que, por ejemplo, podría darse el caso de que un grupo no se encuentre asentado en el territorio que ancestralmente ocupaba (por ejemplo, por haber sido desplazado) y a pesar de ello conformar un pueblo indígena por estar presentes los otros factores. Las mencionadas características culturales, sociales económicas y políticas propias, son, por una parte, producto de una continuidad histórica por la cual los pueblos indígenas han logrado mantenerse hasta la actualidad y de ellas dependen su existencia en lo futuro; y, por otra parte, son estas características las que determinan que los pueblos indígenas se distinguan del resto de la colectividad.

3. En la identificación de determinados grupos como “indígenas”, debería tomarse en cuenta de manera fundamental el principio de “autoidentificación”, el cual, como se ha dicho antes, consiste en el reconocimiento de la conciencia que estos grupos poseen sobre sí mismos acerca de su identidad indígena.

## **1.2. Aspectos que se desprenden de instrumentos referidos a los conocimientos tradicionales asociados a la diversidad biológica**

A. Las principales normas del Convenio sobre Diversidad Biológica que guardan relación con la protección de los conocimientos tradicionales son los artículos 8, literal j; 17, numeral 2, y 18, numeral 4. Entre ellos el más relevante es el artículo 8, literal j, ya que es el que contempla la necesidad de respeto, preservación y mantenimiento de

estos conocimientos por parte de los Estados miembros del Convenio<sup>243</sup>. Además, es en este artículo donde se encuentran las características básicas que deben reunir las comunidades indígenas y locales a las que hace referencia el Convenio. Dichos elementos son: a) que las comunidades entrañen estilos de vida tradicionales, y b) que dichos estilos de vida sean pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica.

En cuanto a la primera de dichas características cabría decir que la misma forma parte de la esencia de la noción de comunidades indígenas. Las comunidades indígenas mantienen siempre un estilo de vida “tradicional”, si se entiende lo tradicional no en un sentido de antiguo, sino en cuanto supone la transmisión intergeneracional de ciertos factores que forman parte de su cultura, sus formas políticas, económicas, etcétera. La segunda característica señalada por el artículo 8, literal j, -es decir, que dichos estilos de vida sean pertinentes para la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad- es la que pone de manifiesto el vínculo de las comunidades indígenas y sus conocimientos con la conservación de la diversidad biológica y el uso sostenible de sus componentes, que es uno de los objetivos fundamentales del Convenio<sup>244</sup>.

Ahora bien, el artículo 8, literal j, no ofrece propiamente una definición de las comunidades indígenas y locales a las que alude. Al respecto ha reconocido el Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre el Artículo 8, literal j, que “hasta la fecha, no se ha adelantado ninguna definición de lo que constituye una comunidad indígena o local que entrañe estilos de vida tradicionales para los fines del Convenio”. Los aspectos relativos a tal definición se han remitido a la elaboración, aún en curso, de un informe integrado sobre la situación de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos de vida tradicionales compatibles con la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica<sup>245</sup>, y

---

<sup>243</sup> Los otros dos artículos se refieren al tema de forma indirecta: el 17.2 contempla que las partes contratantes facilitarán el intercambio de información, incluyendo información sobre los conocimientos tradicionales y autóctonos; y el 18.1 se refiere a la cooperación entre los Estados partes en cuanto al desarrollo y utilización de tecnologías, incluidas las tecnologías autóctonas y tradicionales.

<sup>244</sup> Véase artículo 1 del Convenio sobre Diversidad Biológica.

<sup>245</sup> La elaboración de este informe se estableció en la Decisión V/16 de la V Conferencia de las Partes del CDB, mayo de 2000.

serán analizados como parte de la tarea número 12 del programa de trabajo sobre la aplicación del artículo 8, literal j<sup>246</sup>. Sin embargo, se ha establecido ya que una posible definición deberá respetar la diversidad, en todos los aspectos, de las comunidades indígenas y locales<sup>247</sup>.

Es de resaltar, finalmente, que el Convenio sobre Diversidad Biológica utiliza la expresión “comunidades indígenas o locales”, en lugar de hacer mención a “pueblos”.

B. A efectos de analizar la posibilidad de establecer normas específicas para el ejercicio de los derechos relativos a los conocimientos tradicionales indígenas en el ámbito interno venezolano, interesa considerar los elementos definitorios de los sujetos de los conocimientos tradicionales indígenas que pueden desprenderse de las disposiciones existentes en la materia a nivel comunitario, es decir, las Decisiones 391 y 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.

La Decisión 391, instrumento que contiene el régimen común sobre acceso a recursos genéticos de los países miembros de la comunidad andina, considera que “es necesario reconocer la contribución histórica de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales a la diversidad biológica, su conservación y desarrollo y a la utilización sostenible de sus componentes, así como los beneficios que dicha contribución genera (Preámbulo de la Dec. 391). A tal efecto establece algunas disposiciones, como las contenidas en el artículo 7, que establece el reconocimiento de los derechos y de la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, y el artículo 17, literal f, en el que se requiere la inclusión en las solicitudes y contratos de acceso de

---

<sup>246</sup> El Programa de Trabajo sobre la Aplicación del Artículo 8, j) del Convenio sobre Diversidad Biológica, adoptado en la V Conferencia de las Partes mediante la Decisión V/16, establece en el elemento 7 de la primera fase de dicho programa (elementos jurídicos) la tarea 12, que consiste en elaborar “directrices que ayuden a las Partes y a los gobiernos en la tarea de promulgar leyes o establecer otros mecanismos, según proceda, para aplicar el artículo 8 j) y sus disposiciones conexas (que podrían incluir sistemas especiales, y elaborar definiciones de términos y conceptos pertinentes clave en el marco del artículo 8, j) y las disposiciones conexas, a los niveles internacional, regional y nacional, que reconozcan, salvaguarden y garanticen plenamente los derechos de las comunidades indígenas y locales respecto de sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales en el contexto del Convenio”. Véase Decisión V/16, anexo I, de la V Conferencia de las Partes del CDB, mayo de 2000.

<sup>247</sup> Véase Decisión VI/10 de la VI Conferencia de las Partes del CDB, abril de 2002.

ciertas condiciones, como el fortalecimiento y desarrollo de las capacidades de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales con relación a los componentes intangibles.

La Decisión 486 consagra por su parte, que los derechos por ella conferidos - esto es, derechos relativos a la propiedad industrial- deben otorgarse salvaguardando los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales<sup>248</sup>. En tanto establece el respeto a la Decisión 391, debe entenderse que la definición de dichas comunidades, en favor de las cuales los países miembros reconocen el derecho y la facultad de decidir sobre sus conocimientos colectivos<sup>249</sup>, será la misma que aparece en la Decisión 391, y en consecuencia será a esta a la que nos referiremos a continuación.

La Decisión 391 de la Comisión de la Comunidad Andina establece una definición que abarca a las comunidades indígenas, afroamericanas y locales. Señala que, para los efectos de la Decisión, se entenderá por comunidad indígena, afroamericana o local, al “grupo humano cuyas condiciones sociales, culturales y económicas lo distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, que está regido total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial y que, cualquiera sea su situación jurídica, conserva sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas” (art. 1).

Esta definición contiene algunos de los elementos que se encuentran en la definición de pueblos indígenas propuesta por Martínez Cobo, que figuran igualmente en los principales instrumentos internacionales que han sido reseñados antes (fundamentalmente, el Convenio 169 de la OIT). Estos elementos serían:

- a) poseer condiciones que los distinguen del resto de la colectividad;
- b) estar regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; y

<sup>248</sup> Véase artículo 3 de la Dec. 486.

<sup>249</sup> Véase artículo 4 de la Dec. 486.

c) conservar sus propias instituciones (sociales, económicas, culturales y políticas).

Como puede observarse, se trata de una definición amplia en tanto que no contiene otros elementos específicos en relación con los pueblos indígenas, que han sido establecidos a nivel internacional, como sería el caso de la vinculación esencial de estos pueblos con los territorios que habitan o el reconocimiento del principio de “autoidentificación”. Esta amplitud se explicaría por el hecho de que esta definición no está referida únicamente a las comunidades o pueblos indígenas, sino que trata de abarcar igualmente a las afroamericanas y locales.

Existen experiencias nacionales en el sentido de la adopción de normas legales que definen a los pueblos indígenas, en tanto titulares de los derechos colectivos sobre sus conocimientos tradicionales, con inclusión de elementos que no se contemplan en la Decisión 391 a pesar de estar consagrados a nivel internacional. Así ocurre en la ley N° 27811 de Perú (2002) que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos, la cual considera que los pueblos indígenas “son pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se autorreconocen como tales (...)”<sup>250</sup>. Por otra parte, es útil resaltar como esta norma aclara que la definición “(...) incluye a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, así como a las comunidades campesinas y nativas”. Éstos últimos podrían entenderse como referidos a las “comunidades locales” que menciona la Decisión 391, en tanto que no son propiamente indígenas, pero que en virtud de la ley se equiparan a las comunidades indígenas. Estaría implícito así que la ley peruana consideraría las de “comunidades indígenas” y “comunidades locales” como nociones distintas (aunque coincidentes en los elementos señalados por la definición), ya que de otra forma no tendría sentido la aclaratoria que contiene la norma<sup>251</sup>.

<sup>250</sup> Véase artículo 2 de la Ley 27811 de Perú.

<sup>251</sup> En la Ley 27811 de Perú no se hace referencia a las “comunidades afroamericanas” (las que sí se encuentran contenidas en la Decisión 391), exclusión que ya se encontraba en la propuesta realizada por el Instituto de Competencia y Propiedad Intelectual (INDECOPI). Al respecto señalaba esta propuesta que no hacer referencia a las comunidades afroamericanas resultaba más acorde con la realidad nacional, pues el reducido número de grupos afroperuanos existentes en el país habrían pasado por un proceso de

En este contexto, resultaría pertinente preguntarse si la Decisión 391 equipara a las comunidades afroamericanas y locales con las comunidades indígenas o si, por el contrario, se trata de sujetos distintos.

En el ámbito comunitario, se hace referencia a comunidades *indígenas*, *afroamericanas* y *locales* (comunidades indígenas y locales son los términos utilizados por el Convenio sobre Diversidad Biológica) bajo una misma noción de carácter amplio. No obstante, cada uno de estos términos en realidad hace referencia a nociones distintas. Esta distinción puede observarse al considerar al menos dos aspectos que distinguen a las comunidades o pueblos indígenas.

En primer lugar, puede indicarse que uno de los elementos presentes en la definición de comunidades o pueblos indígenas es la descendencia de los pobladores originarios de un territorio determinado previo a su conformación como territorio nacional<sup>252</sup>, o, en otras palabras, la continuidad histórica respecto de sociedades anteriores a los procesos de colonización desarrollados en sus territorios<sup>253</sup>. En segundo lugar, es de destacar que en general las fronteras étnicas son más marcadas en grupos cuyos patrones de vida y, en especial, de producción, son más dependientes del aprovechamiento de los recursos de la vida silvestre (cazadores, recolectores, pescadores, etcétera). Por lo general, la persistencia de una identidad indígena, originaria, está ligada al mantenimiento de patrones de producción basados en los recursos ofrecidos por la biodiversidad<sup>254</sup>, de ahí que sean poblaciones con un mayor conocimiento de esos recursos<sup>255</sup>. Los anteriores elementos no se encuentran en las comunidades afroamericanas, constituidas por descendientes de pobladores africanos traídos desde África principalmente a partir de la época poscolonial para su empleo

---

aculturación. Cfr. Área de Estudios Económicos del INDECOP, *Propuesta de Régimen de Protección...* Pág. s/n.

<sup>252</sup> Véase Propuesta de Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (artículo 3). Disponible en: [www.asambleanacional.gov.ve](http://www.asambleanacional.gov.ve) (12/12/2003).

<sup>253</sup> Véase definición de Martínez Cobo, al inicio de este Capítulo.

<sup>254</sup> Aunque existen grandes excepciones como las poblaciones Aymaras, que pese a residir en zonas urbanas, reivindican su identidad indígena.

<sup>255</sup> Cfr. Consorcio GTZ/FUNDECO/IE, *Acceso a Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Participación en los Beneficios*. CAN-BID. IV Taller Estrategia sobre Biodiversidad para Países del Trópico Andino. Pampatar, 2001. Pág. 23.

como esclavos. Estos grupos se componen de personas que no descienden de los pobladores originarios o autóctonos de estos territorios (indígenas), aunque comparten con estos últimos el hecho de haber sido tradicionalmente excluidos de los sectores predominantes de la sociedad<sup>256</sup>, e igualmente pueden ser creadores o poseedores de conocimientos tradicionales<sup>257</sup>.

En cuanto a las comunidades locales, cabe decir que este término haría referencia a grupos humanos más amplios, pues incluiría también a las comunidades campesinas, grupos humanos que sin descender de los pobladores indígenas originarios o de los africanos traídos como esclavos, pueden mantener estilos de vida tradicionales (o haberlos heredado de los pueblos indígenas)<sup>258</sup>. Sin embargo, resulta comprensible que al hacer referencia a los sujetos creadores o poseedores de los conocimientos tradicionales se incluya a las comunidades locales, pues de lo contrario estaría limitándose de forma excesiva el ámbito de sujetos potenciales de los derechos reconocidos en razón de los conocimientos tradicionales.

Tratándose en particular de los conocimientos tradicionales (tanto los desarrollados por las comunidades o pueblos indígenas como por otros grupos humanos), existe un problema de significativa importancia que es conveniente mencionar. Estos conocimientos tradicionales son usualmente compartidos por distintos pueblos o comunidades, en especial cuando estos pueblos o comunidades se encuentran en hábitat similares con recursos biológicos iguales o análogos, ya sea porque han desarrollado tales conocimientos en paralelo o porque los han compartido.

<sup>256</sup> Como ejemplo puede mencionarse que durante el proceso de elaboración de la Constitución de Venezuela en el año 1999, los afrodescendientes sugirieron el reconocimiento expreso en el texto constitucional de la existencia de la afrovenezolaneidad en ciertos grupos del país, pero ello fue abiertamente rechazado por la comisión encargada de redactar el preámbulo. Cfr. GARCÍA, Jesús, *El Diálogo entre las Razas*. El Punto Medio. Caracas, noviembre de 2002. Pág. 10.

<sup>257</sup> Tal es el caso de los procedimientos tradicionales de siembra, mantenimiento, secado y fermentación del cacao desarrollados por comunidades afrovenezolanas de la población de Chuao, los cuales, aunados a las características climáticas de la zona, ha provocado un cacao con características propias (altamente aromático y de largo sabor en la boca) que ha dado lugar al registro de la denominación de origen Cacao de Chuao. Cfr. VIVAS, David, *Análisis de Opciones Sui Generis para la Protección...* Pág. 12.

<sup>258</sup> Como ejemplo de un conocimiento tradicional originado en una comunidad local se menciona el "cocuy pecayero", producido a través de la cocción del agave verde en hornos tradicionales hechos con madera y piedras de río, por comunidades locales del estado Falcón, y que ha conducido al registro de una denominación de origen. Cfr. VIVAS, David, *Análisis de Opciones Sui Generis para la Protección...* Pág. 14.



En estos casos resulta difícil (e incluso puede resultar imposible) determinar con certeza cuál pueblo o comunidad indígena desarrolló un conocimiento en particular, lo que resulta importante en especial a efectos de establecer quién debe autorizar el uso del conocimiento tradicional por parte de terceros y entre quiénes deben ser compartidos los beneficios<sup>259</sup>.

## 2. La terminología adecuada ¿Pueblos o comunidades indígenas?

El asunto relativo a la terminología utilizada para determinar los sujetos que crean o poseen conocimientos tradicionales atiende a la cuestión de cuál es la categoría jurídica particular a la que se hace referencia. Sin embargo, existen inconvenientes que se relacionan principalmente con el carácter polisémico de estos términos y con el hecho de no existir definiciones en el ámbito internacional.

Además, este tema al mismo tiempo que tiene un carácter técnico, está fuertemente impregnado de implicaciones políticas. De un lado, como se ha anotado antes, los grupos indígenas reivindican desde siempre su consideración como pueblos ya que a este término se encuentra asociado el derecho a la libre determinación<sup>260</sup>. De otro lado, los Estados se han mostrado reacios a tal consideración precisamente por la misma razón, y particularmente por el temor a que del mencionado derecho pueda alentar y justificar la separación de estos grupos del Estado del que actualmente forman parte. Sin embargo, actualmente las propuestas de los expertos se han centrado principalmente en la diferenciación entre dos vertientes, una interna y otra externa<sup>261</sup>, del derecho a la libre determinación, más que en el tema de la noción misma de pueblos.

<sup>259</sup> Cfr. Área de Estudios Económicos del INDECOPI, *Propuesta de Régimen de Protección...* Pág. s/n.

<sup>260</sup> Véase el artículo 1 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en los que se reconoce a todos los pueblos el derecho a la libre determinación.

<sup>261</sup> *Vid supra*: Capítulo III, Pág. 75.

Como consecuencia de lo antes dicho, no existen definiciones generalmente aceptadas de los pueblos indígenas, resultando que el único instrumento internacional vinculante en el cual ha podido incluirse una definición de pueblo indígena es el Convenio 169 de la OIT, al cual se ha hecho alusión anteriormente.

Sin embargo, las características distintivas de los grupos indígenas han hecho que se considere que éstos se aproximan más a la noción de pueblo que a la de minoría o la de población<sup>262</sup>. El vocablo minoría se aproxima al de comunidad, aunque no hay una definición generalmente aceptada de minoría y los grupos indígenas han mostrado una fuerte oposición a su inclusión en esta categoría. La noción de población, por otra parte, no implica necesariamente la existencia de una identidad común de sus miembros sino que se limita a ser la agrupación de un número determinado de sujetos.

Tomando en cuenta lo expuesto hasta ahora, el término más idóneo para designar legalmente en Venezuela a los grupos indígenas creadores o poseedores de conocimientos tradicionales indígenas resultaría ser el de pueblos indígenas, por ser éste el término utilizado por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (arts. 119 a 126). Por otra parte, este término es también utilizado en las principales leyes venezolanas que regulan materias relacionadas con las comunidades indígenas, éstas son la Ley de Diversidad Biológica y la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas.

En la Ley de Diversidad Biológica, la conservación de la biodiversidad, objeto principal de la ley, abarca el reconocimiento y la preservación del conocimiento que sobre la diversidad biológica y sus usos tienen las comunidades locales (art. 4), debiendo entenderse que incluye a las comunidades indígenas. La Ley utiliza los términos comunidades locales y pueblos indígenas (por ejemplo, en el art. 43) y los define como los que “presentan una identidad propia y claramente perceptible, que se

<sup>262</sup> Otro término usado en relación con los grupos indígenas es el de “nación”, y al contrastarlo con el de “pueblo” se ha dicho que “...si bien pudieran equipararse, pues implican una categoría jurídica, política y social autónoma, constituyen, dentro de un proceso histórico determinado, un antes y un después de un grupo social. Entonces, el término ‘Pueblo’ es el aplicable y se adapta en estos momentos a todos los pueblos indígenas existentes en Venezuela y, una vez que logren su autonomía, se les puede identificar con propiedad como ‘Naciones’”. COLMENARES, Ricardo, *El derecho a la Autonomía...* Pág. 213.

traduce en manifestaciones culturales distintas al resto de los habitantes de la nación” (art. 40).

Más claras y mejor elaboradas, en cuanto a la definición de los grupos indígenas, han resultado las disposiciones de la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas. Esta Ley distingue entre comunidades y pueblos indígenas<sup>263</sup>, de manera que los pueblos indígenas son “los habitantes originarios del país, los cuales conservan sus identidades culturales específicas, idiomas, territorios, sus propias instituciones y organizaciones sociales, económicas y políticas, que les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional”; mientras que las comunidades indígenas son “aquellos asentamientos cuya población en su mayoría pertenece a uno o más pueblos indígenas y posee, en consecuencia, formas de vida, organización y expresiones culturales propias”. Asimismo, esta Ley incluye el principio de “autoidentificación” cuando define como indígenas a “aquellas personas que se reconocen a sí mismas” como indígenas, quienes además deben ser “reconocidas como tales, originarias y pertenecientes a un pueblo con características lingüísticas, sociales, culturales y económicas propias, ubicadas en una región determinada o pertenecientes a una comunidad indígena” (art. 2).

Estas definiciones aparecen igualmente en el Proyecto de Ley Orgánica de Pueblos de Pueblos y Comunidades Indígenas que se encuentra actualmente en discusión en la Asamblea Nacional. En este Proyecto de Ley (art. 3) se plantea que ha de entenderse como: a) *pueblos indígenas*, los “grupos humanos descendientes de los pobladores originarios que habitaban el territorio nacional previo a la conformación del mismo, que se reconocen a sí mismos como tales, por tener alguno o algunos de los siguientes elementos: identidades étnicas, hábitat, instituciones sociales, económicas,

<sup>263</sup> De forma similar lo hace la Propuesta de Ley para el Perú hecha por el INDECOPI, ya que la Ley peruana (Ley N° 27811) establece que los pueblos indígenas “son pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se autorreconocen como tales (...)”. Por otra parte, aunque la Ley peruana (relativa a los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas) y la Ley venezolana (referida a la demarcación de hábitat y tierras indígenas) coinciden en consagrar el principio de “autoidentificación”, difiere el modo en que cada una de ellas lo hace, pues la Ley peruana lo establece de forma colectiva, mientras que la Ley venezolana lo hace de forma individual.

políticas, culturales y sistemas legales propios que los distinguen de otros sectores de la sociedad nacional y que están determinados a preservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras”; b) *comunidades indígenas*, los “grupos humanos formados por familias indígenas asociadas entre sí, que pertenecen a uno o más pueblos indígenas y están ubicados en un determinado espacio geográfico”, y c) *indígena*, “la persona que se reconoce a sí misma y que es reconocida por su pueblo o comunidad como tal”.

En tal sentido, se observa que tanto la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas como en el Proyecto de Ley Orgánica de Pueblos de Pueblos y Comunidades Indígenas muestran que existe una tendencia legislativa en nuestro país hacia la consideración de pueblos indígenas y comunidades indígenas como dos categorías jurídicas distintas, no excluyentes, constituyendo las *comunidades indígenas grupos más restringidos que los pueblos indígenas*<sup>264</sup>.

www.bdigital.ula.ve

### **3. Los derechos sobre los conocimientos tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas como derechos colectivos**

En Venezuela, el carácter colectivo de los derechos sobre los conocimientos tradicionales resulta claro, en especial si se toma en cuenta que el derecho consagrado en el artículo 124 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es un derecho colectivo. Como lo señala textualmente la norma, se trata de una propiedad intelectual “colectiva”. Por otra parte, algunas normas especiales, como las contenidas en la Ley de Diversidad Biológica le reconocen igualmente el carácter colectivo (art. 85). Pero la existencia ese carácter colectivo se inserta igualmente en un contexto teórico y normativo más amplio.

<sup>264</sup> Sin embargo, la Ley sobre Diversidad Biológica agrupa ambas categorías bajo la definición amplia ya citada, y respecto de ellas establece los mismos derechos en cuanto se refiere a sus conocimientos, innovaciones o prácticas relativos a la diversidad biológica: la facultad de disposición (artículo 42); el derecho a negar su consentimiento al acceso si no existe previa información suficiente sobre el uso y los beneficios (artículo 43); el derecho a exigir la eliminación de actividades que afecten su patrimonio cultural o la diversidad biológica (artículo 43) o el derecho a disfrutar colectivamente de los beneficios que se deriven de los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica (artículo 84).

La existencia de derechos colectivos implica la existencia de sujetos colectivos. Pero en el caso de ciertos sujetos colectivos, la posesión de una estructura organizacional, social o cultural, no implica necesariamente que se encuentren constituidos como personas jurídicas en el sentido reconocido por el Derecho positivo<sup>265</sup>, es decir, como personas jurídicas expresamente reconocidas y reguladas claramente por normas jurídicas positivas.

De esta afirmación podría deducirse que la noción de sujetos colectivos puede ser entendida en dos sentidos, uno estricto y otro amplio. Sujetos colectivos en sentido estricto serían aquellos cuyo nacimiento y estructura están regulados expresamente por las normas jurídicas positivas y a los que les son atribuidos derechos y deberes de forma concreta, como ocurre en el caso de las sociedades mercantiles, las sociedades civiles o las fundaciones.

De otra parte, se presentan sujetos colectivos cuya estructura organizativa no está regulada de antemano por el ordenamiento jurídico positivo, pero que hacen acto de presencia y exigen el reconocimiento como tales. Son sujetos que sociológicamente y políticamente tienen protagonismo y altos niveles de eficacia, y a cuyo favor se han reconocido determinados derechos. Son colectividades que se presentan con una personalidad colectiva fáctica, puesto que existen, a pesar de que no hay un registro civil o político de naciones y pueblos<sup>266</sup>. Estas colectividades podrían entenderse como sujetos colectivos en un sentido amplio, y dentro de este conjunto de sujetos colectivos se podrían ubicar las comunidades y pueblos indígenas. Si bien determinados intereses de los miembros de grupos étnicos pueden ser protegidos mediante derechos individuales existentes, hay circunstancias en las que los intereses de las poblaciones indígenas requieren la protección de los derechos colectivos, tal como ocurre en el caso de los bienes culturales colectivos<sup>267</sup>.

---

<sup>265</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Exp. 01-127. Voto concurrente del Magistrado José M. Delgado Ocando.

<sup>266</sup> Cfr. LÓPEZ CALERA, Nicolás, *¿Hay Derechos Colectivos?...* Pág. 129.

<sup>267</sup> Idem. Pág. 109.

En el ámbito interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a través de toda su práctica sobre los derechos humanos de las personas indígenas ha aceptado el concepto de derechos colectivos, en el sentido de derechos de los que son titulares conjuntos u organizaciones de personas, como es el caso de las comunidades y pueblos indígenas. En igual sentido, en la preparación del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la CIDH desarrolló el principio jurídico de que derecho individual y derecho colectivo no se oponen, sino que son parte del principio de goce pleno y efectivo de los derechos humanos. Siguiendo el precedente del artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 27 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos que reconocen que existen derechos que sólo pueden ser gozados en conjunto con los restantes miembros de una colectividad, la CIDH consideró que el pleno goce por parte de cada individuo de ciertos derechos individuales sólo es posible si se reconoce dicho derecho al resto de los individuos miembros de esa comunidad, en tanto grupo organizado. Los derechos que se enuncian en el mencionado proyecto tienen como sujeto de los mismos a las comunidades indígenas, se refieren a condiciones jurídicas colectivas de éstas, y pueden ser reivindicados según el caso sea por los individuos, sea por las autoridades representativas en nombre de la comunidad<sup>268</sup>.

En este contexto, resulta pertinente citar a Mackay, para quien pueden identificarse dos maneras de ser titular de derechos colectivos. En primer lugar, los derechos colectivos que sólo pueden ser reivindicados por el grupo, y no por sus miembros individualmente, a menos que un individuo haya sido designado como representante o recibido expresa autorización de éste. Y en segundo lugar, los derechos colectivos que pueden ser reivindicados por un miembro individual del grupo, quién actúa ya sea por cuenta propia, o en representación de otros miembros del grupo o del grupo en su totalidad<sup>269</sup>. Esta segunda categoría puede ser definida como un derecho colectivo de doble posición, pues tanto los miembros individuales como el grupo en sí

<sup>268</sup> Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Doctrina y Jurisprudencia de la Comisión sobre Derechos Humanos (1970-1999)*. Disponible en: [www.cidh.oas.org/Indigenas](http://www.cidh.oas.org/Indigenas) (15/06/2003).

<sup>269</sup> Cf. MACKAY, Fergus, citado por AGUILAR CASTRO, Vladimir, *Guardianes Ancestrales...* Pág. 15.

pueden ejercerlos, de forma independiente. En cambio, en la primera categoría los derechos colectivos sólo pueden ser invocados por el grupo en sí o través de un representante<sup>270</sup>.

Ahora bien, de conformidad con jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela<sup>271</sup>, resaltan como elementos de los derechos colectivos los siguientes:

- a) La titularidad de los derechos colectivos corresponde a grupos individualizables como sectores, como pueden serlo los grupos formados por sujetos pertenecientes a una misma categoría. En el caso del derecho de “propiedad intelectual colectiva” reconocido en el artículo 124 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dicha titularidad recaería en los pueblos o comunidades indígenas como grupos individualizables, pues, como se ha visto, uno de los rasgos característicos de los pueblos o comunidades indígenas es el poseer condiciones que los distinguen del resto de la colectividad.
- b) Por otra parte, la titularidad de los derechos colectivos no es divisible, es decir, no es susceptible de apropiación exclusiva por un sujeto, sino que corresponde en conjunto a un sector de la población, aunque ello no excluye que la acción para ejercer el derecho pueda ser divisible. Los sujetos individuales, es decir las personas naturales integrantes de la comunidad, podrían, en su calidad miembros de la respectiva

<sup>270</sup> Ibidem.

<sup>271</sup> Sentencia de la Sala Constitucional de fecha 19/02/2002, Magistrado Ponente José María Delgado Ocando, Exp. N° 02-0093. “En sentencia del 30 de junio de 2000, la Sala realizó pronunciamiento expreso respecto de la consagración en la República Bolivariana de Venezuela de los derechos e intereses difusos o *colectivos*, señalando en tal oportunidad, respecto a la conceptualización de los mismos, lo siguiente: ‘(...) Se está entonces ante un interés difuso (que genera derechos), porque se difunde entre todos los individuos de la comunidad, aunque a veces la lesión a la calidad de vida puede restringirse a *grupos* de perjudicados individualizables como sectores que sufren como entes sociales, como pueden serlo los habitantes de una misma zona, o los pertenecientes a una misma categoría (...) Sin embargo, los afectados no serán individuos particularizados, sino una totalidad o *grupo de personas naturales o jurídicas*, ya que los bienes lesionados no son susceptibles de apropiación exclusiva por un sujeto. Se trata de intereses indiferenciados (...) Como derecho otorgado a la ciudadanía en general para su protección y defensa, es un derecho indivisible (así la acción para ejercerlo no lo sea), que corresponde en conjunto a toda la población del país o a un *sector de ella*’” (el resaltado es nuestro).

comunidad o pueblo indígena o mediante representación, ejercer el derecho<sup>272</sup>, aunque haciéndolo en todo caso “en beneficio colectivo”, como expresamente lo establece la norma del citado artículo 124 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>273</sup>.

En relación con los derechos sobre los conocimientos tradicionales, delegaciones de Venezuela en algunos foros internacionales han abogado por el establecimiento de los derechos de propiedad intelectual de las comunidades indígenas como derechos colectivos. Así ha sido manifestado, por ejemplo, en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC<sup>274</sup>.

Aunque la titularidad de los derechos sobre los conocimientos tradicionales podría ser atribuida por las legislaciones a sujetos colectivos (comunidades indígenas) o a sujetos individuales (determinados individuos miembros de esas comunidades), desde los inicios de la actuación de las comunidades indígenas en el escenario internacional, éstas han reclamado su reconocimiento como grupos. Así se ha manifestado, por ejemplo, en la Declaración de Principios para la defensa de las Naciones y Pueblos Indígenas del Hemisferio Occidental, de 1977, en la que se reivindica personalidad jurídica para todo el grupo indígena en el cual sus miembros afirman una identidad común, fundamentalmente lingüística, cultural e histórica<sup>275</sup>.

Ahora bien, aunque estos sujetos pueden no poseer personalidad jurídica (en sentido estricto), podría entenderse que han poseído lo que López Calera llama

<sup>272</sup> “Debe, en estos casos, existir un vínculo común, así no sea jurídico, entre quien accionara para lograr la aplicación de una norma, y la sociedad o el *segmento de ella* (...) Este vínculo compartido, por máximas de experiencias comunes, se conoce cuando existe entre el demandante y el interés general de la sociedad o de *un sector importante de ella*, y por tanto estos derechos e intereses difusos o *colectivos* generan un interés social común, oponible al Estado, a grupos económicos y hasta a particulares individualizados” (el resaltado es nuestro). Sentencia de la Sala Constitucional de fecha 19/02/2002, Magistrado Ponente José María Delgado Ocando, Exp. N° 02-0093.

<sup>273</sup> Cfr. ASTUDILLO GÓMEZ, Francisco, *Derechos de las Comunidades Indígenas...* Pág. 297.

<sup>274</sup> En el marco del Acuerdo sobre los ADPIC, Venezuela ha propuesto que se establezca un sistema obligatorio de protección de propiedad intelectual para los conocimientos tradicionales de las comunidades locales e indígenas basado en la necesidad de reconocer sus derechos colectivos. Cfr. CORREA, Carlos, *Los Conocimientos Tradicionales y la Propiedad...* Pág. 35.

<sup>275</sup> Cfr. AGUILAR CASTRO, Vladimir, *Entre Resistencia y Disidencia. La Cuestión Indígena como Desafío de las Relaciones Internacionales Actuales. Tensiones y Conflictos en Venezuela*. Memoria preliminar de tesis doctoral. Instituto Universitario de Estudios del Desarrollo. Ginebra, 2002. Pág. 6.



*derechos prepositivos*<sup>276</sup>. Pero en tanto que dichos sujetos colectivos se han hecho presentes exigiendo que sus derechos sean reconocidos, y los sistemas jurídicos se han visto presionados para la conversión de estos derechos colectivos *prepositivos* en derechos legales propiamente. Esta presión ejercida en el ordenamiento jurídico ha sido producto principalmente de la incursión, luego de siglos de relegación social, política y jurídica, de las comunidades y pueblos indígenas, como principales sujetos colectivos implicados, en el escenario internacional para la reivindicación de sus derechos. Esto comienza a producirse a comienzos del siglo pasado, cuando luego de finalizada la Primera Guerra Mundial un jefe indígena se hace presente en el seno de la Sociedad de Naciones para hacer valer la causa de su pueblo en tanto nación soberana<sup>277</sup>. Así, la transición de derechos *prepositivos* de estos sujetos colectivos a derechos legales ha producido tensiones y conflictos<sup>278</sup>, lo que se ha manifestado en la necesidad de protección jurídica efectiva, más que mero reconocimiento, de ciertos derechos de las comunidades indígenas.

El reconocimiento de las comunidades o pueblos indígenas por normas de Derecho positivo, como ha podido verse en lo expuesto en las páginas anteriores, es hoy incuestionable, tanto en el ámbito internacional como en el nacional. En el ámbito internacional, se han señalado, entre otros, el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y el Convenio sobre la Diversidad Biológica. El primero de ellos reconoce la necesidad de que los Estados establezcan una protección efectiva a los derechos de los pueblos indígenas y tribales mediante acciones legales específicas (art. 12), disposición en la que se configura la efectividad real como una necesidad imperiosa a partir de la cual han de establecerse los derechos de los pueblos indígenas en relación con cualquier bien jurídico colectivo tutelable por el ordenamiento jurídico. Este Convenio consagra, por otra parte, que estos pueblos deben tener una participación en los beneficios obtenidos por la explotación de los recursos genéticos presentes en sus territorios (art. 15), al igual que reconoce la

<sup>276</sup> Es decir, se trata de derechos que aunque no tienen una base legal expresa se configuran como “demandas de justicia” y no meras pretensiones morales, de ahí que su negación no supone “inmoralidad” sino “injusticia”. Cfr. LÓPEZ CALERA, Nicolás, *¿Hay Derechos Colectivos?...* Pág. 98.

<sup>277</sup> Cfr. AGUILAR CASTRO, Vladimir, *Entre Resistencia y Disidencia...* Pág. 4.

<sup>278</sup> Cfr. LÓPEZ CALERA, Nicolás, *¿Hay Derechos Colectivos?...* Pág. 100.

importancia que las actividades económicas tradicionales poseen para el mantenimiento de su cultura y que la asistencia que se proporcione a estos pueblos debe tener en cuenta sus técnicas tradicionales y sus características culturales y la importancia de un desarrollo sostenido y equitativo (art. 23).

También se ha mencionado que el Convenio sobre Diversidad Biológica reconoce la existencia de ciertos derechos en favor de las comunidades o pueblos indígenas, en particular en relación con sus conocimientos tradicionales. Este Convenio contiene en especial una norma a este respecto, la del artículo 8, literal j, por la que los Estados partes se comprometen al reconocimiento y protección de los conocimientos tradicionales, y tiene el mérito de establecer un reconocimiento de la importancia de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a la biodiversidad, y de establecer un cierto compromiso, al menos político, por parte de los Estados que lo han suscrito. No obstante, este convenio posee en general un carácter declarativo, ya que en las obligaciones que establece, como la que se acaba de mencionar, tienen un contenido blando, pues los Estados están obligados sólo “en la medida de lo posible”<sup>279</sup>. Pero determinar en qué medida es posible queda en manos de los Estados y de este modo son los Estados los que deciden en qué medida obligarse. No existe un mecanismo en este Convenio -como tampoco lo existe en el marco del Convenio 169 de la OIT- que se eleve por encima de la voluntad estatal y que pueda coaccionar en alguna forma a los gobiernos para que tomen las medidas requeridas para concretar los derechos que se enuncian en relación con los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas. Ello hace que la efectividad de estas disposiciones sea puesta en duda, con mayor razón si se toma en cuenta que con frecuencia los convenios internacionales son violados impunemente por los gobiernos, aunque generalmente ocurre que los Estados respondan más fácilmente de forma positiva ante presiones internacionales<sup>280</sup>.

---

<sup>279</sup> Cfr. ASTUDILLO GÓMEZ, Francisco, *Derechos de Propiedad Intelectual de las Comunidades Indígenas...* Pág. 284.

<sup>280</sup> Cfr. DUTFIELD, Graham y POSEY, Darrel, *Beyond Intellectual Property...* Pág. 111.

Aunque normas como el mencionado artículo 8, literal j, del Convenio sobre *Diversidad Biológica* son manifestación de un proceso de transformación de estos derechos de las comunidades indígenas sobre sus conocimientos tradicionales, antes *derechos prepositivos* carentes de una base legal, en verdaderos *derechos legales*, este proceso está aún inconcluso en ciertos aspectos, pues en el plano internacional y en los ordenamientos jurídicos internos de distintos países quedan aún por establecerse mecanismos que hagan estos derechos efectivamente aplicables<sup>281</sup>.

En la Comunidad Andina, por su parte, aunque existen algunas normas específicas (en las Decisiones 391 y 486 de la Comisión de la Comunidad Andina) vinculadas con la protección de los conocimientos tradicionales, se ha considerado que uno de los objetivos específicos que debe lograrse a través de la Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino consiste en establecer un régimen especial comunitario para proteger y fortalecer los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, con base no sólo en el reconocimiento de sus derechos individuales, sino también los comunitarios y colectivos<sup>282</sup>.

En el ámbito interno venezolano, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se ha insertado en las tendencias internacionales de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. En este sentido, el Capítulo VII del Título III referido a los derechos humanos, garantías y deberes, incluye expresamente los derechos de los pueblos indígenas, entre los que resalta el reconocimiento de la “*propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas*” (art. 124), norma constitucional que debe ser desarrollada mediante una normativa específica que permita el ejercicio efectivo de tal derecho.

---

<sup>281</sup> Por ejemplo, del texto del artículo 87 de la Ley de Diversidad Biológica de Venezuela se reconoce implícitamente que no existe una garantía de la protección efectiva de los conocimientos tradicionales, al establecer que “la Oficina de Diversidad Biológica, conjuntamente con el Ministerio de Ciencia y Tecnología, promoverá, apoyará y gestionará los recursos financieros para la realización de programas de protección del conocimiento tradicional, dirigidos a proponer y evaluar distintas alternativas que conduzcan a garantizar la protección efectiva del conocimiento tradicional”.

<sup>282</sup> Cfr. Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino, Decisión 523 de la Comisión de la Comunidad Andina. Pág. 43.

Además, en el mencionado Capítulo de la Constitución, se reconocen en su favor otros derechos: la propiedad colectiva sobre sus tierras (art. 119); el derecho a que su integridad cultural no sea lesionada al ser aprovechados por el Estado los recursos naturales que se encuentran en su hábitat (art. 120); el derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural (art. 121); el derecho a una salud integral que considere sus prácticas y culturas (art. 122); el derecho a mantener y promover sus prácticas económicas (art. 123); el derecho a la formación profesional y a participar en los programas de capacitación (art. 123) y el derecho a la participación política (art. 125). Al lado de tales derechos se encuentra el deber de las comunidades indígenas venezolanas de *salvaguardar y la integridad y soberanía nacional, lo que está en consonancia con la circunstancia de que dichos pueblos “forman parte de la sociedad nacional y del pueblo venezolano que se reconoce como único, soberano e indivisible”*<sup>283</sup>.

A partir de los derechos constitucionales mencionados, han sido establecidas algunas normas legales, entre las que conviene mencionar la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas, de 2001, que regula el proceso que debe realizar el gobierno nacional, con la participación de las comunidades indígenas, para la demarcación y garantía del hábitat y tierras que han sido ocupados *ancestral y tradicionalmente por dichas comunidades, como medio para garantizar el derecho de propiedad colectiva sobre sus tierras*<sup>284</sup>. En igual sentido, la Ley sobre Diversidad Biológica, que establece en su artículo 42 que “son derechos comunitarios, la facultad de disposición de los conocimientos, innovaciones y prácticas pasada, actuales o futuras que conforman la propiedad intelectual colectiva de los pueblos y comunidades indígenas”, al mismo tiempo que en su artículo 85 confiere carácter colectivo a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y locales.

<sup>283</sup> Véase Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

<sup>284</sup> Aspectos más puntuales de este tema, en especial en el contexto de la legislación venezolana, se encuentran desarrollados en: AGUILAR CASTRO, Vladimir, *Guardianes Ancestrales en Venezuela: La Demarcación de Territorios Indígenas como Estrategia para la Conservación y Manejo de Parques Nacionales y Áreas Protegidas*. En: *Conservación de la Biodiversidad en Los Andes y la Amazonía*. Cuzco, Perú. 2001.

Dado el reconocimiento de las comunidades o pueblos indígenas por normas internacionales y nacionales, sería útil preguntarse si es necesario que el ordenamiento jurídico positivo otorgue personalidad jurídica en sentido estricto a los mencionados sujetos colectivos y si es necesario que se regulen de forma específica aspectos como su estructura organizacional. Dar respuesta a esta interrogante se relaciona con aspectos cuya regulación resulta particularmente compleja, tal como ocurre en relación con el surgimiento de estos sujetos colectivos, pues la gestación de estas comunidades es anterior a la conformación de nuestro Derecho y del Estado mismo. Por otra parte, la regulación del funcionamiento interior de estas comunidades no debería realizarse por el Derecho positivo sin la consideración de las normas consuetudinarias que rigen al interior de la comunidad<sup>285</sup>.

Estos sistemas normativos consuetudinarios existentes al interior de las comunidades pueden jugar un papel especialmente importante, en tanto que al ejercicio de los derechos colectivos contribuye la organización interna de estos grupos y, en este sentido, la libre determinación -en sentido interno, es decir, como reconocimiento de las formas de organización internas de estas colectividades con respeto a la integridad del Estado- y el reconocimiento de las leyes consuetudinarias ayudarían a crear condiciones más favorables para permitir una utilización de los conocimientos tradicionales por parte de terceros con control por parte la comunidad o pueblo respectivo<sup>286</sup>.

Luego de lo expuesto, puede concluirse que a pesar de las dificultades presentes para una regulación de los derechos colectivos por medio del ordenamiento jurídico

---

<sup>285</sup> Este punto plantea el asunto de la posibilidad de codificación de las normas consuetudinarias de estas comunidades. Al respecto se ha dicho que ello conlleva el riesgo de que dichas normas se “congelen” en el tiempo y que se impida su evolución. Cfr. DUTFIELD, Graham y POSEY, Darrel, *Beyond Intellectual Property...* Pág. 61.

<sup>286</sup> Para algunos autores, el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas debe reconocer expresamente, entre otros aspectos, la personalidad jurídica de las organizaciones indígenas, entendiendo que ello podría facilitar el ejercicio del derecho de propiedad intelectual colectiva sobre los conocimientos, tecnologías e innovaciones, ya que las acciones pueden ser más efectivas si las comunidades están registradas como personas jurídicas, pues para la protección mediante los sistemas jurídicos “occidentales” (lo que incluye los derechos de propiedad intelectual) es necesaria la personalidad jurídica. Cfr. COLMENARES, Ricardo, *El Derecho a la Autonomía...* Pág. 212; DUTFIELD, Graham y POSEY, Darrel, *Beyond Intellectual Property...* Pág. 62.

positivo, ello no debería conllevar la negación de que los sujetos colectivos, en general, y que las comunidades o pueblos indígenas, en particular, puedan ser -como en efecto lo son- reconocidos en forma efectiva por las normas positivas, y que sea posible que esta protección se realice mediante la disposición de medios que aseguren que tales derechos puedan ser ejercidos.

A partir de las observaciones realizadas en este capítulo, puede observarse que a la hora de establecer legalmente la protección conocimientos tradicionales indígenas mediante un régimen especial en que se regulen los respectivos derechos y se definan sus titulares, debería tomarse en cuenta que:

- a) El principal inconveniente que se encuentra al tratar de definir a los pueblos o comunidades indígenas es que dicha labor debe moverse entre dos extremos. Por un lado, la definición no puede ser tan estrecha que excluya a determinados grupos que son merecedores de esta calificación; pero, por otro lado, no puede ser tan amplia que pueda dar cabida a grupos humanos que sin ser indígenas podrían querer aprovecharse de los derechos a ellos conferidos<sup>287</sup>. Debería tratarse, en la medida de lo posible, de una definición flexible.
- b) Los elementos destinados a determinar a dichos sujetos deberían considerar:
- i) el vínculo de la comunidad o pueblo indígena con un territorio determinado;
  - ii) la existencia de características propias, culturales, sociales económicas y políticas, y en cuanto a la existencia de formas de gobierno específicas, se incluiría la libre determinación en sentido interno, y
  - iii) la consideración del mencionado principio de “autoidentificación”; y

---

<sup>287</sup> Cfr. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad, *Los Pueblos indígenas...* Pág. 46.

c) A pesar del hecho de tratarse los pueblos y comunidades indígenas de grupos no dominantes de la sociedad, ello no es exclusivo de los indígenas, de ahí que no deba estar incorporado en una definición de los mismos<sup>288</sup>.

[www.bdigital.ula.ve](http://www.bdigital.ula.ve)

---

<sup>288</sup> Ibidem.

**CAPÍTULO V**  
**PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES**  
**INDÍGENAS. ÉNFASIS EN LAS NORMAS RELACIONADAS CON LA**  
**TITULARIDAD Y EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS**

---

En el presente capítulo se hace necesario exponer en el presente capítulo los problemas que se encuentran vinculados a la protección de los conocimientos tradicionales indígenas mediante las principales ramas del sistema de propiedad intelectual, así como los elementos que han de considerarse para su protección a través de un sistema jurídico especial.

La exposición será dividida en dos grandes partes. En la primera, referida al que hemos denominado ámbito material, se tratan por materia las normas relativas a los conocimientos tradicionales, lo que abarca fundamentalmente las normas de cada una de las ramas de la propiedad intelectual y los aspectos sobre un sistema especial. En la segunda parte, que está destinada al que hemos llamado ámbito espacial, se señalan los principales instrumentos jurídicos -internacionales, comunitarios y nacionales- que contienen normas que inciden en la protección de los conocimientos tradicionales indígenas.

Se señalarán los instrumentos jurídicos nacionales de los países que integran la Comunidad Andina, e igualmente algunas normas de legislaciones nacionales de otros países latinoamericanos que se refieren a la protección de los conocimientos tradicionales. Se destacarán dichos instrumentos nacionales principalmente a través de la elaboración de cuadros comparativos-descriptivos contentivos de las normas vinculadas con la protección de los conocimientos tradicionales.

Para finalizar el capítulo, se mostrará cuál es el panorama nacional. Expuestos los instrumentos comunitarios, los cuales constituyen normativa directamente aplicable en el país, esta tarea significará básicamente señalar la norma constitucional expresa sobre la materia, así como las normas de Ley de Diversidad Biológica.



### 1. **Ámbito material**

Las propuestas que han surgido en torno a la protección jurídica de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas han sido muy variadas. Entre las opciones se encuentran las que parten de la posibilidad de que sean protegidos mediante normas ya existentes, especialmente normas del sistema de propiedad intelectual, y las que consideran necesario que se establezcan formas de protección distintas. Entre las normas distintas de la propiedad intelectual figuran las normas sobre acceso y distribución de beneficios (incluyendo el consentimiento fundamentado previo), los acuerdos contractuales y los sistemas especiales. En las discusiones se ha planteado igualmente la inclusión en los ordenamientos jurídicos nacionales de normas de derecho consuetudinario de las comunidades o pueblos indígenas<sup>289</sup>.

Algunas de estas modalidades de protección distintas de los derechos de propiedad intelectual han encontrado algunas limitaciones significativas. Recurrir a la celebración de acuerdos contractuales, por ejemplo, presenta inconvenientes como la disparidad de poder de negociación de las partes, los elevados costos de transacción, la confidencialidad de los contratos, el hecho de que por lo general éstos no obligan a terceros y pueden plantear en la práctica el problema de exigir el cumplimiento de las condiciones pactadas. En cuanto a la consideración de las normas del derecho consuetudinario se ha dicho que no sería beneficiosa su inclusión en los ordenamientos jurídicos nacionales porque las congelaría en el tiempo e impediría su desarrollo<sup>290</sup>.

Los sistemas especiales podrían estar referidos al acceso a los recursos genéticos e incluir los principios de consentimiento informado previo y de participación en los beneficios obtenidos de la utilización de los recursos genéticos y de

<sup>289</sup> Cfr. Documento UNEP/CBD/WG8J/1/2, Pág. 1. También se ha hecho referencia a modalidades no vinculantes jurídicamente, que incluyen directrices voluntarias y códigos de conducta, así como medidas que implican incentivos y la creación de la capacidad necesaria para garantizar la protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas. Igualmente, se ha considerado que los mejores resultados para la protección de los conocimientos tradicionales han de provenir probablemente de un enfoque en el que se combinen las leyes de propiedad intelectual vigentes, los sistemas de conocimientos tradicionales y los mecanismos de alternativa, como contratos, acuerdos de acceso y otorgamiento de licencias. Cfr. Documento UNEP/CBD/WG8J/2/7, Págs. 20-21.

<sup>290</sup> Cfr. Documento UNCTAD, TD/B/COM.1/EM.13/2, Págs. 22 y ss.; DUFFIELD, Graham y POSEY, Darrel, *Beyond Intellectual Property...* Pág. 60.

los conocimientos tradicionales asociados, esta tendencia se refleja, por ejemplo, en la Decisión 391 de la Comisión de la Comunidad Andina y en la Ley de Diversidad Biológica.

Sin embargo, antes de analizar en particular dichos sistemas especiales, es conveniente analizar las posibilidades de protección de los conocimientos tradicionales indígenas a través de cada una de las ramas de la propiedad intelectual, a fin de determinar si el empleo de los instrumentos jurídicos ya existentes permite atender las necesidades de protección de este objeto en particular<sup>291</sup>.

### 1.1. Mediante propiedad intelectual

De manera aproximativa podría decirse que las normas de propiedad intelectual pueden ser utilizadas en determinadas circunstancias para proteger a las comunidades y pueblos indígenas frente a un uso injusto de sus conocimientos tradicionales o de algunos de los elementos de estos conocimientos, y también para que estos sujetos puedan beneficiarse comercialmente de ellos mediante su propia solicitud de derechos de propiedad intelectual. No obstante, existen varias limitaciones en el sistema de propiedad intelectual que impiden la protección eficaz de los conocimientos tradicionales indígenas por esta vía<sup>292</sup>.

Habría que tener en cuenta en primer lugar que los derechos de propiedad intelectual nunca se concibieron con el fin de proteger los conocimientos tradicionales, por lo que no se adaptan fácilmente a la naturaleza colectiva de su nacimiento y titularidad<sup>293</sup>; además, existe el inconveniente de que la noción de propiedad que existe en las comunidades y pueblos indígenas es diferente a la que se maneja en las comunidades occidentales, preponderantemente industriales<sup>294</sup>.

<sup>291</sup> Cfr. Documento TD/B/COM.1/EM.13/3, Pág. 4.

<sup>292</sup> Cfr. Documento UNEP/CBD/WG8I/1/2, Pág. 26.

<sup>293</sup> Cfr. Documento TD/B/COM.1/EM.13/2, Pág. 16.

<sup>294</sup> Cfr. DUTFIELD, Graham y POSEY, Darrel, *Beyond Intellectual Property...* Pág. 60.

Sin embargo, las posibilidades de utilización de las normas de propiedad intelectual se fundamentan básicamente en el hecho de que los conocimientos tradicionales indígenas comparten con los bienes intelectuales protegidos por dichas normas el consistir en objetos que no revisten una forma física y que poseen, sin embargo, la aptitud o capacidad de ser aprehendidos por los sentidos. En este orden de ideas, los conocimientos tradicionales indígenas consisten en bienes inmateriales.

Además de la razón anotada, los conocimientos tradicionales pueden cumplir en ciertas circunstancias los requisitos legales específicos que la ley exige para que un bien sea considerado como objeto protegido por las ramas tradicionales de la propiedad intelectual (obra, invención, signo distintivo, variedad vegetal) y, en consecuencia, acceder al registro y a la protección específica ofrecida por cada rama. Pero esta posibilidad sería siempre limitada, como podrá verse a continuación.

[www.bdigital.ula.ve](http://www.bdigital.ula.ve)

#### **1.1.1. Derecho de autor y derechos conexos**

Las consideraciones acerca de la protección de los conocimientos tradicionales mediante el derecho de autor se vinculan principalmente con la protección de las expresiones artísticas tradicionales. La protección jurídica de estas expresiones dentro del marco del derecho de autor supone distinguir entre tres categorías distintas de objetos:

- Expresiones artísticas tradicionales (o “manifestaciones del folclore”) propiamente dichas, las que en el contexto del derecho de autor quedarían restringidas a las manifestaciones artísticas y literarias originales.
- Obras originarias inspiradas en expresiones artísticas tradicionales, como serían las realizadas inspirándose en un ritmo o un estilo “folclórico” sin implicar adaptaciones o modificaciones de tales expresiones.

- Obras derivadas de expresiones artísticas tradicionales, tales como traducciones, adaptaciones, compilaciones, etcétera, que sean originales y por tanto diferenciables de dichas expresiones<sup>295</sup>.

La realización de obras inspiradas o derivadas de “expresiones del folclore” está contenida en las Disposiciones Tipo OMPI/UNESCO (art. 4). De esta norma cabría resaltar que la misma excluye la exigencia de autorización previa el uso de “expresiones del folclore para fines de creación de una obra original de uno o varios autores”. Aunque podría encontrar justificación en la dificultad que puede existir en ciertos casos para obtener dicha autorización, puede afirmarse que su inclusión en las legislaciones nacionales, en los términos (absolutos) en que ha sido contemplada, resultaría injusta.

Estas clases de obras (inspiradas en “expresiones del folclore” y derivadas de estas expresiones) constituyen obras en el sentido del derecho de autor y, por tanto, su protección por esta vía es siempre posible, claro está, en la medida en que cumplan los requisitos exigidos en cada caso por las normas autorales, para las obras originarias u obras derivadas (contempladas éstas en los arts. 3 de la Ley de Derecho de Autor y 5 la Dec. 345).

En el caso de las obras derivadas (también llamadas compuestas por la Ley venezolana), sería pertinente tomar en cuenta, de un lado, que la obra derivada “es la basada en otra ya existente”, y de otro, que las expresiones artísticas tradicionales no necesariamente son obras (en el sentido del derecho de autor), de ahí que podría resultar difícil deslindar en qué casos se está ante obras originarias inspiradas en ellas o ante obras derivadas<sup>296</sup>. Por otra parte es conveniente resaltar que la obra derivada es completamente distinta de la obra originaria (en este caso, las expresiones artísticas

---

<sup>295</sup> Cf. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *La Protección de las Expresiones del Folclore...* Párrafo 14.

<sup>296</sup> En el caso de la ley peruana sobre derecho de autor, por ejemplo, queda clara la protección de obras derivadas de “expresiones del folclore”, pues expresamente contempla esta categoría entre las obras protegidas por la ley (art. 6).

tradicionales) y, en consecuencia, los derechos sobre la obra derivada no entrañan derechos de ningún tipo sobre la obra originaria<sup>297</sup> (“folclore”).

La protección de las “expresiones del folclore” propiamente dichas por la vía del derecho de autor es menos clara que en el caso de las obras inspiradas en o derivadas de ellas, puesto que usualmente comprenden manifestaciones que no cumplen con los requisitos para ser consideradas como obras en el sentido del derecho de autor (por ejemplo, juegos, costumbres)<sup>298</sup>, y por otra parte, existen dificultades como lo es su misma naturaleza tradicional que impide la fijación exacta de la fecha de su creación, ya que las expresiones artísticas tradicionales suelen poseer una antigüedad indeterminada<sup>299</sup> que trasciende la vida de los sujetos particulares que integran la comunidad en que surgen e incluso el lapso de protección conferido por el derecho de autor (sesenta años en Venezuela, art. 25 de la Ley sobre Derecho de Autor).

Estas limitaciones han provocado propuestas en torno a establecer normas especiales para la protección del “folclore”, las cuales tendrían por objeto su conservación y no sólo la concesión de un derecho de exclusiva para su explotación. En este contexto, se ha planteado que estas expresiones tradicionales merecen una protección análoga a la protección que otorga el derecho de autor a las creaciones intelectuales<sup>300</sup>; de forma que, al lado de disposiciones específicas acordes con este objeto determinado, sería válido el aprovechamiento de algunos principios del derecho de autor. Ejemplos de ello se pueden encontrar en algunas legislaciones nacionales (por ejemplo, las leyes autorales de Paraguay<sup>301</sup> y México<sup>302</sup>) en las que se establece la

<sup>297</sup> Cfr. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *La Protección de las Expresiones del Folclore...* Párrafo 14.

<sup>298</sup> Cfr. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Manual para la Enseñanza Virtual del Derecho...* Pág. 179.

<sup>299</sup> Cfr. LIPSZYC, Delia, *Derecho de Autor...* Págs. 95-96.

<sup>300</sup> Cfr. Recomendación adoptada en la 25ª Asamblea General de la UNESCO sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular, citada por: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *La Protección de las Expresiones del Folclore...* Párrafo 13.

<sup>301</sup> Véase artículo 84 de la Ley N° 1328/98 de Derecho de Autor y Derechos Conexos (Paraguay): “Cuando una expresión del folclore sirva como base de una obra derivada, el autor de ésta última, quien la divulgue o la difunda por cualquier medio o procedimiento, deberá indicar la región o comunidad de donde proviene esa expresión, y su título, si lo tuviere”.

<sup>302</sup> Véase artículo 160 de la Ley Federal de Derecho de Autor (México): “En toda fijación, representación, publicación, comunicación o utilización en cualquier forma, de una obra literaria, artística, de arte popular o artesanal; protegida conforme al presente capítulo, deberá mencionarse la comunidad o etnia, o en su caso la región de la republica mexicana de la que es propia”.

obligación de mencionar la comunidad de origen de las “expresiones del folclore” cuando las mismas sean utilizadas de cualquier forma. Esta solución es similar a la que se encuentra contenida en el artículo 26, literal i, de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina en relación con invenciones obtenidas o desarrolladas a partir de conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales<sup>303</sup> (aunque esta norma va un poco más allá de la sola mención de la comunidad de origen, como se verá luego en la sección referida al derecho de patentes), y puede considerarse como una adaptación del derecho de paternidad existente en el derecho de autor, mediante el cual el autor debe ser siempre reconocido como creador de su obra.

Por otra parte, las bases de datos originales o creativas, que son bienes protegibles por el derecho de autor, podrían considerarse vinculadas a los conocimientos tradicionales indígenas -ya sean conocimientos asociados a la biodiversidad o “expresiones del folclore”- en tanto que estos conocimientos pueden encontrarse registrados en ellas. Las bases de datos pueden ser creativas o no creativas, pero para ser protegibles por el derecho de autor deben ser del primer tipo, en tanto que como se señaló ya la protección por las normas autorales exige la originalidad<sup>304</sup>. Sin embargo, la recopilación de conocimientos tradicionales indígenas en registros o bases de datos no tiene en materia autoral pertinencia legal de ninguna forma, mientras no se vincule a dichos registros una protección especial, puesto que, en principio, los datos

<sup>303</sup> Véase artículo 26 de la Dec. 486: “La solicitud para obtener una patente de invención se presentará ante la oficina nacional competente y deberá contener lo siguiente: (...) i) de ser el caso, la copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales de los Países Miembros, cuando los productos o procedimientos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen, de acuerdo a lo establecido en la Decisión 391 y sus modificaciones y reglamentaciones vigentes (...)”.

<sup>304</sup> Las disposiciones jurídicas existentes (tales como el artículo 2.5 de la Convención de Berna o el artículo 10.2 del Acuerdo sobre los ADPIC y el artículo 5 del Tratado de Derecho de Autor de la OMPI) limitan la protección de las bases de datos a la forma original o creativa de seleccionar y disponer los datos, y el propio soporte de la base de datos (es decir, el código de soporte lógico) puede ser protegido en virtud del derecho de autor. El propietario de la base de datos puede también adoptar medidas técnicas para proteger los datos en cuyo caso cualquier intento de burlar la protección técnica puede también considerarse como ilícito (art. 11 del Tratado de Derecho de Autor de la OMPI). El nombre de la base de datos puede también estar protegido como marca. Cfr. Documento UNEP/CBD/WG8J/2/7, Pág. 32.

contenidos en estas bases de datos por sí mismos, no están cubiertos por el derecho de autor<sup>305</sup>.

Consideramos conveniente realizar la anterior observación dado que en el contexto nacional se está llevando a cabo una iniciativa en el sentido de almacenar los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica en una base de datos, denominada BIOZULUA, cuyo contenido es por el momento de acceso restringido, con el objetivo de almacenar los conocimientos que diversas etnias del Amazonas venezolano poseen en relación con plantas y animales útiles para la alimentación y la medicina, tales como tecnologías para la elaboración de alimentos, herramientas, utensilios y artículos para la construcción, así como también para valorarlos económicamente lo que permitirá su posterior comercialización<sup>306</sup>. Este inventario ha sido protegido ya como base de datos, al igual que ha sido registrado el software utilizado para el registro. Pero a pesar de ello, mientras no exista un régimen especial del que deriven derechos en favor de las comunidades y pueblos indígenas a partir de esas bases de datos, no puede afirmarse que de la incorporación de los mencionados conocimientos surjan derechos en favor de las comunidades o pueblos indígenas que los han proporcionado. En vista de lo anterior, han surgido posiciones encontradas en instituciones oficiales y organizaciones indígenas existentes en el país, como por ejemplo la Organización de Pueblos Indígenas del Amazonas (ORPIA), los cuales han manifestado tener reservas en cuanto a la conveniencia de tales bases de datos.

Ahora bien, algunos autores han considerado que la protección ofrecida por el derecho de autor puede ser especialmente beneficiosa para proteger los conocimientos tradicionales indígenas, tomando en cuenta que el derecho de autor no exige que la obra sea registrada para estar protegida, ya que la protección se confiere desde el momento mismo de la creación<sup>307</sup>. Si bien ello es cierto, a este respecto cabe recordar,

---

<sup>305</sup> Aunque existen algunos mecanismos para la protección del contenido de las bases de datos, por ejemplo, los que figuran en el artículo 39.3 del Acuerdo de los ADPIC y en la Directiva de la Comunidad Europea 96/9/CE, sobre bases de datos. Cfr. Documento UNEP/CBD/WG8J/2/7, Pág. 18.

<sup>306</sup> Cfr. Documento UNEP/CBD/WG8J/2/7, Pág. 19.

<sup>307</sup> Cfr. RUIZ, Manuel y VIVAS, David, *Manual Explicativo...* Pág. 22.

no obstante, que el registro tiene efectos probatorios en relación con la demostración de la paternidad y de la existencia misma de la obra, lo que en ciertos casos puede tener gran importancia<sup>308</sup>.

Por otra parte, cabe señalar que el origen comunitario de los conocimientos tradicionales indígenas hace difícil conocer la identidad personal de cada sujeto que interviene en la realización de los distintos elementos que integran dichos conocimientos; mientras que los derechos de autor -a diferencia de lo que ocurre en el sistema de *copyright*- se conceden sólo en favor de personas naturales. Esto ha significado uno de los más serios inconvenientes para la protección por esta vía de los conocimientos tradicionales indígenas, pues la protección de los conocimientos indígenas creados de forma colectiva habría de tener la forma de derechos colectivos.

Aunque debe decirse que en el derecho de autor pueden protegerse obras creadas por varios sujetos, a través de dos figuras jurídicas particulares mediante las cuales es posible la coautoría. Desde este punto de vista, las obras protegidas por el derecho de autor pueden ser complejas, cuando en su creación participan varias personas, generalmente a través de una previa concertación. Las obras complejas pueden ser en colaboración o colectivas. Las obras en colaboración resultan de un trabajo mancomunado entre varios autores para generar una obra común, y pueden ser divisibles o indivisibles, dependiendo de si los distintos aportes pueden o no ser separados, lo que responderá de la solución adoptada por cada legislación nacional. Cuando se trata de obras en colaboración indivisibles, la titularidad del derecho pertenece en conjunto a todos los coautores; tratándose de obras en colaboración divisibles, la titularidad puede recaer en todos los coautores, pero éstos pueden pactar que cada autor tiene la titularidad de su aporte si así lo demuestra. En Venezuela, cada coautor puede explotar su aporte siempre que dicha explotación no perjudique la explotación de la obra en común<sup>309</sup>.

---

<sup>308</sup> Otra forma de lograr este efecto puede ser mediante la publicación de la obra.

<sup>309</sup> ANTEQUERA, Ricardo, *Manual para la Enseñanza...* Tomo I. Pág. 113.



La definición de las obras colectivas es más difícil puesto que usualmente no es posible la identificación de las distintas personas participantes ni de sus aportes respectivos por lo que no es posible atribuir a cada coautor un derecho autónomo; además de ello, la producción, dirección, edición o divulgación de las obras colectivas debe realizarse bajo la responsabilidad de una persona (natural o jurídica) que la publica bajo su nombre. Debido a la dificultad para determinar cada aporte por separado y a su respectivo autor, a las obras colectivas se aplican los principios de las obras anónimas<sup>310</sup>, en las cuales el editor de la obra se considera representante del autor, y por tanto está facultado para ejercer sus derechos (art. 15, párrafo 3, del Convenio de Berna), lo que no quiere decir que sea su titular.

Tomando en cuenta las disposiciones del Convenio de Berna, las normas sobre obras colectivas a las cuales les son aplicables las normas relativas a obras anónimas (especialmente la contenida en artículo 15, párrafo 3, del Convenio de Berna), parecen no ser aplicables en el caso de los conocimientos tradicionales indígenas, en especial cuando tienen la forma de “expresiones del folclore”, ya que existe una norma especial del Convenio, la del artículo 15, párrafo 4, que regula lo concerniente al ejercicio de los derechos referidos a ellas.

Si bien el artículo 15, párrafo 4, del Convenio de Berna se establece para las obras realizadas por autores cuya identidad es desconocida (lo que las aproxima a las obras anónimas), este artículo exige que la obra de autor desconocido no haya sido publicada -de ahí que no pueda atribuirse la representación a quien la ha publicado, como se establece en el caso de las obras anónimas- y expresamente señala que quien debe representar al autor desconocido será una autoridad que puede ser establecida por el Estado<sup>311</sup>, aunque las atribuciones de esta autoridad son las mismas que las conferidas al editor en el caso de las obras anónimas, incluyendo la facultad de

---

<sup>310</sup> Ibidem. Pág. 111.

<sup>311</sup> Es necesario que el país que designe la autoridad a que hace referencia el artículo mencionado notifique tal designación al Director General de la OMPI, mediante una declaración escrita que debe contener toda la información sobre dicha autoridad, declaración que será comunicada a los demás países de la Unión, principalmente porque la autoridad designada será la facultada para ejercer y salvaguardar en los demás países de la Unión los derechos de que pueda gozar la expresión del folclore. Cfr. OMPI, *Guía del Convenio de Berna para la Protección...* Pág. 113.

salvaguardar los derechos del autor en todos los países miembros de la Unión que constituye el Convenio.

En este sentido, siguiendo el Convenio de Berna, podría interpretarse que los titulares de los derechos sobre las expresiones artísticas tradicionales indígenas serían las comunidades o pueblos indígenas, aunque el ejercicio de tales derechos podría recaer (en la medida en que los Estados hagan uso de la facultad que les otorga el artículo 15, párrafo 4<sup>312</sup>) en la autoridad que el Estado designe al efecto. No obstante, el Convenio deja a los Estados la libertad de regularlo de otro modo<sup>313</sup>.

### 1.1.2. Derecho de patentes

Para que los conocimientos tradicionales indígenas puedan ser protegidos mediante las normas sobre patentes, deben poder ser considerados como invenciones y someterse a los exámenes correspondientes para determinar si cumplen con los requisitos establecidos legalmente para la obtención de patentes<sup>314</sup>, los cuales, como se ha visto, consisten en la novedad, la altura inventiva y la susceptibilidad de aplicación industrial. Aunque en teoría los conocimientos tradicionales podrían cumplir los mencionados requisitos, usualmente se encuentran limitaciones, entre ellas las siguientes:

- Es difícil, aunque no imposible, que los conocimientos tradicionales respondan a los criterios de novedad y altura inventiva, en todo caso la demostración de esta circunstancia resulta costosa.

---

<sup>312</sup> Venezuela no ha hecho uso de la norma contemplada en este artículo.

<sup>313</sup> Cabe señalar que si se entiende que las disposiciones sobre obras anónimas son aplicables a las “expresiones del folclore”, ello conduciría a que la duración del derecho se extendería hasta por 50 años (artículo 7.3 del Convenio de Berna). No obstante, la Ley Tipo de Túnez sobre Derecho de Autor para los Países en Desarrollo (1976) contempla que la duración de estos derechos debería ser indefinida, al mismo tiempo que contempla que no debe exigirse la fijación material de las “expresiones del folclore”. Sin embargo, este texto no es vinculante.

<sup>314</sup> Cfr. ASTUDILLO GÓMEZ, Francisco, *Derechos de Propiedad Intelectual de las Comunidades Indígenas...* Pág. 289.

- Los conocimientos tradicionales se generan por lo regular de manera colectiva y a ese respecto no es fácil que tengan un titular identificable<sup>315</sup>.

Ahora bien, existen los riesgos del patentamiento de conocimientos tradicionales por terceros no autorizados<sup>316</sup>. Se puede disponer, sin embargo, de algunas vías para evitar este aprovechamiento injusto. Una de ellas lo sería la exigencia de indicación del origen en las solicitudes para la obtención de patentes relativas a invenciones basadas en recursos genéticos, otra podría ser la necesidad de incluir en esas solicitudes un certificado de origen de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a ellos, y otra podría consistir en el requerimiento de prueba de que se ha obtenido el consentimiento fundamentado previo del país o la comunidad indígena o local pertinente<sup>317</sup>. Este sistema ha sido el adoptado en la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina (art. 26, literal i), según la cual la solicitud de patente deberá contener “(...) i) de ser el caso, la copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales de los países miembros, cuando los productos o procedimientos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los que cualquiera de los países miembros es país de origen”.

Otra forma de evitar que un conocimiento tradicional indígena pueda ser patentado por terceros no autorizados consiste en publicar una descripción de la

<sup>315</sup> Documento TD/B/COM.1/EM.13/2, Págs. 16 y ss.

<sup>316</sup> En muchos casos se considera que las patentes son una fuente de preocupaciones en lugar de una oportunidad, ya que en oportunidades terceros han utilizado los conocimientos tradicionales para desarrollar un producto que posteriormente ha sido objeto de una patente, sin que se haya obtenido previamente el consentimiento fundamentado de los creadores o poseedores de dichos conocimientos tradicionales ni se les haya hecho partícipes de los beneficios. Cfr. UNCTAD, Documento TD/B/COM.1/EM.13/2, Págs. 16 y ss.

<sup>317</sup> Se ha sugerido en el establecimiento de un sistema de certificación internacional mediante el cual los países que proporcionan recursos genéticos o conocimientos tradicionales expedirían certificados normalizados donde se indicase que se habían cumplido todas las obligaciones de conformidad con las leyes nacionales (Tobin y Ruiz, 1996). Por otra parte, algunos países en desarrollo sugirieron que se incluyesen en el Tratado sobre el Derecho de Patentes de la OMPI disposiciones encaminadas a impedir la concesión de patentes de invenciones que utilizaran conocimientos tradicionales sin autorización, por ejemplo mediante la comunicación obligatoria de la fuente y del consentimiento fundamentado previo. Otro enfoque complementario ha sido el de establecer una base de datos de conocimientos tradicionales que pueda ser utilizada en las oficinas nacionales de patentes durante el proceso de examen previo. Cfr. Documento TD/B/COM.1/EM.13/2, Págs. 16 y ss.

invención y hacer así que dicha descripción pase a formar parte del estado de la técnica y por tanto el respectivo conocimiento deberá ser considerado por las oficinas de patente a los fines de negar la novedad o la altura inventiva de la solicitud de patentamiento del tercero no autorizado, esto es lo que se conoce como *publicación defensiva*. Esta posibilidad, sin embargo, tiene pertinencia sólo en la medida en que la comunidad respectiva no se encuentre interesada en el patentamiento de ese conocimiento, pues esta publicación excluiría la posibilidad, de ser el caso, de que el conocimiento tradicional (que consista en un invento) sea patentado incluso por la comunidad que lo ha creado.

Es en este contexto, partiendo de la idea de que las comunidades indígenas no se encuentran interesadas en la obtención de un monopolio legal mediante la concesión de patentes sino en la protección de sus conocimientos contra usos indebidos por parte de terceros, en Venezuela se han adelantado investigaciones<sup>318</sup> que han desembocado en propuestas en el sentido de que las publicaciones defensivas se consideren alternativas al sistema de propiedad intelectual, con el objeto de prevenir la usurpación, comercialización y privatización de los conocimientos de las comunidades indígenas y a la vez permitir la protección de la integración de estas sociedades<sup>319</sup>.

Esta podría ser una vía de protección factible, al menos si se toman en cuenta dos aspectos. Primero, habría que considerar que, como se ha dicho antes, las comunidades indígenas no parecen encontrarse interesadas en obtener derechos de explotación exclusiva sobre sus conocimientos. Segundo, hay que tener presente que en nuestro país no está permitido el patentamiento de los conocimientos tradicionales indígenas, pues de acuerdo con el artículo 124 *in fine* de la Constitución de la

---

<sup>318</sup> En 1997, la Universidad de Los Andes, a través del Grupo de Geopolítica del Ambiente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, presentó un proyecto orientado a este objeto ante Fundacite-Guayana, a través del programa BioGuayana de la Universidad Nacional Experimental de Guayana.

<sup>319</sup> Cfr. AGUILAR, Vladimir y PONCE, Julio, *Conocimientos Indígenas Amenazados*. BioGuayana/Fundacite-Guayana. Ciudad Guayana, 2002. Pág. 69.

República de Bolivariana de Venezuela, queda prohibido el registro de patentes sobre los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas<sup>320</sup>.

Adicionalmente, al hablar de publicación defensiva se hace necesario resaltar que a los fines de que las oficinas de patente puedan negar la novedad o la altura inventiva de la solicitud de patentamiento del tercero no autorizado, se requiere que las legislaciones sobre patentes establezcan que la novedad no será analizada sólo a partir de la información divulgada a nivel nacional, es decir, en el país donde la patente se solicita (novedad relativa), sino también a nivel internacional, es decir, tomando en cuenta el conocimiento que se ha hecho público en cualquier país (novedad absoluta)<sup>321</sup>.

Por otra parte, en materia de patentes las bases de datos contentivas de conocimientos tradicionales tienen una especial relevancia, ya que éstos generalmente no se encuentran documentados y su registro puede ayudar a demostrar su existencia como conocimiento previo (estado de la técnica), en el supuesto de que se reclame una patente basada en conocimientos tradicionales registrados<sup>322</sup>. Sin embargo, se ha sugerido que el objetivo de esas bases de datos no debiera consistir en poner en el

<sup>320</sup> En relación con ello debe tomarse en cuenta que las normas de la Comunidad Andina, además de formar parte integrante del ordenamiento jurídico venezolano son, según el artículo 153 constitucional, de aplicación preferente a la legislación interna, formando parte de esta legislación interna las normas constitucionales. De ahí que sea conveniente en relación con esta disposición que incorpora la Constitución venezolana, aclarar la compatibilidad del artículo 124 constitucional con las disposiciones comunitarias pertinentes (en particular, las de la Decisión 486) ya que de existir incompatibilidad, resultarían aplicables preferentemente las normas comunitarias. No obstante, a nuestro parecer en el estado actual de ambas normativas, está no podrían considerarse incompatibles, pues la normativa andina no establece norma alguna en el sentido de que los países miembros concedan derechos de patentes sobre los conocimientos tradicionales.

<sup>321</sup> En ese contexto, se ha manifestado la preocupación de que en materia de patentes se defina la innovación en un sentido territorial limitado, de manera que la invención pueda ser considerada como nueva aun cuando exista de ella una forma (documentada o sin documentar) en otro país (Cfr. Documento TD/B/COM.1/EM.13/2, Págs. 16 y ss.). La Ley de Perú para la protección de los conocimientos tradicionales colectivo (Ley N° 27811) impone a la oficina nacional encargada de la materia (INDECOPI) la obligación de enviar la información contenida en el registro de conocimientos tradicionales que se encuentran en el dominio público a las oficinas de patentes de todo el mundo, con el fin de que sea considerada como parte del estado de la técnica (art. 23).

<sup>322</sup> Cfr. Documento TD/B/COM.1/EM.13/2, Pág. 23. En cuanto al registro de los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad, puede decirse que la Ley sobre Diversidad Biológica de Venezuela impone al Ministerio del Ambiente y los Recursos Renovables el deber de implementar "un programa para la identificación, registro y evaluación de los componentes de la diversidad biológica [que incluya] (...) la diversidad de conocimientos asociados intangibles (...)" (art. 54).

dominio público los conocimientos tradicionales que actualmente no lo están, sino asegurar que los conocimientos tradicionales que ya están en el dominio público se reconozcan plenamente y se identifiquen como pertenecientes al dominio público y, por tanto, no estén sujetos a patentes<sup>323</sup>. De ahí que el contenido de estas bases de datos debería discriminarse y restringir el acceso a aquellos conocimientos que no se encuentren en el dominio público y permitirlo a los fines de comprobar su existencia previa, como parte del estado de la técnica, frente a la cual ha de confrontarse toda solicitud de patente a efectos de comprobar tanto la novedad como la altura inventiva como requisitos objetivos que debe cumplir toda invención para ser considerada patentable, y eventualmente asegurar el consentimiento informado previo de las comunidades de las que provienen.

En este orden de ideas, habría que tener presente que los conocimientos tradicionales no necesariamente son de dominio general, en algunos casos incluso ni siquiera son conocidos por toda la comunidad respectiva, sino sólo por determinadas personas (shamanes, médicos yerbateros, ancianos, etcétera); y así mismo, hay que considerar que la incorporación de estos conocimientos secretos en bases de datos con un acceso indiscriminado pudiera dejar sin efecto la posibilidad, incluso por parte de las mismas comunidades, de recurrir a un eventual patentamiento de dichos conocimientos como invenciones, debido a la falta de novedad. No obstante, como hemos mencionado al hablar de las publicaciones defensivas, recurrir al patentamiento de sus conocimientos tradicionales no pareciera ser el interés que han manifestado las comunidades indígenas, aunque en todo caso ello no sería posible en Venezuela, tomando en cuenta el contenido del artículo 124 constitucional.

Partiendo de lo antes expuesto, la legislación establecida en Perú<sup>324</sup> para la protección de los conocimientos tradicionales indígenas de naturaleza colectiva contempla un sistema registral que abarca, por una parte, un registro en el que la autoridad estatal tiene la tarea de registrar en una base de datos de acceso público los

---

<sup>323</sup> Cfr. Documento UNEP/CBD/WG8J/2/7, Pág. 32.

<sup>324</sup> Ley N° 27811 de Perú que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos (art. 15 y ss.).

conocimientos tradicionales que se encuentran en el dominio público y, por otra parte, un registro de conocimientos que no se encuentren en el dominio público y que es de carácter confidencial y no puede ser consultado por terceros. En ambos registros, los pueblos indígenas de forma voluntaria pueden registrar los conocimientos tradicionales que deseen proteger.

En todo caso, un elemento a tomar en cuenta es que no debería bajo ninguna circunstancia hacerse depender del registro el nacimiento del derecho de las comunidades y pueblos indígenas sobre sus conocimientos tradicionales, sino que, al contrario, el derecho debería nacer desde el momento mismo de la creación o surgimiento del conocimiento tradicional, sea cuando sea que éste haya sido creado<sup>325</sup>.

Ahora bien, habría que insistir en la circunstancia de que la existencia de un registro (base de datos o inventario) de los conocimientos tradicionales indígenas no supone necesariamente la existencia de derechos en favor de las comunidades que los han creado. Para que ello se a así, es necesario que la legislación específica establezca determinados derechos que derivan del registro, pues, como se explicó al comienzo del trabajo, la titularidad recae sobre derechos, no existiendo éstos mal puede hablarse de quién será su titular. Aunque inscribir un conocimiento en una base de datos puede ayudar a demostrar la existencia de una innovación anterior en el supuesto de que se reclame una patente basada en un conocimiento tradicional, esa inscripción no atribuye necesariamente el derecho a reclamar la titularidad jurídica de esos conocimientos tradicionales<sup>326</sup>.

Otras propuestas han surgido en Venezuela en el sentido de establecer, a partir de la existencia de un inventario de conocimientos tradicionales asociados a los recursos biológicos de las comunidades o pueblos indígenas (que sin tener efectos constitutivos del derecho daría fe de la existencia de los conocimientos tradicionales),

---

<sup>325</sup> Cfr. ASTUDILLO GÓMEZ, Francisco, *Derechos de Propiedad Intelectual de las Comunidades Indígenas...* Pág. 300.

<sup>326</sup> Cfr. Documento UNCTAD, TD/B/COM.1/EM.13/2, Pág. 23.

determinados derechos, como el de explotar sus conocimientos tradicionales asociados a los recursos biológicos en la forma que a bien tengan y obtener beneficios de ellos<sup>327</sup>.

En todo caso, en el campo del derecho de patentes, cuando se trata de planteamientos sobre la elaboración de bases de datos de conocimientos tradicionales, cabe recordar que éstas serían convenientes en cuanto serían un mecanismo que permitiría objetar solicitudes de patentes en trámite o cuestionar patentes concedidas que se encuentren relacionadas con productos o procesos obtenidos o desarrollados a partir de un conocimiento tradicional colectivo, en cuanto los mismos sean considerados como parte del estado de la técnica y servir para demostrar la falta de novedad o de altura inventiva, que son requisitos indispensables para la protección de invenciones mediante patentes<sup>328</sup>. Así mismo, estas bases de datos podrían ser importantes a fin de determinar la titularidad de los derechos sobre los conocimientos tradicionales a efectos del otorgamiento del consentimiento fundamentado previo para la utilización de un conocimiento tradicional (en una invención, por ejemplo)<sup>329</sup> y hacer posible, al menos legalmente, la negociación con el objeto de entre otras cosas obtener una participación en los beneficios que deriven de la explotación de la invención respectiva<sup>330</sup>.

Pero es de tomar en cuenta otros mecanismos que podrían ajustarse más a la interrelación existente entre la protección los conocimientos tradicionales indígenas y la regulación de otros aspectos que inciden en la vida de estas comunidades o pueblos. Así, podría considerarse la regulación del patrimonio indígena en general, incluyendo los conocimientos tradicionales indígenas, como patrimonio de la nación, y de esta forma hacer recaer en manos del Estado la defensa de los derechos sobre estos conocimientos, aunque sin excluir la participación directa de las comunidades indígenas, participación que sería especialmente necesaria para la identificación de los

---

<sup>327</sup> Cfr. ASTUDILLO GÓMEZ, Francisco, *Derechos de Propiedad Intelectual de las Comunidades Indígenas...* Pág. 300.

<sup>328</sup> Cfr. Área de Estudios Económicos del INDECOPI, *Propuesta de Régimen de Protección...* Pág. s/n.

<sup>329</sup> Véase artículo 15.5 del Convenio sobre Diversidad Biológica y artículo 26,i) de la Dec. 486, aunque en relación con esta última norma hay que resaltar que ella no contempla expresamente que el consentimiento deba ser debidamente informado.

<sup>330</sup> Véase artículo 1 del Convenio sobre Diversidad Biológica.



conocimientos tradicionales como pertenecientes a determinadas comunidades o pueblos y para asegurar el consentimiento fundamentado previo en caso de utilización de estos conocimientos por parte de terceros.

Lo anterior se encuentra en correspondencia con el hecho de que la protección los conocimientos tradicionales indígenas debiera tomar en cuenta los distintos elementos que inciden en la vida de estas comunidades o pueblos, y no descuidar el innegable nexo que existe entre los derechos referidos a los conocimientos tradicionales indígenas y los demás derechos indígenas reclamados por las comunidades y pueblos indígenas y reconocidos tanto en diferentes instrumentos internacionales como en el ámbito interno<sup>331</sup>.

### 1.1.3. Derecho de marcas y otros signos distintivos

Los signos distintivos asociados a los bienes producidos por un sujeto, generalmente, una empresa constituyen los bienes protegidos por el derecho marcario, esto quiere decir que la protección conformada básicamente por el derecho de explotación exclusiva que otorgan estas normas no recae sobre el bien identificado por el signo registrado, ya que el derecho marcario no impide que otros sujetos produzcan los mismos bienes, lo que impide es que los identifiquen con el mismo signo que ha sido registrado previamente por otro sujeto.

En este sentido, si se registra un signo en favor de una comunidad o pueblo indígena para distinguir determinado bien producido a partir de un conocimiento tradicional del cual esa comunidad o pueblo es creador o poseedor, ese registro no impediría que el bien producido a partir del respectivo conocimiento tradicional indígena sea producido por otros, sino que esos otros lo identifiquen con el mismo signo que ha sido registrado por la comunidad indígena concernida. Lo relevante es en

---

<sup>331</sup> En este sentido, algunos autores han resaltado que no puede hablarse de la protección del conocimiento tradicional asociado al acceso a los recursos genéticos como algo separado o disociado del resto de derechos que los pueblos indígenas han perseguido y siguen exigiendo. Cfr. AGUILAR, Grthcl, *Derechos de Propiedad Intelectual, Acceso a Recursos Genéticos...* Pág. 9.

todo caso que el signo establece un vínculo entre el titular del signo registrado (comunidad o pueblo indígena) y el bien producido (obtenido a partir de un conocimiento tradicional indígena), en el sentido de indicar que el bien identificado con el signo ha sido producido por dicho titular.

Aunque las marcas están en principio destinadas a proteger a las empresas, también es cierto que no necesariamente son ellas los titulares de signos distintivos. Siempre que la marca se destine a ser usada para identificar una clase de bienes en específico, cualquier particular (persona natural o jurídica), aunque no sea propiamente una empresa, puede registrar a su nombre una marca. En el ámbito de la Comunidad Andina, la posibilidad de que las comunidades indígenas puedan ser titulares de un registro de una marca es clara, si se toma en cuenta la norma contenida en el artículo 136, literal g, de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, que prohíbe el registro como marcas de signos que “consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, o las denominaciones, las palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura o práctica, *salvo que la solicitud sea presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso*”.

Respecto de la titularidad de las comunidades indígenas sobre un registro marcario, dos aspectos resaltan en este artículo: a) que las comunidades indígenas pueden solicitar el registro de una marca, particularmente cuando consistan en el nombre de la comunidad o en denominaciones, palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura o práctica, y b) que las comunidades indígenas tienen la facultad de otorgar su consentimiento (que siempre debe ser de forma expresa) para que otro sujeto registre como marca alguno de los elementos antes mencionados.

De conformidad con este artículo, las comunidades indígenas quedan facultadas para defender el derecho a impedir que se registren como marcas por terceros no autorizados los elementos antes mencionados. Para hacerlo existen dos instrumentos

fundamentales, uno de los cuales puede ser usado antes del registro, es decir, durante el procedimiento de registro, y otro después de ser registrada la marca que infringe la mencionada prohibición. En efecto, una vez que se determina que la solicitud cumple con los requisitos formales, dicha solicitud debe ser publicada a fin de que cualquier interesado se oponga al registro de manera fundamentada<sup>332</sup>. Tratándose de una solicitud de marca que infringe la norma señalada, una comunidad indígena que se considere lesionada puede oponerse al registro de la marca, teniendo como fundamento legal el señalado artículo 136, literal g. Y si la marca ha sido registrada ya la alternativa consistirá en solicitar la nulidad relativa del registro, lo que es posible cuando una marca ha sido registrada en contravención con el artículo 136 de la Decisión 486<sup>333</sup>.

Los mencionados instrumentos para la defensa de que disponen legalmente las comunidades indígenas de acuerdo con la normativa marcaria tienen, no obstante, el inconveniente fundamental -que ha sido considerado como un problema que permanece en relación con los restantes derechos de propiedad intelectual- consistente en los costos inherentes a los trámites, aunado a la necesidad de una asesoría técnica en materia legal.

Por otra parte, las comunidades indígenas pueden solicitar el registro como marcas del nombre de la comunidad o de denominaciones, palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o de signos que constituyan la expresión de su cultura o práctica. Sin embargo, conviene resaltar que es necesario que el titular del registro de una marca la use efectivamente -ya sea directamente o a través de un licenciatario u otra persona que haya sido autorizada- pues de lo contrario se corre el riesgo de que le sea cancelado el registro por falta de uso<sup>334</sup>.

---

<sup>332</sup> Debe tomarse en cuenta, sin embargo, que el plazo es breve: de treinta días contados a partir de la fecha de la publicación, prorrogables por treinta días (art. 146 de la Dec.486).

<sup>333</sup> El plazo para solicitar la nulidad relativa del registro de una marca es de dos años, contados a partir del registro (art. 172 de la Dec. 486).

<sup>334</sup> Es de resaltar que para que la oficina de registro proceda a cancelar el registro de una marca, se requiere solicitud de un tercero interesado, y que para solicitar la cancelación por falta de uso se requiere

Ahora bien, al analizar la protección de los conocimientos tradicionales indígenas en el marco de derecho de marcas y otros signos distintivos, se suelen resaltar en especial los signos que se asocian a una pluralidad de sujetos titulares, en particular, de las marcas colectivas, las marcas de certificación y las indicaciones geográficas, específicamente, las denominaciones de origen<sup>335</sup>.

Ciertamente, las comunidades indígenas pueden ser titulares de registros sobre signos distintivos, como ya se ha afirmado haciendo mención al artículo 136 de la Decisión 486, del que específicamente se desprende que las comunidades indígenas pueden solicitar el registro de una marca; sin embargo presentaremos seguidamente los que la Decisión 486 establece como sujetos que pueden ser titulares de marcas colectivas, marcas de certificación y denominaciones de origen, para mostrar como dichas normas se encuentran redactadas de manera amplia y, en consecuencia, pueden tener cabida las comunidades o pueblos indígenas, a través de sus formas de organización reconocidas por la ley:

- a) *Marcas colectivas*: “Las asociaciones de productores, fabricantes, prestadores de servicios, organizadores o grupos de personas, legalmente establecidos, podrán solicitar el registro de marca colectiva (...)” (artículo 181 de la Dec. 486).
- b) *Marcas de certificación*: “Podrá ser titular de una marca de certificación una empresa o institución, de derecho privado o público, o un organismo estatal, regional o internacional” (artículo 186 de la Dec. 486).
- c) *Denominaciones de origen*: “La declaración de protección de una denominación de origen se hará de oficio o a petición de quienes demuestren tener legítimo interés, entendiéndose por tales, las personas naturales o jurídicas que directamente se dediquen a la extracción, producción o elaboración del producto o los productos que se pretendan amparar con la denominación de origen, así como las asociaciones de productores (...)” (artículo 203 de la Dec. 486).

---

que la marca no haya sido utilizada durante los tres años consecutivos precedentes a la solicitud de cancelación (art. 165 de la Dec. 486).

<sup>335</sup> Cfr. RUIZ, Manuel y VIVAS, David, *Manual Explicativo...* Pág. 15.

Por otra parte, es conveniente aclarar sobre qué recae cada uno de estos signos distintivos. Las marcas colectivas indican el origen o cualquier otra característica común de bienes o servicios producidos por empresas diferentes; las marcas de certificación indican calidad u otras características certificadas por el titular de la marca respecto de determinados productos o servicios<sup>336</sup>; mientras que las denominaciones de origen identifican bienes originarios de un país, una región o un lugar determinado cuya calidad reputación u otras características se deban exclusiva y esencialmente a ese medio geográfico.

Como puede observarse, los dos primeros tipos de signos (marcas colectivas y de certificación) no identifican un bien en particular sino determinadas características de esos bienes, aunque bien puede ser una de las características a señalar, por ejemplo, el origen “tradicional” del bien identificado, para indicar que éste tiene su origen en una comunidad o un pueblo indígena. Sin embargo, las denominaciones de origen han sido en Venezuela la vía más utilizada dentro del derecho marcario<sup>337</sup>. Como ejemplos, puede señalarse que:

a) mediante Resolución No. 2006 de fecha 14 de noviembre del 2000, publicada en el Boletín de la Propiedad Industrial No. 443, de fecha 21 de noviembre de 2000 el Servicio Autónomo de la propiedad Intelectual (SAPI), reconoció la denominación

<sup>336</sup> Una figura equivalente a la marca de certificación, aplicada a los conocimientos tradicionales, es la que contempla la Ley N° 20 de Panamá sobre la protección de la propiedad intelectual y derechos colectivos de las comunidades indígenas, al establecer que: “La Dirección General de Artesanías Nacionales o las Direcciones Provinciales de dicho Ministerio [de Comercio e Industrias], con la anuencia de las autoridades indígenas locales y a solicitud de parte interesada, estampará, imprimirá o adherirá, sin costo alguno, una certificación en la obra artística, vestido, artesanía u otra forma protegida de propiedad industrial o de derecho de autor, donde conste que se ha elaborado mediante los procedimientos tradicionales indígenas y/o por manos indígenas. A estos efectos, la dirección que expida la certificación queda autorizada para inspeccionar los talleres, materiales, productos terminados y procedimientos utilizados” (art. 10).

<sup>337</sup> “(...) las indicaciones geográficas [denominaciones de origen e indicaciones de procedencia] se basan en tradiciones colectivas y en procesos de adopción de decisiones asimismo colectivos; protegen y recompensan las tradiciones al mismo tiempo que permiten su evolución; subrayan las relaciones entre los cultivos, la tierra, los recursos y el medio ambiente; no pueden transferirse libremente de un titular a otro; no están sometidas a un control incondicional por parte de un propietario privado; y pueden mantenerse mientras se conserve la tradición colectiva”. Documento TD/B/COM.1/EM.13/2, Págs. 17 y ss.

“Chua” como denominación de origen del cacao proveniente de la mencionada zona, y

b) mediante Resolución No. 0287 de fecha 22 de mayo del 2001, publicada en el Boletín de la Propiedad Industrial No. 445, tomo VI, de fecha 01 de junio de 2001, el Servicio Autónomo de la propiedad Intelectual (SAPI), reconoció la denominación “Cocuy Pecadero” como denominación de origen de una bebida alcohólica tradicional proveniente del Agave Cocuy<sup>338</sup>.

#### **1.1.4. Derecho de obtentores de variedades vegetales**

Las normas sobre obtenciones de variedades vegetales protegen sólo las variedades vegetales nuevas, distinguibles, homogéneas en cuanto a sus caracteres y estables hereditariamente. En principio, si un conocimiento tradicional indígena cumple con esos criterios específicos -tal como es necesario que ocurra al pretender su protección por cualquiera de las otras ramas de la propiedad intelectual- podrá ser protegido por esta vía.

Sin embargo, estos criterios exigen ciertas capacidades específicas vinculadas en especial con la descripción de la variedad a efectos de su registro, lo que requiere, por ejemplo, conocimientos técnicos sobre botánica y procesos genéticos, conocimientos que generalmente no poseen las comunidades o pueblos indígenas, por lo que en este aspecto resulta de gran importancia la cooperación técnica que puede ser desarrollada por instituciones especializadas, nacionales o extranjeras, cooperación que podría enmarcarse en las disposiciones del Convenio sobre Diversidad Biológica (art. 18, numeral 4).

Entre las comunidades indígenas han sido desarrolladas a partir de sus conocimientos tradicionales, variedades vegetales de diverso tipo, por ejemplo, tubérculos, legumbres y frutas amazónicas que no han sido explotadas comercialmente

<sup>338</sup> Cfr. Documento OMPI/GEO/MVD/01/6, Págs. 12 y ss.

aún<sup>339</sup>, las que podrían eventualmente quedar amparadas bajo el régimen de protección de obtentores de variedades vegetales. Mediante esta protección se reconocería un derecho de explotación exclusiva en favor de la comunidad respectiva. No obstante, ello sería una opción a considerar siempre que el valor (potencial o real) de la variedad lo haga justificable en términos económicos, dado lo costoso que resultarían los trámites a seguir para la obtención del respectivo certificado de obtentor (aranceles, asistencia técnica, etcétera).

Como ha podido observarse, se han resaltado las más importantes entre las formas de propiedad intelectual, sin embargo, puede mencionarse que los secretos comerciales (o *know how*), que protegen información comercial no divulgada<sup>340</sup>, también podrían potencialmente utilizarse para proteger una parte importante de los conocimientos tradicionales con valor comercial. Sin embargo, es necesario destacar que el mayor inconveniente provendría de que para que ello sea posible, es necesario que la comunidad o pueblo indígena haya aplicado las medidas razonables, dentro las circunstancias, para mantener secreta la información (conocimiento tradicional) de que se trate<sup>341</sup>.

Valga recordar aquí también que entre los problemas fundamentales que existe en relación con la protección de los conocimientos tradicionales indígenas a través de las formas tradicionales de la propiedad intelectual, es decir, las ramas de la propiedad intelectual a que se ha hecho referencia en las páginas anteriores, se enfrenta con el carácter territorial de esas normas, frente al hecho de que frecuentemente la fuente de

<sup>339</sup> Cfr. RUIZ, Manuel y VIVAS, David, *Manual Explicativo...* Pág. 22.

<sup>340</sup> Esta categoría de derechos está comprendida en el artículo 39 del ADPIC. Si una persona, por ejemplo un shaman, o un grupo reducido de personas (por ejemplo, una familia) tiene un acceso exclusivo a la información, esa persona, ese grupo, o el conjunto de la comunidad tendrían probablemente un secreto comercial. Cfr. Documento TD/B/COM.1/EM.13/2, Págs. 17 y ss.

<sup>341</sup> Véase artículo 39.2,c) del Acuerdo de los ADPIC y artículos 260-266 de la Dec. 486.

Sobre la protección de los conocimientos tradicionales como secretos comerciales, puede verse: VOGEL, Joseph Henry, *El Cártel de la Biodiversidad. Transformación de Conocimientos Tradicionales en Secretos Comerciales*. CARE Proyecto SUBIR. Quito, 2000, obra en la que se parte de un enfoque preponderantemente economicista, que principalmente aboga por la protección de estos conocimientos en un corto plazo a riesgo de que disminuya su valor comercial mientras se debaten y establecen las bases de un sistema especial.

los conocimientos tradicionales indígenas no pueden atribuirse a una comunidad o pueblo indígena en específico, incluso ni siquiera a los que habitan en una región geográfica determinada.

## 1.2. Mediante sistemas jurídicos especiales

Como se ha visto, los derechos de propiedad intelectual no pueden ofrecer una suficiente y adecuada protección de los conocimientos tradicionales indígenas. De ahí que se formulen planteamientos acerca de si es posible un sistema jurídico especial para la protección de estos conocimientos tradicionales, y si es posible su existencia dentro del marco de la propiedad intelectual<sup>342</sup>. En este contexto se hace necesario recordar que los sistemas especiales se diferencian de otro u otros sistemas jurídicos preexistentes frente a los cuales pueden guardar relaciones, pero de los que se distingue sustancialmente, debido a particularidades relacionadas fundamentalmente con el objeto o bien jurídico sobre el cual ha de recaer la protección, que conducen a que el contenido de los derechos consagrados por el sistema especial sea distinto y a que pueda poseer fines y principios jurídicos propios.

La necesidad de proteger los conocimientos tradicionales mediante normas especiales ha sido uno de los enfoques que los miembros de la Organización Mundial del Comercio han dado al tema en el marco de las discusiones relativas al Acuerdo de los ADPIC (especialmente vinculadas con el artículo 27, párrafo 3, literal b<sup>343</sup>),

<sup>342</sup> Para la implementación de un sistema especial para la protección de los conocimientos tradicionales indígenas, es probable que deban revisarse, además de las normas sobre propiedad intelectual, las leyes y políticas que rigen los recursos naturales, las zonas protegidas, la protección del medio ambiente y el régimen de propiedad de la tierra. Cfr. Documento TD/B/COM.1/EM.13/2, Pág. 19.

<sup>343</sup> El artículo 27.3b del Acuerdo de los ADPIC señala que los países miembros podrán excluir de la patentabilidad "(...) las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo, los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema especial eficaz o mediante una combinación de aquéllas y éste. Las disposiciones del presente apartado serán objeto de examen cuatro años después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC". Respecto a este artículo y al 29 (referido al contenido de la solicitud de patente) se ha sugerido su modificación en el sentido de que se incluyan la identificación de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos a los cuales se ha accedido, la



enfoque según el cual dichas normas quedan justificadas por las características propias que los conocimientos tradicionales poseen y por el hecho de que los derechos de propiedad intelectual no han sido diseñados para su protección sino para responder a las necesidades de las sociedades industriales modernas<sup>344</sup>.

La existencia de un sistema jurídico especial para la protección de los conocimientos tradicionales, con la propiedad intelectual como sistema jurídico preexistente frente al cual puede guardar algunas relaciones pero del cual debe distinguirse, podría quedar justificada fundamentalmente por el hecho de que los bienes protegidos por ambos sistemas son bienes inmateriales.

El objeto jurídico protegido por las normas que integran la propiedad intelectual es siempre un bien intelectual que es distinto e independiente del soporte físico en el que se encuentra materializado. Son, pues, derechos distintos el de propiedad común sobre el ejemplar (soporte físico) que contiene la creación intelectual, y el derecho de explotación exclusiva del bien intelectual incorporado en dicho ejemplar y que es el contenido del derecho de propiedad intelectual<sup>345</sup>. Así, la transmisión de la propiedad del soporte físico (un libro, un disco compacto o una camisa) que contiene el bien inmaterial protegido (la obra literaria, las canciones o la marca de la camiseta) no supone la transmisión del derecho de propiedad intelectual que recae sobre el bien inmaterial, pues dicho derecho permanecerá en las manos de su titular, quien podrá siempre impedir a terceros la reproducción del bien protegido o su utilización comercial, en virtud del derecho de explotación exclusiva concedido por el sistema de propiedad intelectual.

En este sentido, el conocimiento tradicional indígena es un bien inmaterial debido a que su existencia, al igual ocurre con el resto de los bienes protegidos por la propiedad intelectual, no depende necesariamente de que su exteriorización mediante la

---

presentación de la evidencia del consentimiento informado previo y de la distribución equitativa de los beneficios. Cfr. Documento OMC IP/C/W/198 e IP/C/W/228.

<sup>344</sup> Cfr. VIVAS, David, *Issues Linked to the Convention on Biological Diversity in the WTO Negotiations...* Pág. 8.

<sup>345</sup> Cfr. BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho...* Págs. 386 y ss; LIPSZYC, Delia, *Derecho de Autor* Págs. 61

incorporación en un soporte material o físico se produzca o no. En efecto, se trata de una “relación” que, como se ha dicho<sup>346</sup>, se da entre el sujeto (en principio, un sujeto colectivo: la comunidad) en el que el conocimiento se genera, el objeto sobre el que el conocimiento recae (como pueden ser ciertos elementos de la biodiversidad) y su entorno (natural, cultural, social o económico).

En este orden de ideas, la existencia de un sistema jurídico especial, dentro del marco de la propiedad intelectual, que se destine a proteger los conocimientos tradicionales indígenas, así como supone la existencia de similitudes entre ambos sistemas, involucra diferencias entre ellos. Estas diferencias se encuentran vinculadas a las particularidades de los conocimientos tradicionales indígenas como bienes jurídicos. Así, se encuentran unidas tanto a las características propias del objeto que se orienta a proteger como al sujeto o sujetos que les dan nacimiento y a los cuales estarían dirigidas tales normas, con influencia igualmente del entorno (natural, cultural, social, económico) en el que los mismos se originan.

Seguidamente trataremos de distinguir algunas de tales peculiaridades a partir de cada elemento mencionado, sin olvidar no obstante que dichos elementos y las particularidades que en ellos pueden originarse, forman parte de una interrelación conforman una unidad que resulta de una combinación, sistemática y coherente, entre los conocimientos y el entorno donde éstos surgen, fundamentalmente el entorno cultural, ya que poseen esencialmente una dimensión cultural y contribuyen a configuración de la identidad cultural de quienes los crean<sup>347</sup> en tanto que su desarrollo no sólo responde a la satisfacción de necesidades específicas, pues que al mismo tiempo están determinados por creencias culturales.

a) *Particularidades derivadas del objeto.* Se ha dicho que el conocimiento tradicional indígena se produce dentro de una relación que existe entre el objeto conocido, el sujeto que conoce y el entorno que los rodea, de modo tal que podría decirse que considerar aisladamente cada elemento de estos conocimientos podría

<sup>346</sup> *Vid supra*: Capítulo III, Pág. 85.

<sup>347</sup> Cfr. Documento WIPO/GRTFK/IC/3/8, Pág. 15.

desvirtuar su naturaleza. Por otra parte, no debe olvidarse que los conocimientos tradicionales indígenas son desarrollados en un contexto comunitario dentro de una cultura particular, en la que son transmitidos de generación en generación mediante un proceso dinámico. Este proceso dinámico viene dado precisamente por su forma de transmisión que, a la vez que permite su mantenimiento y desarrollo, conduce a que se encuentren en constante evolución. De esta forma, estos conocimientos son tradicionales especialmente en el sentido de estar basados en las tradiciones del grupo cultural donde se originan, de ahí deriva que el sentido de “tradicional” no equivale a “antiguo”, pues los conocimientos tradicionales poseen a la vez antigüedad y actualidad<sup>348</sup>.

De acuerdo con lo dicho, puede observarse que existen en la esencia de los conocimientos tradicionales indígenas elementos que no están presentes en el campo de la propiedad intelectual. Se ha visto que los conocimientos tradicionales indígenas surgen y se desarrollan en un contexto colectivo, pero más que ello, se trata de un contexto comunitario, por lo que se encuentran vinculados estrechamente a un entorno cultural particular, los conocimientos tradicionales “tienen una dimensión cultural y un contexto social que los diferencia de otras formas de información científica o tecnológica”<sup>349</sup>. En materia de propiedad intelectual aunque es común la consagración de derechos en favor de colectividades, especialmente de empresas, tal hecho no tiene una connotación cultural sino generalmente económica o comercial. Los derechos de propiedad intelectual se encuentran de esta forma asociados a la competencia económica en la que intervienen agentes económicos que pueden tener una mejor posición en el mercado en la medida en que sus productos o servicios puedan ser distinguidos de los demás mediante signos distintivos protegidos o en la medida en que sean titulares de una mayor cantidad de patentes.

Por otra parte, los conocimientos tradicionales indígenas están basados en las tradiciones de la comunidad o pueblo en el que surgen; en los bienes intelectuales protegidos por las ramas tradicionales de la propiedad intelectual no tiene relevancia la

---

<sup>348</sup> Cfr. COICA OMAERE OPIP, *Biodiversidad, Derechos Colectivos...* Pág. 9.

<sup>349</sup> Documento WIPO/GRTFK/IC/3/8, Pág. 7.

tradición, es decir, la circunstancia de que los bienes intelectuales estén basados o sean expresión de las tradiciones que envuelven a sus titulares no influye en la configuración de éstos como bienes jurídicos protegibles por los derechos de propiedad intelectual.

b) *Particularidades derivadas de los sujetos*. Se ha dicho que los conocimientos tradicionales son una forma de identificación cultural de sus titulares, de ahí que la conservación de tales conocimientos se relaciona con la conservación de las culturas en sí. Al vincularse con la identidad cultural, e incluso con la dignidad de las comunidades o pueblos indígenas, los derechos sobre los conocimientos tradicionales indígenas poseen una dimensión de derechos humanos. En consecuencia, las comunidades o pueblos indígenas han entendido que la existencia de una protección específica de sus conocimientos tradicionales encuentra justificación en los derechos que a su favor se han reconocido en convenciones internacionales sobre derechos humanos, especialmente en cuanto éstos puedan apoyar el derecho de dichas colectividades a cuidar sus propios recursos y a beneficiarse de sus conocimientos<sup>350</sup>.

En este sentido, en la medida en que los derechos sobre los conocimientos tradicionales indígenas involucren la facultad de estos grupos humanos de autorizar o no la utilización de sus conocimientos tradicionales, estos derechos pueden constituir una forma de “potenciación de sus titulares”, quienes podrán impedir los usos que lesionen o atenten contra los elementos esenciales de su cultura vinculados a tales conocimientos. Entre los derechos que han sido considerados como fundamento de la capacidad de las comunidades y pueblos indígenas para decidir sobre la comercialización o no de sus conocimientos tradicionales, se encuentra el derecho de libre determinación<sup>351</sup>, establecido en los convenios internacionales sobre derechos humanos celebrados en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (el Convenio sobre los Derechos Civiles y Políticos y el Convenio sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales), y en virtud del cual los pueblos tienen derecho a

---

<sup>350</sup> Cfr. COICA OMAERE OPIF, *Biodiversidad, Derechos Colectivos...* Pág. 9; DUTFIELD, Graham y POSEY, Darrel, *Beyond Intellectual Property...* Pág. 111.

<sup>351</sup> Cfr. DUTFIELD, Graham y POSEY, Darrel, *Beyond Intellectual Property...* Pág. 53.

disponer de sí mismos, a determinar libremente su status político y asegurar su desarrollo económico, social y cultural.

Por otra parte, como se ha dicho antes, los conocimientos tradicionales indígenas, a diferencia de los derechos de propiedad intelectual (principalmente de la propiedad industrial), no se desarrollan en un contexto económico o comercial, sino en un contexto cultural y social específico, el de una comunidad indígena, de tal suerte que la introducción de comunidades indígenas en el comercio, es decir, la entrada en las “fuerzas del mercado” de los productos indígenas, puede conllevar el riesgo de hacer a estos grupos más dependientes, especialmente de aquellas empresas que hacen uso de tales conocimientos para la producción de determinados bienes<sup>352</sup>.

c) *Particularidades derivadas del entorno.* El entorno dentro del cual surgen y se desarrollan los conocimientos tradicionales indígenas -es decir, su entorno inmediato- es el mismo de la comunidad o pueblo indígena. Sin embargo, estas comunidades y pueblos se encuentran insertos en un entorno más amplio constituido por el Estado, las empresas y demás interesados en la protección o la utilización de los conocimientos tradicionales. Es en este último ámbito donde debe reconocerse que en razón de que los conocimientos tradicionales indígenas existen en un contexto comunitario, los derechos sobre los mismos deben establecerse en favor de las comunidades o pueblos indígenas.

En este sentido, como se ha anotado antes, el vínculo existente entre las comunidades y pueblos indígenas y el territorio en el que éstos se encuentran ubicados debe ser tomado en cuenta, y ello puede ser contemplado jurídicamente a través de la delimitación de dichos territorios. Sobre este aspecto vale la pena mencionar el reciente avance iniciado en Venezuela con la aprobación de la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas que está destinada a regular el plan de demarcación y garantía del hábitat y de las tierras ocupadas por los pueblos y comunidades indígenas.

---

<sup>352</sup> Ibidem. Pág. 51.

Por otra parte, se plantea la necesidad de reconocer formas consuetudinarias de regulación existentes en las comunidades y pueblos indígenas que regulan aspectos importantes de la propia vida de la comunidad. Un valioso reconocimiento de la importancia de las costumbres y tradiciones en el campo de los conocimientos tradicionales puede encontrarse en la obligación que el Convenio sobre la Diversidad Biológica hace recaer sobre los Estados parte, en cuanto a que deben proteger y alentar la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, “de acuerdo a las prácticas que son compatibles con su conservación”<sup>353</sup>. En este sentido, existe la tendencia a considerar que los conocimientos tradicionales indígenas deben enmarcarse dentro de un derecho más amplio, que abraza la práctica de la cultura y las tradiciones de las comunidades y pueblos indígenas<sup>354</sup>.

## 2. **Ámbito espacial**

### 2.1. **Normas internacionales**

Como se ha señalado en páginas anteriores, a nivel internacional se han desarrollado instrumentos que contemplan la protección jurídica de los conocimientos tradicionales, entre los que resaltan especialmente los que se señalan a continuación:

- *Disposiciones Tipo OMPI-UNESCO para Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folclore contra la Explotación Ilícita y otras Acciones Lesivas* (1982). Estas Disposiciones Tipo, dirigidas específicamente a la protección de las “expresiones del folclore”, han sido desarrolladas por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) conjuntamente con la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Su objetivo consiste en establecer algunas reglas que garanticen, en la medida en que sean adoptadas por los países mediante su normativa interna, que las “expresiones del

---

<sup>353</sup> Véase artículo 8, literal j) del Convenio sobre Diversidad Biológica.

<sup>354</sup> Este es el enfoque del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Poblaciones Indígenas. Cfr. CORREA, Carlos, *Conocimientos Tradicionales y Propiedad...* Pág. 23.

folclore” sean protegidas contra actos lesivos, partiendo principalmente de que estas expresiones representan una parte importante del patrimonio cultural de la nación.

- *Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes* (1989). Dentro de este Convenio destacan algunas normas, como la contenida en el artículo 12 que reconoce la necesidad de que los Estados establezcan una protección efectiva a los derechos de los pueblos indígenas y tribales mediante acciones legales específicas, o la del artículo 15 que consagra que estos pueblos deben tener una participación en los beneficios obtenidos por la explotación de los recursos naturales presentes en sus territorios.
- *Convenio sobre Diversidad Biológica* (1992). Con este convenio se persigue la "conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componente y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos" (art. 1), de su contenido destaca el compromiso por parte de los Estados de respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica (art. 8, literal j). Así mismo, consagra dos principios que son de gran importancia, éstos son el principio del consentimiento informado previo y el de la participación justa y equitativa en los beneficios obtenidos en razón de la utilización de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales.
- *Resolución sobre Derechos de Propiedad Intelectual y Derechos Humanos*<sup>355</sup> de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la Comisión de Derechos Humanos Organización de las Naciones Unidas (2000). Mediante esta resolución la Comisión de Derechos Humanos de la ONU resalta la importancia de los conocimientos tradicionales y del Acuerdo de los ADPIC, exigiendo que este último sea revisado tomando en consideración los derechos de las comunidades indígenas sobre sus conocimientos y valores culturales.

---

<sup>355</sup> Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Comisión de los Derechos Humanos, Naciones Unidas. *Resolución sobre Derechos de Propiedad Intelectual y Derechos Humanos*. Documento E/CN.4/Sub.1/2000/7.

- *Declaración de Doha, IV Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio (2001)*. En dicha Declaración se impone al Consejo del Acuerdo de los ADPIC que examine dentro de la evaluación que debe realizar sobre la aplicación de dichos acuerdos en períodos sucesivos de dos años (de conformidad con los arts. 71, párrafo 1, y 27, párrafo 3, numeral b, del mismo Acuerdo), su aplicación en relación con los conocimientos tradicionales y el “folclore”.
- *Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (2001)*<sup>356</sup>. Las partes contratantes de este tratado reconocen la enorme contribución que las comunidades indígenas y locales y los agricultores de todas las regiones del mundo han hecho y continuarán haciendo para la conservación y desarrollo de los recursos fitogenéticos (art. 9, párrafo 1). Por otra parte, mediante este tratado los Estados contratantes se comprometen a promover y apoyar los esfuerzos de los agricultores y comunidades locales para conservar los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura (art. 5, párrafo 1, literal c).

Resulta conveniente hacer especial énfasis en dos de los instrumentos internacionales mencionados anteriormente, uno de ellos, las Disposiciones Tipo OMPI/UNESCO para la protección de las expresiones del folclore, aunque no constituye un acuerdo internacional propiamente, ha sido relevante en tanto ha sido considerado por distintos países a la hora de establecer regímenes internos de protección del artísticas tradicionales; mientras que el Convenio sobre Diversidad

<sup>356</sup> Este Tratado viene a sustituir el Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (1983) y sus Interpretaciones Concertadas (1989 y 1991). El Compromiso de 1983 se fundamentaba en el principio según el cual los recursos fitogenéticos son patrimonio común de la humanidad, por lo cual son de libre acceso. Esto suponía una problemática jurídica doble: por un lado, se consagraba un aprovechamiento libre del recurso fitogenético y, por otro lado, los derechos de propiedad intelectual ofrecían la posibilidad de conferir derechos exclusivos sobre las invenciones o variedades obtenidas de los mismos. Esto condujo a que el Acuerdo de Interpretación concertada del Compromiso sobre Recursos Fitogenéticos (1989) intentara hacer compatible el reconocimiento de derechos de propiedad industrial para los obtentores de nuevas variedades vegetales y la retribución a los países de origen de los recursos fitogenéticos que implicara un reconocimiento de los denominados derechos de los agricultores. Cfr. AGUILAR CASTRO, Vladimir, *Entre Resistencia y Disidencia...* Págs. 16, 17. Posteriormente, mediante la Interpretación Concertada del Compromiso de 1991, se optó por el principio de la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales, incluidos los recursos genéticos. Cfr. PÉREZ SALOM, José, *Recursos Genéticos, Biotecnología y Derecho Internacional*. Editorial Aranzadi. Navarra, 2002. Pág. 94.



Biológica, por otra parte, ha sido hasta ahora el instrumento normativo internacional más significativo en materia de protección jurídica de los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad.

### **2.1.1. Disposiciones Tipo OMPI/UNESCO para Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folclore contra la Explotación Ilícita y otras Acciones Lesivas**

Estas Disposiciones Tipo fueron diseñadas y aprobadas en 1982 por un grupo de expertos convocados por la OMPI y la UNESCO. Están destinadas a servir como modelo (de ellas no se desprende ningún tipo de compromiso u obligación) para la elaboración de normas nacionales por parte de los distintos países a los fines de proteger el “folclore”, especialmente para permitir el desarrollo, conservación y divulgación de sus manifestaciones e impedir cualquier tipo de abuso que las desnaturalice. Sin embargo, estas disposiciones han sido adoptadas en pocas legislaciones nacionales<sup>357</sup>.

Fundamentalmente estas Disposiciones Tipo estipulan como aspectos a regular por las leyes nacionales, a los fines antes anotados, los siguientes:

- La exigencia de autorización previa en caso de publicación, reproducción o distribución de ejemplares de “expresiones del folclore”, así como toda ejecución o interpretación pública, transmisión o cualquier otra forma de transmisión al público de dichas expresiones, cuando se haga con fines de lucro y fuera del contexto tradicional, sin que sea necesaria la autorización en los casos en que se utilicen: a) con fines pedagógicos o con fines de ilustración de la obra original de un autor; b) para la creación de una obra original, o c) por causa fortuita (cuando se esté informando de un acontecimiento o cuando las expresiones se encuentren expuestas al público de forma permanente).

<sup>357</sup> Cfr. CRUCIBLE GROUP, citado por AGUILAR CASTRO, Vladimir y PONCE, Julio, *Conocimientos Indígenas Amenazados...* Pág. 71.

- Como actos lesivos se considerarían, además de la utilización con fines de lucro hecha sin la autorización debida, la falta de indicación de la fuente en cualquier comunicación al público de una “expresión del folclore”; el engaño respecto de la fuente mediante la presentación de una “expresión del folclore” como perteneciente a una comunidad distinta de la que es originaria, o las utilidades que las desnaturalicen intencionadamente.
- El régimen no limitaría ni perjudicaría la protección de que puedan gozar las “expresiones del folclore” a través de las normas sobre derecho de autor o derechos conexos o sobre propiedad industrial.
- Nada se dice sobre la titularidad de los derechos conferidos, éste es un aspecto en el que se deja plena libertad a los países; no obstante, en algunos casos, como ocurre para la concesión de la autorización previa para el uso de las “expresiones del folclore”, se sugiere que lo haga la autoridad competente o la comunidad concernida. De esta forma las comunidades, más que los individuos particulares, pueden actuar jurídicamente por sí mismas o ser representadas por el Estado.

**Cuadro 3**  
**Disposiciones Tipo OMPI/UNESCO para Leyes Nacionales sobre la Protección de las**  
**Expresiones del Folclore contra la Explotación Ilícita y otras Acciones Lesivas**

Artículo	Contenido
Artículo 3	“(…) las siguientes formas de utilización de las expresiones del folclore están sujetas a autorización de [la autoridad competente que se menciona en el párrafo 1 del artículo 9] [la comunidad concernida] cuando se hacen a la vez con fines lucrativos y fuera de su contexto tradicional o acostumbrado: i) toda publicación, reproducción y toda distribución de ejemplares de expresiones del folclore; ii) toda recitación, ejecución o interpretación pública, transmisión por hilo o por cable y cualquier otra forma de comunicación al público de expresiones del folclore.”
Artículo 4	“1. Las disposiciones del artículo 3 no se aplicarán en los casos siguientes: i) utilización para fines de actividades pedagógicas; ii) utilización para fines de ilustración de la obra original de un autor, siempre que el alcance de tal utilización sea compatible con el buen uso; iii) toma de expresiones del folclore para fines de creación de una obra original o varios autores. 2. Tampoco se aplicarán las disposiciones del artículo 3 cuando la utilización de las expresiones del folclore sea fortuita (…)”.
Artículo 5	“1. En todas las publicaciones impresas, y en relación con cualesquiera comunicaciones al público de una expresión identificable del folclore, deberá indicarse su fuente de forma apropiada, mencionando la comunidad y/o el lugar geográfico del que procede la expresión utilizada (…)”.
Artículo 12	“La presente [ley] no limitará ni perjudicará en ningún caso ninguna forma de protección aplicable a las expresiones del folclore en virtud de la legislación sobre derecho de autor, de la legislación que proteja a artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, de las leyes que protejan la propiedad industrial, o de cualquier otra ley o tratado internacional (…)”.

### 2.1.2. Convenio sobre Diversidad Biológica

La celebración del Convenio sobre Diversidad Biológica en 1992, durante la Conferencia de Río de Janeiro sobre Desarrollo Sostenible, significó un cambio importante en el desarrollo de la protección internacional de la biodiversidad. Anteriormente, se protegían determinados elementos de la diversidad biológica sólo desde una perspectiva sectorial y no desde un enfoque amplio como el adoptado por este Convenio. En este instrumento normativo el bien jurídico protegido consiste en los recursos biológicos en general, los cuales pueden estar constituidos por cualquier organismo vivo o una parte de éste, incluidos los ecosistemas. Por otra parte, el Convenio sobre Diversidad Biológica vino a llenar algunas lagunas que existían en cuanto a algunos aspectos vinculados con la protección de la diversidad biológica, tal es el caso, por ejemplo, del acceso a los recursos genéticos<sup>358</sup> y de la protección de los conocimientos y prácticas de las comunidades indígenas y locales con estilos de vida pertinentes para la conservación y uso sostenible de la biodiversidad.

Este Convenio incorpora importantes principios, tales como el de la soberanía de los Estados sobre sus recursos biológicos, el cual no implicaría necesariamente el derecho de propiedad de los Estados sobre sus recursos biológicos sino la libertad para establecer el régimen adecuado para su regulación. Ello significa, en todo caso, que de acuerdo con este Convenio los derechos sobre los recursos genéticos corresponden a los Estados<sup>359</sup>, mientras que los derechos sobre los conocimientos asociados a esos recursos, pertenecen a sus creadores o poseedores, es decir, las comunidades o pueblos locales e indígenas<sup>360</sup>, a pesar de que esta titularidad no tiene necesariamente un origen

<sup>358</sup> Los cuatro principales tratados internacionales referidos a la protección de la biodiversidad celebrados antes del Convenio sobre Diversidad Biológica -es decir, la Convención sobre Humedales, el Convenio sobre Patrimonio Mundial, el Convenio sobre Especies Migratorias y la Convención sobre el Comercio de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES)- no tratan el acceso a los recursos genéticos. Cfr. MAFFEI, María, *The Relationship between the Convention on Biological Diversity and other International Treaties on the Protection of Wildlife*. En: Anuario de Derecho Internacional. Tomo XI. Universidad de Navarra. Pamplona, 1995. Pág. 140.

<sup>359</sup> El Convenio sobre Diversidad Biológica establece el derecho soberano de los Estados a explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental (arts. 3, 15.1).

<sup>360</sup> Cfr. Documento TD/B/COM.1/EM.13/2, Pág. 19. De este hecho se ha deducido que la titularidad de los derechos sobre los conocimientos tradicionales no reposa en el Estado y que, en consecuencia, estos derechos son de naturaleza privada. Cfr. RUIZ, Manuel y VIVAS, David, *Manual Explicativo...* Pág. 6.

formal, en el sentido de reconocimiento legal expreso, sino que se fundamenta en una posesión y uso tradicionales<sup>361</sup>.

Igualmente, contempla este instrumento el principio de sustentabilidad, que supone evitar el deterioro a largo plazo de la diversidad biológica, de manera que pueda mantenerse su capacidad para satisfacer las necesidades de las generaciones presentes y futuras, y que está reflejado fundamentalmente en el objetivo de la utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica<sup>362</sup>.

Justamente, un fin fundamental al que se considera que contribuyen los conocimientos tradicionales es al de la utilización sostenible de la biodiversidad, ya que se ha demostrado que las formas de vida de las comunidades indígenas o locales que son sus creadoras, a la vez que son compatibles con la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica, como lo dice el Convenio, participan de forma activa en dicha conservación y sustentabilidad.

Los aspectos más importantes que el Convenio sobre Diversidad Biológica incorpora en relación con la protección jurídica de los conocimientos tradicionales pueden resumirse en los compromisos (aunque no obligaciones propiamente dichas) adquiridos por los Estados signatarios en cuanto al respeto a los conocimientos tradicionales y la promoción de su aplicación y a la promoción de la participación de las comunidades y pueblos indígenas; el fomento de la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de estos conocimientos; la promoción de la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos y la conformidad con las prácticas culturales tradicionales; así como también el compromiso de facilitar el intercambio de información pertinente para la conservación y utilización sostenible de la biodiversidad, en la cual quedan comprendidos los conocimientos autóctonos y tradicionales.

---

<sup>361</sup> Ibidem. Pág. 6.

<sup>362</sup> Véase los objetivos en el artículo 1 del Convenio sobre Diversidad Biológica. De conformidad con el artículo 2, la utilización sostenible es aquella que se realiza "...de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones presentes y futuras".

Además, este Convenio persigue que se promueva la cooperación para el desarrollo y utilización de tecnologías, incluidas las tecnologías autóctonas y tradicionales y la capacitación y el intercambio de expertos.

Sin embargo, más allá de los principios que el Convenio establece, ha sido importante el hecho de que éste se ha convertido en un foro de gran importancia para la discusión del tema de los conocimientos tradicionales a nivel internacional. Han contribuido a ello especialmente las reuniones de la Conferencia de las Partes, que es el órgano encargado de examinar y establecer los mecanismos requeridos para la aplicación del Convenio, y por cuyo mandato fue creado el Grupo de Composición Abierta sobre el Artículo 8, literal j, y disposiciones conexas, el cual se destina específicamente al tratamiento de este tema. No obstante, las disposiciones del Convenio deben hacerse operativas a través de normas nacionales que regulen acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales pertinentes para la conservación y uso sostenible de estos y que establezcan sanciones en caso de contravención<sup>363</sup>.

Sin embargo, en cuanto a las referencias que hace el Convenio a los derechos de las comunidades indígenas referidos a sus conocimientos, prácticas e innovaciones vinculados a los recursos genéticos, se ha considerado que el objetivo a alcanzar debiera consistir en un protocolo<sup>364</sup> que más allá de reconocer tales derechos, establezca mecanismos concretos de tutela que los garanticen<sup>365</sup>.

---

<sup>363</sup> BERGEL, Saïvador, *Acceso a Recursos Genéticos y Derechos de Propiedad Intelectual...* Pág. s/n.

<sup>364</sup> La adopción de protocolos se encuentra contemplada en el artículo 28 del Convenio.

<sup>365</sup> Cfr. AGUILAR CASTRO, Vladimir y PONCE, Julio, *Conocimientos Indígenas Amenazados...* Pág. 38.

**Cuadro 4**  
**Normas del Convenio sobre Diversidad Biológica directamente vinculadas con la protección de los conocimientos tradicionales indígenas**

Artículos	Contenido
Artículo 8, j)	"Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: (...) j) Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente (...)"
Artículo 10, c)	"Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: (...) c) Protegerá y alentará la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenible"
Artículo 17, 2)	"(...) 2. Ese intercambio de información incluirá el intercambio de los resultados de las investigaciones técnicas, científicas y socioeconómicas, así como información sobre programas de capacitación y de estudio, conocimientos especializados, conocimientos autóctonos y tradicionales, por sí solos y en combinación con las tecnologías mencionadas en el párrafo 1 del artículo 16. También incluirá, cuando sea viable, la repatriación de la información."
Artículo 18, 4	"(...) 4. De conformidad con la legislación y las políticas nacionales, las Partes Contratantes fomentarán y desarrollarán métodos de cooperación para el desarrollo y utilización de tecnologías, incluidas las tecnologías autóctonas y tradicionales, para la consecución de los objetivos del presente Convenio. Con tal fin, las Partes Contratantes promoverán también la cooperación para la capacitación de personal y el intercambio de expertos (...)"

www.bdigital.ula.ve

## 2.2. Normas comunitarias

A nivel comunitario existe desde 1996 un mandato expreso que hace la disposición transitoria octava de la Decisión 391 de la Comisión de la Comunidad Andina, por medio del cual se insta a los países miembros a realizar estudios nacionales sobre la materia, a partir de los cuales debería elaborarse una propuesta para establecer un régimen especial o una norma de armonización destinada a fortalecer la protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, en correspondencia con las normas de la propia Decisión, del Convenio 169 de la OIT y del Convenio sobre Diversidad Biológica. Sin embargo, aún no se ha dado cumplimiento a este mandato.

La protección jurídica de los conocimientos tradicionales indígenas a nivel comunitario ha suscitado, sin embargo, la detección de algunos aspectos críticos que

requieren ser analizados y definidos antes de emprender la realización de una base normativa comunitaria<sup>366</sup>.

Sería necesario en primer lugar, la definición de una visión compartida del problema de los conocimientos tradicionales, lo que supone esclarecer las posiciones de los distintos países miembros acerca de cómo de evitar, por un lado, la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales por parte de terceros y, por otro lado, la degradación y pérdida de tales conocimientos. En función de esta definición, se requeriría, por otra parte, establecer objetivos de acción conjunta.

Así mismo, se ha considerado que, luego de definidos dichos objetivos, sigue dilucidar en qué consistiría el sistema de protección a adoptarse, en especial determinar si se trataría de un sistema especial de propiedad intelectual, sobre cuya necesidad parece existir acuerdo actualmente entre los distintos países miembros de la Comunidad.

Si el objetivo consiste en recuperar y fortalecer los conocimientos y prácticas tradicionales asociados a la biodiversidad, sería necesario discutir sobre el alcance de las medidas y acciones que se pueden plantear y ejecutar con base en la Estrategia Regional de Biodiversidad. En este sentido, deberá tomarse en cuenta que dicha Estrategia destacan como ámbitos de acción:

- a) la seguridad jurídica sobre la posesión de tierras de las comunidades portadoras de los conocimientos y prácticas tradicionales;
- b) el ajuste de los sistemas educativos, de atención de salud y asistencia tecnológica a la producción para promover la valoración y recuperación de los conocimientos y prácticas tradicionales, bajo un enfoque intercultural;
- c) el ajuste de políticas públicas sectoriales, con miras a contribuir al mismo fin;
- d) la profesionalización de especialistas de estas poblaciones que contribuyan a la recuperación de los conocimientos tradicionales, y

<sup>366</sup> Estos aspectos han sido definidos en la Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino, aprobada mediante la Decisión 523 de la Comisión de la Comunidad Andina. Pág. 27.

e) el desarrollo de alternativas de aprovechamiento de los recursos naturales que reviertan los procesos de degradación ambiental en comunidades creadoras o portadoras de conocimientos y prácticas tradicionales.

En la Estrategia Regional de Biodiversidad se refleja también que los países miembros de la Comunidad Andina consideran como un tema central, que tiene en esta materia carácter transversal, el alcance y los mecanismos de participación representativa y consulta previa de los pueblos indígenas, comunidades locales y afroamericanas en la definición e implementación de una estrategia de protección y recuperación de sus conocimientos y prácticas tradicionales referidos a la biodiversidad.

Por otra parte, uno de los objetivos específicos de la Estrategia Regional consiste en proteger y fortalecer los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales con base en el reconocimiento de sus derechos individuales, comunitarios y colectivos<sup>367</sup>.

De ahí que al momento de definir el establecimientos del régimen comunitario especial en la materia debería darse por sentado el acuerdo entre los países respecto al reconocimiento de los derechos sobre los conocimientos tradicionales como derechos colectivos, ya que se señala además que dentro del marco de este objetivo -que respeta en el reconocimiento de los derechos colectivos de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales- se aspira lograr una norma andina sobre conocimientos y prácticas tradicionales reglamentada por los países miembros<sup>368</sup>.

Ahora bien, mientras se definen los elementos necesarios para la adopción de un régimen andino destinado a la protección jurídica de los conocimientos tradicionales, hacia el cual apuntan parte de los esfuerzos encaminados al logro de la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica de la Comunidad, el marco normativo del cual se desprenden principios y normas vinculadas con la preservación de los

<sup>367</sup> Cfr. Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino, Decisión 523 de la Comisión de la Comunidad Andina. Pág. 43.

<sup>368</sup> Idem. Pág. 59.



conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas está compuesto fundamentalmente por la Decisión 391 (que contiene el régimen de acceso de los recursos genéticos) y algunas normas de la Decisión 486 (que establece el régimen común sobre propiedad industrial).

### **2.2.1. Decisión 391 de la Comisión de la Comunidad Andina**

El primer aspecto que puede observarse en esta Decisión es que queda excluido del régimen el intercambio de recursos genéticos y de su componente intangible<sup>369</sup> que se realice entre comunidades indígenas, siempre que sea para el consumo propio y que se base en sus prácticas consuetudinarias. No podía ser de otra manera, puesto que, además de que el intercambio realizado a nivel interno -entre comunidades indígenas- forma parte de su sistema consuetudinario, establecer normas que regulen este intercambio puede suponer una limitación al desarrollo mismo de los conocimientos tradicionales (o componente intangible de los recursos genéticos).

Por otra parte, destaca que la principal figura que este régimen establece para regular el acceso a los recursos genéticos, y para la protección de los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad (o componente intangible) es el contrato de acceso. Este contrato debe respetar los derechos de los proveedores del componente intangible de los recursos genéticos accedidos, cuando ellos existan, al mismo tiempo que debe incluir medidas para el fortalecimiento y desarrollo de capacidades de las comunidades indígenas, con relación a los componentes intangibles y a sus productos derivados.

El contrato de acceso debe ser suscrito por el solicitante del acceso (empresas, institutos de investigación, etcétera) y por el proveedor del componente intangible. De

---

<sup>369</sup> De acuerdo con la Decisión 391, los componentes intangibles asociados a los recursos genéticos consisten en los conocimientos tradicionales relativos a dichos recursos. Según el artículo 1, se denomina "componente intangible" a "todo conocimiento, innovación o práctica individual o colectiva, con valor real o potencial, asociado al recurso genético, o sus productos derivados, o al recurso biológico que los contiene, protegido o no por regímenes de propiedad intelectual".

ahí que la solicitud de acceso debe contener la identificación del proveedor del componente intangible asociado a los recursos genéticos. Los proveedores del componente intangible son en muchos casos las propias comunidades indígenas. No obstante, al definir al proveedor del componente intangible, la Decisión establece que será la “persona que a través del contrato de acceso y en el marco de esta Decisión y de la legislación nacional complementaria, está facultada para proveer el componente intangible asociado al recurso genético o sus productos derivados”, de forma que el proveedor del componente intangible no necesariamente es la comunidad indígena, afroamericana o local creadora o poseedora del conocimiento, innovación o práctica. Ello depende de lo establecido en el contrato de acceso, mediante el cual podría estar facultada una persona distinta, aunque ello debe hacerse siempre acorde con la Decisión y la legislación interna correspondiente<sup>370</sup>.

Así mismo, el contrato de acceso debe contener un anexo, suscrito por el solicitante del acceso y el proveedor del componente intangible, en el que se establezca la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización del componente intangible. Sin embargo, se puede observar que esta solución no pareciera ser plenamente satisfactoria para garantizar la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización del componente intangible, ya que subsiste el problema referido a qué ocurre en caso de que la utilización del componente intangible implique la utilización de una invención patentada, caso en el cual el titular de la patente podría invocar su derecho de explotación exclusiva. De ahí que sería conveniente señalar expresamente que las obligaciones que deriven del referido anexo se mantienen vigentes aún en caso de que la invención se encuentre patentada.

Finalmente, cabe mencionar que de acuerdo a esta Decisión, está sujeta a sanción toda transacción relativa a componentes intangibles que se realice sin que el solicitante del acceso suscriba el contrato de acceso, el cual deberá ser acompañado por el respectivo anexo en el que se establezca la participación en los beneficios derivados, conjuntamente con el proveedor del componente intangible. Las sanciones a la

---

<sup>370</sup> En el caso de Venezuela, la legislación interna correspondiente sería la Ley de Diversidad Biológica (arts. 72 y ss).

infracción de esta norma pueden ser de tipo administrativo, tales como multas, decomisos preventivos o definitivos, cierres de establecimientos e inhabilitación del infractor para solicitar nuevos accesos.

**Cuadro 5**  
**Normas de la Decisión 391 de la Comisión de la Comunidad Andina (régimen común andino sobre acceso a recursos genéticos) directamente vinculadas con la protección de los conocimientos tradicionales indígenas**

Artículo	Contenido
Artículo 4, b)	"Se excluyen del ámbito de esta Decisión: (...) b) El intercambio de recursos genéticos, sus productos derivados, los recursos biológicos que los contienen, o de los componentes intangibles asociados a éstos, que realicen las comunidades indígenas, afroamericanas y locales de los Países Miembros entre sí y para su propio consumo, basadas en sus prácticas consuetudinarias".
Artículo 17, f)	"Las solicitudes y contratos de acceso y, de ser el caso, los contratos accesorios incluirán condiciones tales como: (...) f) El fortalecimiento y desarrollo de las capacidades de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales con relación a los componentes intangibles asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados (...)"
Artículo 26, b)	"El procedimiento [de acceso] se inicia con la presentación ante la Autoridad Nacional Competente de una solicitud de acceso que deberá contener: (...) b) La identificación del proveedor de los recursos genéticos, biológicos, y sus productos derivados o del componente intangible asociado (...)"
Artículo 34	"El contrato de acceso tendrá en cuenta los derechos e intereses de los proveedores de los recursos genéticos y de sus productos derivados, de los recursos biológicos que los contengan y del componente intangible según proceda, en concordancia con los contratos correspondientes."
Artículo 35	"Cuando se solicite el acceso a recursos genéticos o sus productos derivados con un componente intangible, el contrato de acceso incorporará un anexo como parte integrante del mismo, donde se provea la distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de la utilización de dicho componente. El anexo será suscrito por el proveedor del componente intangible y el solicitante del acceso (...)"
Artículo 46	"Será sancionada toda persona que realice actividades de acceso sin contar con la respectiva autorización. Asimismo, será sancionada toda persona que realice transacciones relativas a productos derivados o sintetizados de tales recursos genéticos o al componente intangible asociado, que no se encuentren amparadas por los correspondientes contratos, suscritos de conformidad con las disposiciones de esta Decisión."
Disposición Complementaria Segunda	"Los Países Miembros no reconocerán derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre recursos genéticos, productos derivados o sintetizados y componentes intangibles asociados, obtenidos o desarrollados a partir de una actividad de acceso que no cumpla con las disposiciones de esta Decisión. Adicionalmente, el País Miembro afectado podrá solicitar la nulidad e interponer las acciones que fueren del caso en los países que hubieren conferido derechos u otorgado títulos de protección".

### 2.2.2. Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina

La Decisión 486 parte de establecer que la concesión de derechos de propiedad industrial debe realizarse salvaguardando y respetando los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas. De ahí que esta Decisión establezca, particularmente en el caso de las patentes sobre invenciones desarrolladas a partir de conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales de los países miembros, que previamente a su concesión debe demostrarse el cumplimiento de las

normas sobre la materia establecidas a nivel internacional, comunitario y nacional. Esto implica en especial el respeto a las normas del Convenio sobre Diversidad Biológica, de la Decisión 391 y en el caso de Venezuela, la Ley de Diversidad Biológica.

Otro aspecto importante es que la Decisión reconoce el derecho y la facultad para decidir de las comunidades indígenas sobre sus conocimientos colectivos.

Existen, por otra parte, dos normas importantes mediante las cuales esta Decisión busca salvaguardar los conocimientos tradicionales en caso de concesión de derechos que puedan ser concedidos en razón de bienes intelectuales creados a partir de conocimientos tradicionales. Una de ellas está referida a la concesión de patentes de invenciones basadas en conocimientos tradicionales, y la otra se encuentra vinculada al registro como marcas de signos relacionados con dichos conocimientos.

Cuando se trate de solicitudes de patentes de invención basadas en conocimientos tradicionales, uno de los requisitos que debe cumplirse consiste en la presentación de copia del documento que acredite la autorización de uso de dicho conocimiento, documento que -de acuerdo con la Decisión 391- debe consistir en el respectivo contrato de acceso, al que debe estar anexo igualmente el documento por medio del cual se establece la participación de la respectiva comunidad indígena en los beneficios que se obtengan a partir de la explotación de la invención que se desea patentar.

En torno a la concesión de derechos sobre signos distintivos, la Decisión 486 establece una prohibición expresa de registro como marcas de los nombres de las comunidades indígenas o de los signos que, o bien sean usados por éstas para distinguir sus productos, servicios o las formas reprocesarlos, o bien sean expresión de su cultura. Sin embargo, esta prohibición no opera tratándose de solicitudes hechas por las propias comunidades o por personas legítimamente autorizadas por ellas.

**Cuadro 6**  
**Normas de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina (régimen común andino sobre propiedad industrial) directamente vinculadas con la protección de los conocimientos tradicionales indígenas**

Artículo	Contenido
Artículo 3	<p>“Los Países Miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales. En tal virtud, la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de material obtenido de dicho patrimonio o dichos conocimientos estará supeditada a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, comunitario y nacional.</p> <p>Los Países Miembros reconocen el derecho y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, sobre sus conocimientos colectivos.</p> <p>Las disposiciones de la presente Decisión se aplicarán e interpretarán de manera que no contravengan a las establecidas por la Decisión 391, con sus modificaciones vigentes.”</p>
Artículo 26, i)	<p>“La solicitud para obtener una patente de invención se presentará ante la oficina nacional competente y deberá contener lo siguiente:</p> <p>(...) i) de ser el caso, la copia del documento que acredite la licencia o autorización de uso de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales de los Países Miembros, cuando los productos o procedimientos cuya protección se solicita han sido obtenidos o desarrollados a partir de dichos conocimientos de los que cualquiera de los Países Miembros es país de origen, de acuerdo a lo establecido en la Decisión 391 y sus modificaciones y reglamentaciones vigentes (...)”</p>
Artículo 136, g)	<p>“No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando:</p> <p>(...) g) consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, o las denominaciones, las palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura o práctica, salvo que la solicitud sea presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso (...)”</p>

### 2.3. Instrumentos jurídicos internos de los países miembros de la Comunidad Andina

En este apartado se hará mención a los instrumentos jurídicos nacionales sobre derecho de autor y sobre biodiversidad y/o acceso a recursos genéticos. Se ha observado que en el ámbito de la propiedad industrial en específico (derecho de patentes y derecho de marcas y otros signos distintivos) las legislaciones nacionales de los países de la Comunidad Andina en la mayoría de los casos no van más allá de las normas comunitarias, normas que en todo caso son de aplicación directa en los cada uno de los países miembros de la Comunidad (Colombia, Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela).

Puede apreciarse que, por ejemplo, en Ecuador toda la materia de propiedad intelectual (incluido el derecho de autor y los derechos conexos y la propiedad industrial) se encuentra contenida en un solo instrumento legal, la Ley No. 83 RO/320 de Propiedad Intelectual, de 1998<sup>371</sup>; mientras que en el caso de Bolivia, la ley relativa al derecho de marcas es de 1916, al tiempo que es de 1919 la ley referida a “privilegios industriales”, y en Venezuela, aún rige la Ley sobre Propiedad Industrial de 1955, aunque actualmente hay un proyecto de ley en discusión.

Cabe anotar que en Venezuela actualmente se encuentra en la Asamblea Nacional un Proyecto de Ley de Propiedad Industrial que ha sido aprobado en primera discusión (2002), en el cual se contemplan algunos aspectos sobre los conocimientos tradicionales, tales como:

- a) la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y otras comunidades locales;
- b) en consecuencia, la concesión de patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de dichos conocimientos estará supeditada a la conformidad con el ordenamiento jurídico vigente sobre la materia;
- c) toda actividad relacionada con los conocimientos asociados a los recursos genéticos perseguirá beneficios colectivos;
- d) se reconocen los derechos y la facultad para decidir de las comunidades indígenas y demás comunidades locales sobre sus conocimientos colectivos; y

---

<sup>371</sup> De esta ley debe resaltar que contempla una definición de “expresiones del folclore” y establece que “el Estado reconoce el derecho de los agricultores, que proviene de la contribución pasada, presente y futura por la conservación, mejora y disponibilidad de los recursos fitogenéticos. Estos derechos incluyen el derecho a conservar sus prácticas tradicionales, a conservar, mejorar e intercambiar sus semillas, acceder a tecnología, créditos y al mercado y, a ser recompensados por el uso de las semillas que ellos han desarrollado”. Sin embargo, la ley deja la aplicación de este principio a una ley especial (art. 278).

e) la obtención de variedades vegetales, o los descubrimientos de productos y procedimientos en materia de diversidad biológica, asociados o derivados principalmente de conocimientos tradicionales de comunidades indígenas o locales, requiere previamente el cumplimiento de la normativa sobre diversidad biológica.

Sin embargo, puede observarse que este proyecto no contempla una verdadera protección de los conocimientos tradicionales, ya que sólo establece algunos principios que incluso se encuentran ya expresamente o pueden desprenderse de normas constitucionales o de normas comunitarias (esto es, normas de la Dec. 391 y de la Dec. 486).

En relación con las normas sobre derecho de autor y derechos conexos, como se verá a continuación, salvo excepciones como la Ley sobre Derecho de Autor de Venezuela, los instrumentos legales nacionales existentes sobre esta materia en los países miembros de la Comunidad Andina, contemplan normas sobre el “folclore”, lo que no sucede en el régimen comunitario (Dec. 351). Por su parte, las legislaciones nacionales sobre biodiversidad, en especial las que regulan el régimen de acceso a los recursos genéticos, contienen algunas normas referidas a los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad, pues son resultado de la adecuación a las normas del Convenio sobre Diversidad Biológica, que ya han sido referidas, y al régimen común sobre acceso a recursos genéticos contenido en la Decisión 391 de la Comisión de la Comunidad Andina.

En vista de ello, nos remitimos en materia de propiedad industrial a las normas que han sido señaladas en el apartado anterior (2.2. Normas comunitarias).

**Cuadro 7**  
**Instrumentos jurídicos internos de los países miembros**  
**de la Comunidad Andina**

<b>País</b>	<b>Instrumentos Jurídicos sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos</b>	<b>Instrumentos Jurídicos sobre Biodiversidad y/o Recursos Genéticos</b>
<b>Bolivia</b>	Ley 1322 de Derechos de Autor (1992)	Decreto Supremo 24676 Reglamento de la Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (1997)
<b>Colombia</b>	Ley 23 sobre Derechos de Autor (1982)	
<b>Ecuador</b>	Ley No. 83. RO/ 320 Ley de Propiedad Intelectual (1998) <sup>(*)</sup>	Ley 03-1996 Protección de la Biodiversidad (1996)
<b>Perú</b>	Decreto Legislativo 822 Ley sobre Derecho de Autor (1996)	Ley N° 26839 Ley sobre la Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica (1997) Ley N° 27300 Ley de aprovechamiento sostenible de las plantas medicinales (2000)
<b>Venezuela</b>	Ley sobre Derecho de Autor (1993)	Ley de Diversidad Biológica (1999)

(\*) En Ecuador se regula en este solo instrumento legal toda la materia de propiedad intelectual (derecho de autor y propiedad industrial).



**Cuadro 8**  
**Instrumentos jurídicos sobre derecho de autor y derechos conexos**

Aspectos sobre conocimientos tradicionales	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú	Venezuela
Definición de "folclore"	Conjunto de obras literarias y artísticas creadas en el territorio nacional por autores no conocidos o que no se identifican y que se presumen nacionales del país o de sus comunidades étnicas y se transmiten de generación en generación, constituyendo uno de los elementos fundamentales del patrimonio cultural tradicional de la nación.		Producciones de elementos característicos del patrimonio cultural tradicional, constituidas por el conjunto de obras literarias y artísticas, creadas en el territorio nacional, por autores no conocidos o que no se identifican, que se presumen nacionales del País, de sus comunidades étnicas y se transmiten de generación en generación, de manera que reflejen las expectativas artísticas o literarias tradicionales de una comunidad. (*)	Producciones de elementos característicos del patrimonio cultural tradicional, constituidas por el conjunto de obras literarias y artísticas, creadas en el territorio nacional por autores no conocidos o que no se identifican, que se presumen nacionales del país o de sus comunidades étnicas y se transmiten de generación en generación, de manera que reflejen las expectativas artísticas o literarias tradicionales de una comunidad. (*)	
Régimen	Pertenecen al patrimonio nacional, es decir, son de uso libre, a menos que se usen con fines comerciales, en cuyo caso se debe pagar al Estado. Lo recaudado se destina al fomento y difusión de la cultura del país, y se reconoce un 10% al recopilador y un 10% a la comunidad de origen.	Las obras folclóricas y tradicionales de autores desconocidos se consideran del dominio público. El arte indígena en todas sus manifestaciones pertenece al patrimonio cultural.		Las expresiones del folclore forman parte del dominio público y, en consecuencia del patrimonio cultural común.	
Titular	Estado	Estado		Estado	

(\*) Puede observarse que la definición de "expresiones del folclore" que ofrecen las leyes reseñadas —que en el caso de las leyes boliviana y peruana, poseen los mismos términos, utilizados también por otras legislaciones, como la paraguaya— se basan en buena medida en la definición que ofrecen las Disposiciones TipoOMPI/UNESCO para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas (art. 2). De estas definiciones destaca que hacen alusión únicamente a producciones (específicamente, literarias y artísticas) pero no a los procedimientos para su creación, aspecto que sí se encuentra en la Ley N° 20 de Panamá (art. 5) y por el que han mostrado interés algunos países (por ejemplo, ver repuesta de Argentina al cuestionario de la OMPI sobre la protección nacional de las obras del folclore, disponible en: <http://www.wipo.int/ik/es/questionnaires/c-2-5/>).

Al observar las normas mencionadas en el cuadro anterior es de resaltar, en primer lugar, que en Venezuela, la Ley sobre Derecho de Autor no hace mención alguna a las expresiones artísticas tradicionales. Aunque podría decirse que quedan amparadas por la legislación sobre patrimonio cultural, en especial si se toma en cuenta que las normas sobre este tipo de expresiones no sólo estarían dirigidas a la consecución de derechos de explotación exclusiva sino también, y de modo especial, a la conservación de sus expresiones como parte del patrimonio cultural. Sin embargo, en Venezuela la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural establece que forman parte del patrimonio cultural sólo los bienes que han sido declarados de interés cultural (art. 6). Ello conduciría a pensar que las “expresiones del folclore”, mientras no sean declaradas como de interés cultural, y dado el hecho de que la Ley sobre Derecho de Autor no contiene norma alguna referida a la materia, carecen de protección legal especial en nuestro país.

En general, ha podido apreciarse que, aunque en la mayoría de las leyes internas sobre derecho de autor existe mención a las “expresiones del folclore”, en ninguno de los países miembros de la Comunidad Andina existe a nivel interno propiamente un régimen para su protección jurídica.

Por otra parte, se puede apreciar que las legislaciones internas sobre derecho de autor que contienen disposiciones relativas a las “expresiones del folclore”, se inclinan por considerarlas del dominio público y, en consecuencia, se deduce que el titular es el Estado. Incluso en algunas legislaciones (Bolivia) se establece la figura que ha sido denominada en algunos países como *dominio público pagante (u oneroso)*, que consiste en el pago de una suma en favor del Estado en razón del uso que con fines comerciales se haga de las creaciones que se encuentran en el dominio público, lo que ocurre por lo general cuando ha vencido el plazo de protección que brindan las normas sobre derecho de autor. La aplicación de esta figura no excluye la permanencia de los derechos morales, como por ejemplo el de paternidad (indicación del nombre del autor de la obra), derechos que, al contrario de lo que ocurre en los derechos patrimoniales, tienen una duración ilimitada.

Igualmente, y como consecuencia de lo anterior, del contenido de las legislaciones nacionales de los países miembros de la Comunidad Andina se desprende que no se reconoce ningún derecho subjetivo<sup>372</sup> en favor de las comunidades o pueblos indígenas en relación con sus expresiones artísticas tradicionales. Para que ello pudiera existir sería necesaria una transformación de la postura que los Estados frente a estas expresiones, y que pasen de ser entendidas como pertenecientes a toda la colectividad, y en consecuencia de libre disposición (lo que se mantiene incluso en el caso de existir el mencionado *dominio público pagante*), a ser consideradas como el fruto de comunidades determinadas, y no del país en general. Las “expresiones del folclore”, constituyen, en efecto, manifestaciones de las formas de vida propias de las comunidades locales (incluidas las afroamericanas e indígenas) que han sido mantenidas y desarrolladas durante generaciones.

En otro orden de ideas, se aprecia que suele pensarse que el hecho de que los conocimientos tradicionales formen parte del patrimonio cultural implica necesariamente que son del dominio público y por tanto de libre disposición. Ello no es así, una muestra se encuentra en la Ley 27811 de Perú, la cual considera que los conocimientos colectivos que protege forman parte del patrimonio cultural y, sin embargo, la implicación que deriva de esta consideración consiste en que los derechos que de ellos se desprenden (tales como el de otorgar el consentimiento informado previo al acceso a los conocimientos colectivos o el de conceder licencias para su uso) son inalienables e imprescriptibles (art. 12).

---

<sup>372</sup> Vale recordar que del Derecho en sentido objetivo, es decir, de “la existencia de principios y normas que regulan la convivencia humana” se desprende el derecho subjetivo, que es la “facultad que las personas físicas o jurídicas tienen no sólo para realizar determinados actos, sino también para exigir que otras personas de igual índole, sin excluir al Estado, no les impidan realizar lo que la ley permite o no prohíbe”. OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Editorial Heliasta. Buenos Aires. Pág. 228.

**Cuadro 9**  
**Instrumentos jurídicos sobre biodiversidad y/o acceso a recursos genéticos**

	<b>Bolivia</b>	<b>Colombia<sup>(*)</sup></b>	<b>Ecuador</b>	<b>Perú</b>	<b>Venezuela</b>
Aspectos relativos a los conocimientos tradicionales	<p>- Los pueblos indígenas forman parte del cuerpo que brinda apoyo a la autoridad nacional competente en materia de acceso a recursos genéticos cuando sean proveedores de componente intangible asociado.</p> <p>- Cuando se involucren comunidades campesinas o indígenas, como proveedores del componente intangible asociado al recurso genético al que se quiera acceder, se acordará su participación (mediante sus organizaciones representativas) en los beneficios derivados del acceso.</p> <p>- La transferencia de tecnologías y conocimientos utilizados en la investigación y/o experimentación, por parte del que accede al recurso abarca la representación de los pueblos indígenas, cuando éstos participen como proveedores del componente intangible asociado.</p>		<p>- Se prevé una reglamentación especial sobre la explotación comercial de los componentes de la biodiversidad, en la que se deben garantizar los derechos ancestrales de las comunidades indígenas sobre los conocimientos y los componentes intangibles de biodiversidad y de recursos genéticos, y a disponer sobre ellos.</p>	<p>- Se reconoce la importancia y el valor de los conocimientos tradicionales de las comunidades campesinas y nativas, para la conservación y uso sostenible de la biodiversidad.</p> <p>- Se reconoce la necesidad de proteger estos conocimientos y establecer mecanismos para promover su utilización con el consentimiento informado de dichas comunidades, garantizando la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización. (*)</p> <p>- Los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas, nativas y locales asociados a la diversidad biológica, constituyen patrimonio cultural de las mismas, por ello, tienen derecho sobre ellos y la facultad de decidir respecto a su utilización. (*)</p>	<p>- Se reconoce la facultad de disposición de los conocimientos, innovaciones y prácticas pasadas, actuales o futuras, que conforman la propiedad intelectual colectiva de los pueblos y comunidades indígenas.</p> <p>- Se reconoce a las comunidades locales y pueblos indígenas el derecho a negar su consentimiento para autorizar la recolección de materiales bióticos y genéticos, el acceso a los conocimientos tradicionales y los planes y proyectos de índole biotecnológica en sus territorios, sin haber obtenido previamente la información suficiente sobre el uso y los beneficios de todo ello. Y podrán exigir la eliminación de cualquier actividad, si se demuestra que ésta afecta su patrimonio cultural o la diversidad biológica.</p>

(\*) Esta protección es la que está regulada en la Ley 27811 (2002), cuyos aspectos más resaltantes serán destacados posteriormente.

(\*\*) Es interesante destacar la ley peruana que se destina a regular la protección de las plantas medicinales (Ley N° 27300 sobre el aprovechamiento sostenible de las plantas medicinales, de 2000), la cual considera que "el derecho de aprovechamiento sostenible de plantas medicinales (...) se sustenta en: (...) c) el respeto a las comunidades nativas y campesinas." (art. 5).

(\*\*\*) Al momento de realizar la presente investigación, no pudo determinarse que este país contara con una legislación especial sobre la materia.

El régimen normativo destinado a la protección de los conocimientos tradicionales indígenas (en específico de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos biológicos) más importante que se ha desarrollado en el ámbito nacional entre los países miembros de la Comunidad Andina, es el régimen contenido en la Ley 27811 de Perú sobre el régimen para la protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos. Este instrumento podría considerarse a la hora del establecimiento de un régimen comunitario andino, en especial si se estudian y evalúan las experiencias derivadas de la aplicación en la práctica de sus normas. Los aspectos más importantes del régimen peruano pueden resumirse como sigue.

**Cuadro 10**  
**Ley 27811 de Perú para la protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos**

Aspectos sobre conocimientos tradicionales	Regulación
Bienes protegidos	Conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos, es decir, los conocimientos acumulados y transgeneracionales desarrollados por los pueblos y comunidades indígenas respecto a las propiedades, usos y características de la diversidad biológica. <sup>(*)</sup>
Registro	Se contemplan tres tipos de registros en los que pueden ser inscritos los conocimientos colectivos: a) Registro Nacional Público de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas (para los conocimientos tradicionales que se encuentran en el dominio público) <sup>(*)</sup> ; b) Registro Nacional Confidencial de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas (para los que no se encuentran en el dominio público), y c) Registros Locales de Conocimientos Colectivos de los Pueblos indígenas.
Propiedad intelectual	Este régimen es independiente de la legislación vigente en materia de propiedad intelectual.
Representación	Para efectos de este régimen, los pueblos indígenas deberán ser representados a través de sus organizaciones representativas, respetando las formas tradicionales de organización de los pueblos indígenas
Duración del derecho	Ilimitada
Consideración de normas consuetudinarias	Se establece que los derechos reconocidos son independientes de los que puedan generarse al interior de los pueblos indígenas y que a efecto de la distribución de beneficios los pueblos indígenas pueden apelar a sus sistemas tradicionales.
Derechos	- Los interesados en acceder a los conocimientos colectivos con fines de aplicación científica, comercial e industrial deberán solicitar el consentimiento informado previo de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas que posean un conocimiento colectivo. - Se destinará un porcentaje no menor al 10% del valor de las ventas brutas, antes de impuestos, resultantes de la comercialización de los productos desarrollados a partir

<sup>(\*)</sup> Esta ley entiende que el conocimiento colectivo que protege está incluido en el componente intangible contemplado en la Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (art. 2, b).

<sup>(\*)</sup> "Se entenderá que un conocimiento colectivo se encuentra en el dominio público cuando haya sido accesible a personas ajenas a los pueblos indígenas, a través de medios de comunicación masiva, tales como publicaciones, o cuando se refiera a propiedades, usos o características de un recurso biológico que sean conocidos masivamente fuera del ámbito de los pueblos y comunidades indígenas" (art. 13).

	<p>de un conocimiento colectivo al Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. (*)</p> <p>- La organización representativa de los pueblos indígenas que poseen un conocimiento colectivo podrá otorgar a terceras personas licencias de uso de dicho conocimiento colectivo sólo mediante contrato escrito, en idioma nativo y castellano, y por un plazo renovable no menor de un año ni mayor de 3 años.</p> <p>- El pueblo indígena que posea un conocimiento colectivo estará protegido contra la revelación, adquisición o uso de tal conocimiento colectivo sin su consentimiento y de manera desleal, en la medida en que este conocimiento colectivo no se encuentre en el dominio público.</p> <p>Asimismo, estará protegido contra la divulgación sin autorización en caso de que un tercero haya tenido acceso legítimamente al conocimiento colectivo pero con deber de reserva.</p>
Titularidad Deberes	<p><b>Pueblos indígenas.</b></p> <p>La organización representativa de los pueblos indígenas, cuyo consentimiento informado previo haya sido solicitado, deberá informar que está entrando en una negociación al mayor número posible de pueblos indígenas poseedores del conocimiento y tomar en cuenta sus intereses e inquietudes, en particular aquellas vinculadas con sus valores espirituales o creencias religiosas.</p> <p>La información que proporcione se limitará al recurso biológico sobre el cual versa el conocimiento colectivo objeto de la negociación en curso, en salvaguarda de los intereses de la contraparte en mantener secretos los detalles de la negociación.</p>

Existen legislaciones nacionales de otros países latinoamericanos, no miembros de la Comunidad Andina, que sería conveniente destacar. Se trata, por una parte, de la Ley N° 20 de Panamá que contiene un régimen especial de propiedad intelectual sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, el cual se destina a la protección de los conocimientos tradicionales en su conjunto, por lo que abarca los conocimientos asociados a la biodiversidad y las expresiones del folclore, aunque hace especial énfasis en estas últimas. Por otra parte, respecto de los conocimientos tradicionales asociados a la diversidad biológica, resaltan las legislaciones de Brasil (Medida Provisoria 2126/11, de 2001) y de Costa Rica (Ley 7788, de 1998), estas últimas están destinadas a regular el acceso a los recursos genéticos en dichos países, y contienen normas referidas a los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad.

**Cuadro 11**  
**Ley N° 20 de Panamá sobre la propiedad intelectual y los derechos colectivos de los pueblos indígenas**

Aspectos relativos a los conocimientos tradicionales	Regulación
Bienes protegidos	Protege los derechos colectivos de propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas sobre sus creaciones, tales como invenciones, modelos, dibujos y diseños, innovaciones contenidas en las imágenes, figuras, símbolos.

(\*) Las partes podrán acordar un porcentaje mayor, en función del grado de utilización o incorporación directa de dichos conocimientos en el producto final resultante, el grado de aporte de dichos conocimientos a la reducción de los costos de investigación y desarrollo de los productos derivados, entre otros.

Registro	gráficos, petroglifos y otros detalles; además, los elementos culturales de su historia, música, arte y expresiones artísticas tradicionales, susceptibles de un uso comercial. Establece un sistema especial de registro, para la promoción y comercialización de los derechos.
Propiedad intelectual	Cualquier forma de expresión tradicional de los pueblos indígenas forma parte de su patrimonio cultural y no pueden ser objeto de ninguna forma de exclusividad por terceros no autorizados a través del sistema de propiedad intelectual. (8)
Representación	La solicitud de registro de los derechos colectivos se hará por los congresos generales o autoridades tradicionales indígenas.
Derechos / Consideración de normas consuetudinarias	Los derechos de uso y comercialización de las manifestaciones culturales basadas en la tradición de los pueblos indígenas, deben regirse por el reglamento de uso de cada pueblo indígena, aprobado y registrado en el órgano de registro de propiedad industrial o el órgano competente en materia de derecho de autor, según el caso. <i>Excepción:</i> Los conjuntos de bailes de proyecciones folclóricas que ejecuten representaciones artísticas en el ámbito nacional e internacional. En este caso, las personas naturales o jurídicas que organicen representaciones artísticas para resaltar una cultura indígena, deberán incluir (mediante contratación) a miembros de dichos pueblos para su ejecución o, en su defecto, con la autorización del respectivo congreso general o autoridad tradicional indígena, a fin de preservar su autenticidad.
Duración del derecho	Ilimitada
Titularidad	Pueblos indígenas.
Prohibiciones	- Importación de productos no originales, sean grabados, bordados, tejidos o cualquier otro artículo que imite, en todo o en parte, la confección de los vestidos tradicionales de los pueblos indígenas, así como instrumentos musicales y obras artísticas tradicionales de dichos pueblos - Reproducción no autorizada de vestidos tradicionales y demás derechos colectivos reconocidos en la ley.
Sanciones	En los casos no contemplados en la legislación aduanera y en la de propiedad industrial, las infracciones a esta ley se sancionan con multas, en adición al comiso y destrucción de los productos utilizados para cometer la infracción. De dichas multas, el cincuenta por ciento queda a beneficio del tesoro nacional y el otro cincuenta por ciento se destina a inversión en las comarcas o pueblos indígenas respectivos.

**Cuadro 12**  
**Normas de la Medida Provisoria 2126/11 (Brasil) y de la Ley 7788 (Costa Rica) sobre acceso a recursos genéticos**

Aspectos sobre conocimientos tradicionales	Brasil	Costa Rica
Definición de conocimiento tradicional	Información o práctica individual o colectiva de comunidades indígenas o de comunidades locales, con valor real o potencial, asociada al patrimonio genético (art. 7).	Contiene una definición general de conocimiento: Producto dinámico generado por la sociedad a lo largo del tiempo y por diferentes mecanismos, lo cual comprende lo que se produce en forma tradicional y lo generado por la práctica científica.
Registro	El Consejo General de Gestión del Patrimonio Genético, tendrá entre sus funciones establecer criterios para la creación de bases de datos para el registro de información sobre conocimiento tradicional asociado. (art. 11, V)	Se establece que deben inventariarse los derechos intelectuales comunitarios <i>sui generis</i> específicos que las comunidades solicitan proteger El registro es voluntario y gratuito y no sujeto a formalidad alguna. La existencia en el registro (o aún cuando éste no exista) obliga a la Oficina Técnica a negar cualquier

(8) Esta norma implícitamente admite que los bienes protegidos (conocimientos tradicionales) pueden ser objeto de protección mediante propiedad intelectual por parte de terceros, siempre que exista autorización.

		solicitud de derechos intelectuales o industriales sobre el elemento o conocimiento.
Propiedad intelectual	La protección no afectará, perjudicará o limitará derechos relativos a la propiedad intelectual. Sin embargo, la concesión de derechos de propiedad industrial por los órganos competentes, sobre procesos o productos obtenidos a partir de las muestras de componentes o del patrimonio genético, queda condicionada a la observancia de la medida provisoria, debiéndole requirente informar el origen del material genético y del conocimiento tradicional asociado, cuando fuera el caso (art. 31)	Las resoluciones que se tomen en materia de protección de la propiedad intelectual relacionada con la biodiversidad, deberán ser congruentes con los objetivos de esta ley.
Derechos	El Estado reconoce el derecho de las comunidades indígenas y locales a decidir sobre el uso de sus conocimientos tradicionales asociados al patrimonio genético del país (art. 8, 1°). Las comunidades indígenas y locales tienen derecho a: - ser indicadas como fuente del conocimiento tradicional en todas las publicaciones, utilidades, explotaciones o divulgaciones; - negar a terceros la autorización para utilizar, realizar pruebas, investigaciones o explotaciones relacionados con el conocimiento tradicional asociado; - negar a terceros la utilización para divulgar, transmitir o retransmitir datos o informaciones que integren o constituyan conocimiento tradicional asociado; - percibir beneficios por la explotación económica, directa o indirecta, de conocimientos tradicionales asociados por parte de terceros (art. 9).	Estos derechos existen y se reconocen jurídicamente por la sola existencia de la práctica cultural o el conocimiento relacionado con los recursos genéticos y bioquímicos. No requiere declaración previa, reconocimiento expreso ni registro oficial. Este reconocimiento implica que ninguna de las formas de propiedad intelectual, las leyes especiales y las internacionales deben afectar tales prácticas históricas.
Titularidad	Cualquier conocimiento tradicional asociado al patrimonio genético es de titularidad de la comunidad (art. 9).	Pueblos indígenas y comunidades locales.
Sanciones en caso de infracción	La explotación económica del producto o proceso desarrollado en contravención de la medida provisoria, obliga al pago de una indemnización (20%) (art. 26). Los órganos federales competentes ejercerán la fiscalización, la interceptación y la aprehensión de la muestra del componente del patrimonio genético o del proceso obtenido a partir de información sobre conocimiento tradicional asociado, accedido en contravención de la medida provisoria (art. 32).	
Contratos de acceso y distribución de beneficios	Los beneficios resultantes de la explotación económica de los productos o procesos desarrollados a partir de la muestra de componentes del patrimonio genético y el conocimiento tradicional asociado, serán repartidos de forma justa y equitativa entre las partes contratantes conforme al reglamento o legislación pertinente (art. 24). Dichos beneficios podrán consistir en, entre otros, en división de lucros; pago de regalías; acceso y transferencia de tecnologías; licencia de productos y procesos y capacitación de recursos humanos (art. 25). Son cláusulas esenciales del contrato de	



	<p>utilización del patrimonio genético y de distribución de beneficios, sin perjuicio de otras, las que dispongan sobre: el objeto, sus elementos, cuantificación de la muestra y el uso pretendido, plazo de duración, forma de distribución justa y equitativa de beneficios y, cuando fuera el caso, acceso a la tecnología y transferencia de tecnología; derechos y responsabilidades de las partes; derechos de propiedad intelectual; rescisión; penalidades; jurisdicción en Brasil (art. 28).</p> <p>Serán nulos, no generando cualquier efecto jurídico, los contratos firmados en contravención con las disposiciones de la medida provisoria y su reglamento (art. 29).</p>	
--	---	--

#### 2.4. Contexto legislativo interno de Venezuela

Ante todo, cabe recordar que las normas comunitarias que se han mencionado anteriormente (Decisiones 391 y 486 de la Comisión de la Comunidad Andina) forman parte del ordenamiento jurídico interno venezolano y tienen aplicación directa (art. 153 CRBV). [www.bdigital.ula.ve](http://www.bdigital.ula.ve)

Al lado las normas comunitarias, se encuentran algunas normas incorporadas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en favor de las comunidades y pueblos indígenas, una de las cuales reconoce la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas. Dicha norma es la contenida en el artículo 124:

*“Se garantiza y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas. Toda actividad relacionada con los recursos genéticos y los conocimientos asociados a los mismos perseguirán beneficios colectivos. Se prohíbe el registro de patentes sobre estos recursos y conocimientos ancestrales.”*

De la existencia de esta norma constitucional, tomando en cuenta así mismo la existencia de las normas internacionales y regionales que se han mencionado a lo largo del trabajo, deriva la necesidad de establecer en nuestro país un régimen especial para la protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas.

No obstante, resulta pertinente preguntarse si, en la actual situación del ordenamiento jurídico venezolano, sería posible el ejercicio del derecho a la propiedad

intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas que contempla la Constitución, aún sin estar desarrollado por una ley especial.

Al respecto puede decirse que el goce y ejercicio de este derecho podría ser reclamado por la vía del recurso de amparo, en vista de que el de propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas es un derecho constitucional y, en este sentido, el artículo 27 constitucional señala que “toda persona tiene derecho a ser amparada en por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales (...)”.

En este sentido, los pueblos o comunidades indígenas podrían actuar ante los órganos jurisdiccionales para hacer valer este derecho, aún tratándose de un derecho colectivo, puesto que toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos (art. 26 CRBV). Y en cuanto al órgano jurisdiccional competente para conocer de la acción que pudiera interponerse en razón de la lesión o amenaza de lesión de derechos colectivos, se trata de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia<sup>373</sup>.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el defensor del pueblo debe velar por el cumplimiento de los derechos que la Constitución establece en favor de las comunidades y pueblos indígenas, e igualmente está legitimado para actuar judicialmente en su defensa. En efecto, el artículo 281, ordinal 8º, de la Constitución, establece que el defensor del pueblo tiene la atribución de “velar por los derechos de los pueblos indígenas y ejercer las acciones necesarias para su garantía y efectiva protección”.

Ahora bien, debe señalarse finalmente que en el ordenamiento jurídico venezolano se encuentran algunas leyes especiales que establecen derechos específicos

---

<sup>373</sup> Ha dicho la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que “mientras la ley no regule y normalice los derechos cívicos con que el estado social de derecho -según la vigente Constitución- se desenvuelve, es la Sala Constitucional, debido a que a ella corresponde con carácter vinculante la interpretación de la Constitución (artículo 335 *eiusdem*), y por tratarse del logro inmediato de los fines constitucionales, a la que por esa naturaleza le compete conocer de las acciones para la declaración de esos derechos cívicos emanados inmediatamente de la Carta Fundamental”. Sentencia de la Sala Constitucional de fecha 19/02/2002. Magistrado Ponente José María Delgado Ocampo. Exp. N° 02-0093.

en favor de las comunidades y pueblos indígenas; encontrándose, en cuanto toca a los derechos colectivos sobre los conocimientos tradicionales indígenas asociados a la diversidad biológica, algunas normas específicas en la Ley de Diversidad Biológica.

**Cuadro 13**  
**Normas de la Ley de Diversidad Biológica de Venezuela**

Aspectos relativos a los conocimientos tradicionales	Regulación
Reconocimiento de los conocimientos tradicionales	La conservación de la diversidad biológica comprende el reconocimiento y la preservación del conocimiento y los usos que de ellas tienen las comunidades locales (art. 4. 10).
Reconocimiento de los derechos derivados de los conocimientos tradicionales	El Estado reconoce la importancia de la diversidad cultural y de los conocimientos asociados que sobre la diversidad biológica tienen las comunidades locales e indígenas y los derechos que de ella se deriven (art. 13).
Distribución de los beneficios derivados de los conocimientos tradicionales	La Estrategia Nacional de la Diversidad Biológica debe instrumentar los mecanismos para el logro de una distribución justa y equitativa de los beneficios económicos derivados de la diversidad biológica enfatizando la participación en los beneficios que deriven de los conocimientos de las comunidades tradicionales, locales e indígenas (art. 17, 8).
Derechos patrimoniales/comunitarios	El Estado reconoce y protege los derechos patrimoniales (art. 39). Son derechos patrimoniales los derechos colectivos de propiedad y de control de los recursos, asociados a las formas de vida, que física e intelectualmente pertenecen a la identidad única de una comunidad tradicional, pueblo o comunidad indígena, de las cuales se desprenden sus propias manifestaciones existenciales y culturales (art. 41). Son derechos comunitarios, la facultad de disposición de los conocimientos, innovaciones y prácticas pasadas, actuales o futuras, que conforman la propiedad intelectual colectiva de los pueblos y comunidades indígenas (art. 42). Se reconoce a las comunidades locales y pueblos indígenas el derecho que les asiste a negar su consentimiento para autorizar la recolección de materiales bióticos y genéticos, el acceso a los conocimientos tradicionales y los planes y proyectos de índole biotecnológica en sus territorios, sin haber obtenido previamente la información suficiente sobre el uso y los beneficios de todo ello. Podrán igualmente, exigir la eliminación de cualquier actividad, si se demuestra que ésta afecta su patrimonio cultural o la diversidad biológica <sup>(2)</sup> (art. 43). Se reconocen los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y locales sobre sus conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica, así como el derecho a disfrutar colectivamente de los beneficios que de ellos se deriven y de ser compensadas por conservar sus ambientes naturales (art. 84).
Titularidad	Comunidades locales y pueblos indígenas. Los derechos de los pueblos indígenas son de carácter colectivo (art. 85)
Oficina Nacional de Diversidad Biológica como autoridad directa	Es la Oficina Nacional de Diversidad Biológica del Ministerio del Ambiente y los Recursos Naturales, la encargada de atender todo lo relativo a los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas, relacionados con la diversidad biológica, con el objeto de que sean protegidos (art. 86).
Definición de pueblos y comunidades indígenas	Aquellas que presentan una identidad propia y claramente perceptible, que se traduce en manifestaciones culturales distintas al resto de los habitantes de la nación (art. 40)
Obligaciones de las comunidades y pueblos indígenas	Cooperar con las instituciones públicas competentes en la conservación de la diversidad biológica (art. 44).
Utilización de los conocimientos tradicionales en	Se promoverá la utilización de los conocimientos comunitarios y de los derechos patrimoniales de las comunidades locales y pueblos indígenas, orientados al beneficio colectivo del país, y se fortalecerá el desarrollo del conocimiento y la capacidad

<sup>(2)</sup> Es seriamente criticable la estipulación acerca de la eliminación de las actividades que afecten el patrimonio cultural o la diversidad biológica sólo cuando ello se demuestre, pues debería tenerse presente el principio (largamente considerado ya en materia ambiental) de la prevención de los daños sobre los recursos naturales, extensible en este caso al patrimonio cultural, por lo que no debería exigirse la demostración de la lesión, sino que debería bastar con el riesgo de que se produzca.

beneficio del país	innovativa para su articulación a los sistemas culturales, sociales y productivos del país (art. 45).
Registro	La Oficina Nacional de Diversidad Biológica debe implementar un programa para la identificación y registro, que abarcará la diversidad de conocimientos asociados intangibles (art. 54.5).
Propiedad Intelectual	No se reconocerán los derechos de propiedad intelectual sobre muestras colectadas adquiridas en forma ilegal o que empleen conocimientos tradicionales (art. 83). La Oficina Nacional de Diversidad Biológica deberá revisar los derechos de propiedad intelectual registrados fuera del país con el fin de reclamar las regalías correspondientes por su utilización o su nulidad (art. 83).
Sanción en caso de infracción	Las transacciones relativas al componente intangible asociado, sin haberse firmado los contratos de acceso exigidos por la ley, con multa de quinientas a mil unidades tributarias, así como el comiso del material objeto de la transacción (art. 119).
Medidas distintas de las jurídicas	La Oficina Nacional de Diversidad Biológica, junto con el Ministerio de Ciencia y Tecnología, debe gestionar los recursos financieros para los programas dirigidos a proponer y evaluar alternativas de protección efectiva de los conocimientos tradicionales (art. 87). La Oficina Nacional de Diversidad Biológica y los representantes de los pueblos y comunidades indígenas, deben elaborar y ejecutar programas para el reconocimiento de los derechos sobre conocimientos tradicionales (art. 88). El Ministerio del Ambiente y Recursos Naturales, junto con el Ministerio de Ciencia y Tecnología, hará lo concerniente a establecer criterios y diseñar y ejecutar mecanismos para presentar, evaluar, validar y hacer seguimiento de los programas y proyectos de investigación realizados bajo los parámetros de conocimientos tradicionales (art. 89). Se promoverán y apoyarán proyectos de desarrollo alternativo en los pueblos y comunidades indígenas donde sean prioritarios la recuperación, conservación, mejoramiento y utilización sostenible de la diversidad biológica (art. 91).
Desarrollo de capacidad de innovación	Se proveerán los recursos necesarios para el desarrollo del conocimiento y la capacidad de innovación de los pueblos y comunidades indígenas (art. 90).

Como ha podido apreciarse, en Venezuela no existe aún régimen especial de protección de los conocimientos tradicionales indígenas, y en el caso específico de la protección del folclore, nuestra legislación se encuentra incluso menos desarrollada que el resto de los países de la Comunidad Andina. Se encuentran establecidos algunos principios en el ámbito andino y en algunas legislaciones nacionales, lo que es un buen punto de partida, pero es necesario que, tanto en el caso de los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad como en el de las expresiones del folclore, se diseñen mecanismos de observancia de los derechos que se desprenden de los principios enunciados por estas normas.

Algunas medidas en este sentido son establecidas en otras legislaciones, como la Ley N° 20 de Panamá, la cual prohíbe la importación de “los productos no originales, sean grabados, bordados, tejidos o cualquier otro artículo que imite, en todo o en parte, la confección de los vestidos tradicionales de los pueblos indígenas, así como instrumentos musicales y obras artísticas tradicionales de dichos pueblos”, estableciendo incluso como delito de contrabando “la tenencia no manifestada ni

declarada ni autorizada transitoriamente (...) de productos no originales que imiten, en todo o en parte, la confección de los vestidos tradicionales de los pueblos indígenas de Panamá, así como de materiales e instrumentos musicales y obras artísticas o artesanales de dichos pueblos”; e igualmente consagra que “cuando se trate de delitos aduaneros con mercancías que imiten productos pertenecientes a los pueblos indígenas de Panamá, (...) cincuenta por ciento [de la multa] será destinado a gastos de inversión de la comarca o pueblo indígena respectivo (...)” (arts. 17 a 19).

Para lograr una protección en los distintos países sería pertinente que se estudiara el establecimiento de un régimen de protección a nivel internacional, no sólo en materia de conocimientos tradicionales indígenas asociados a los recursos biológicos sino también en materia de expresiones del folclore, ya que éstas comparten con aquellos, además de elementos esenciales como el carácter comunitario e intergeneracional, algunas limitaciones vinculadas a la existencia de un régimen nacional, asociadas principalmente con el hecho de que en ausencia de un instrumento internacional, no pueden invocarse en el extranjero los derechos conferidos por las normas nacionales<sup>374</sup>.

En ausencia de un régimen internacional, cuyo alcance es aún difícil por las razones que hemos visto antes, así como por la falta de consenso entre los países, sería más viable el establecimiento de un régimen comunitario. Esto se acentúa si se toma en cuenta que en materia de conocimientos tradicionales indígenas asociados a los recursos biológicos existe ya una exigencia legal contemplada en la disposición transitoria octava de la Decisión 391 de la Comisión de la Comunidad Andina. Esto, sin embargo, además de significar la consideración de los aspectos mencionados con anterioridad, entraña las limitaciones relacionadas con el establecimiento de regímenes nacionales, sólo que referidas a un grupo de países, puesto que la protección se restringe a los países que forman parte de la comunidad, por lo que no sería exigible en terceros países y, además, puede darse el caso de conocimientos tradicionales

<sup>374</sup> Lipszyc señala como dificultades para la adopción de una convención internacional para la protección del “folclore” las siguientes: a) que se considere que sus expresiones pertenecen al dominio público; b) que no exista identidad entre los límites políticos y los de las áreas culturales; c) las modificaciones de las fronteras frente a la calidad “transhumante” de estas expresiones; d) la posibilidad de que el contenido de una expresión del “folclore” no sea único, sino que varias comunidades pueden reclamar derechos sobre una misma manifestación; e) la evolución constante de estas expresiones dificulta la determinación de su “pureza”. Cfr. LIPSZYC, Delia. *Derecho de Autor...* Pág. 103.

desarrollados por comunidades o pueblos indígenas que habitan territorios pertenecientes a diferentes países, uno de los cuales puede ser miembro de la comunidad y otro no.

[www.bdigital.ula.ve](http://www.bdigital.ula.ve)

C.C.Reconocimiento

**CAPÍTULO VI**  
**SITUACIÓN NORMATIVA ACTUAL Y PROPUESTAS PARA LA**  
**PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES**  
**INDÍGENAS, EN PARTICULAR PARA LA REGULACIÓN DE LA**  
**TITULARIDAD Y EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS**

---

A lo largo de las páginas anteriores, ha quedado demostrada la existencia de derechos colectivos de los pueblos indígenas en relación con los conocimientos que han desarrollado de forma tradicional en un contexto comunitario, en especial con aquellos conocimientos, prácticas e innovaciones que se encuentran asociados a la diversidad biológica. Asimismo, se ha puesto de manifiesto que es necesario un régimen especial en Venezuela que desarrolle las normas que establecen dichos derechos.

En el presente capítulo se exponen, en primer lugar, de manera resumida las normas particulares sobre esta materia que son aplicables en nuestro país, los derechos que se encuentran contenidos en ellas y la forma como puede realizarse su ejercicio. Posteriormente, se plantean algunos aspectos que deben ser tomados en cuenta al definir una normativa especial para la regulación de los derechos sobre los conocimientos tradicionales indígenas. En último lugar, se formulan algunas normas específicas relativas a la titularidad y el ejercicio de los derechos sobre los conocimientos tradicionales indígenas que podrían formar parte de una legislación especial sobre la materia.

**1. Situación normativa actual: derechos establecidos y cómo éstos se pueden ejercer**

De la normativa que rige en Venezuela, integrada por normas contenidas en los convenios internacionales, instrumentos comunitarios y leyes nacionales que se

han mencionado a lo largo del trabajo, se desprenden importantes derechos en favor de las comunidades indígenas en relación con sus conocimientos tradicionales. A continuación nos proponemos extraer de dichos instrumentos jurídicos aquellas normas que establecen derechos específicos en favor de las comunidades indígenas en relación con sus conocimientos tradicionales asociados a la diversidad biológica y señalar de qué modo podrían ser ejercidos tales derechos.

En cuanto a las disposiciones del Convenio sobre Diversidad Biológica, cabe decir que éstas no son directamente operativas a nivel nacional, ya que deben ser desarrolladas por las legislaciones nacionales, este Convenio ha impuesto así la necesidad de dictar normas internas que regulen el acceso a los recursos genéticos y que establezcan sanciones en caso de infracciones<sup>375</sup>.

Por su parte, las Decisiones que dicta la Comisión de la Comunidad Andina en el ámbito comunitario, como se ha anotado antes, son instrumentos directamente aplicables a nivel interno<sup>376</sup>. En este contexto es importante recordar que las Decisiones 391 y 486 de la Comisión de la Comunidad Andina han desarrollado principios contenidos en el Convenio sobre Diversidad Biológica, y contienen algunas normas que regulan el acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos asociados a ellos, de manera que entre estas normas se establecen así mismo derechos en favor de las comunidades indígenas en cuanto creadoras o poseedoras de conocimientos tradicionales asociados a dichos recursos.

En relación con la *Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina*, resalta que de su artículo 3 se desprende que las comunidades indígenas tienen derecho a decidir sobre sus conocimientos colectivos, pues dicha norma establece textualmente que “los Países Miembros reconocen el derecho y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, sobre sus conocimientos colectivos”. El alcance de este derecho en el marco de la Decisión

---

<sup>375</sup> Véase en este sentido BERGEL, Salvador, *Acceso a los Recursos Genéticos y Derechos de Propiedad Intelectual...* Pág. s/n.

<sup>376</sup> *Vid supra*: Capítulo V, Pág. 185.



486 está desarrollado en otras dos disposiciones, las de los artículos 26, literal i, y 126, literal g.

De acuerdo con el contenido del artículo 26, literal i, las comunidades indígenas tienen derecho a licenciar o autorizar el uso de sus conocimientos tradicionales, a partir de los cuales puedan obtenerse o desarrollarse productos o procedimientos cuya protección puede solicitarse por la vía del derecho de patentes (según lo establecido en la Decisión 391). Este derecho es una manifestación del derecho que tienen estas comunidades a autorizar o no el uso de sus conocimientos tradicionales, que se encuentra reconocido en el Convenio sobre Diversidad Biológica (art. 15.5).

La manera como puede ser ejercido el derecho antes mencionado consiste en la celebración de contratos que las comunidades indígenas pueden realizar con terceros interesados en la utilización de sus conocimientos tradicionales para el desarrollo de invenciones que podrían ser patentadas por estos sujetos, siempre contemplando la participación de la comunidad en los beneficios derivados de la explotación de la invención realizada a partir de el conocimiento tradicional, lo que es bastante claro, pues la misma Decisión 486 hace una remisión a las normas de la Decisión 391, la cual contempla expresamente este derecho, como se verá más adelante.

Por otra parte, del artículo 126, literal g, de la Decisión 486 se desprende que las comunidades indígenas tienen derecho a:

- Impedir el registro no autorizado como marca del nombre de las comunidades indígenas o las denominaciones, las palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura o práctica. Este derecho podría ejercerse en dos momentos. Antes del registro, la comunidad indígena puede

oponerse al registro de la marca, dentro los treinta días siguientes a la publicación de la solicitud, teniendo como fundamento legal el art. 136, literal g (art. 146).

Si la marca ha sido registrada, puede solicitarse la nulidad relativa del registro, dentro de los cinco años siguientes, lo que es posible cuando una marca ha sido registrada en contravención con el artículo 136 de la Decisión 486, y esto también puede hacerlo de oficio la oficina competente (art. 172).

- Autorizar a terceros el registro como marcas de esos elementos. Este derecho podría ser ejercido a través de instrumentos contractuales.
- Solicitar el registro a su nombre, lo que puede realizarse mediante el cumplimiento del procedimiento que en la misma Decisión 486 se encuentra establecido para el registro de marcas.

[www.bdigital.ula.ve](http://www.bdigital.ula.ve)

En cuanto a la **Decisión 391 de la Comisión de la Comunidad Andina**, ésta contempla en primer lugar que las comunidades indígenas, en tanto proveedoras de recursos genéticos, biológicos o de sus productos derivados o del componente intangible asociado, tienen derecho a ser indicadas como tales en la solicitud de acceso del respectivo recurso, de acuerdo al artículo 26, literal b. Por su parte, el artículo 35 consagra que las comunidades indígenas, en tanto proveedoras de un componente intangible asociado, tienen derecho a una participación justa y equitativa en los beneficios provenientes de la utilización de los componentes intangibles.

La forma de ejercer este derecho en concreto consiste en la utilización de instrumentos contractuales, específicamente mediante la celebración de un contrato que bajo la forma de anexo (término que utiliza la Decisión 391) se encontrará formando parte integrante del contrato de acceso al respectivo recurso genético.

En relación con el tipo de contratos a que se ha hecho referencia anteriormente cabe observar que todo indica que se trata de contratos atípicos, los cuales, al ser celebrados en Venezuela, deben cumplir con las normas que en materia de contratos establece el ordenamiento jurídico venezolano, especialmente el Código Civil.

Ahora bien, es de recordar aquí que la *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* contempla en el artículo 124 una norma de la que pueden desglosarse dos derechos. De un lado, se encuentra el derecho general a la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas. De otro, se observa que establece un derecho más particular, referido a que toda actividad relacionada con los recursos genéticos y los conocimientos asociados a los mismos deben perseguir beneficios colectivos.

En cuanto al ejercicio de estos derechos, hemos mencionado ya que, al tener carácter constitucional, podrían ser reclamados mediante recurso de amparo, de acuerdo con el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este sentido, valga retomar lo que antes se dijo en cuanto a que las comunidades o pueblos indígenas podrían actuar ante los órganos jurisdiccionales para ejercer este derecho, o cada uno de los que hemos mencionado, aún de forma individual, aunque se trate de un derecho colectivo, puesto que la misma Constitución establece que toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos (art. 26 de la CRBV). Así mismo, es de recordar que el órgano jurisdiccional competente para conocer de la acción que pudiera interponerse en

razón de la lesión o amenaza de lesión de derechos colectivos, sería la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia<sup>377</sup>.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el defensor del pueblo tiene entre sus funciones la de velar por el cumplimiento de los derechos que la Constitución establece en favor de las comunidades y pueblos indígenas, e igualmente tiene legitimación activa para defenderlos judicialmente, pues el artículo 281, ordinal 8º, de la Constitución, establece como atribución del defensor del pueblo la de “velar por los derechos de los pueblos indígenas y ejercer las acciones necesarias para su garantía y efectiva protección”.

Por otra parte, la *Ley de Diversidad Biológica* establece que la Oficina Nacional de Diversidad Biológica debe atender todo lo concerniente a los derechos colectivos de las comunidades indígenas relativos a la diversidad biológica, con el objeto que sean protegidos (art. 86). De esta forma, es este organismo el encargado en primera instancia de atender los requerimientos que directamente formulen las comunidades o pueblos indígenas en relación con los derechos que la ley les confiere en cuanto creadoras o poseedoras de conocimientos tradicionales asociados a los elementos de la biodiversidad, o componente intangible de la misma.

Los derechos específicos establecidos en la Ley de Diversidad Biológica pueden ser señalados como sigue:

- Facultad de disposición de los conocimientos, innovaciones y prácticas pasadas, actuales o futuras, que conforman su propiedad intelectual colectiva (art. 42).

<sup>377</sup> Como lo ha señalado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, “mientras la ley no regule y normalice los derechos cívicos con que el estado social de derecho -según la vigente Constitución- se desenvuelve [la competencia en materia de derechos colectivos constitucionales corresponde a] la Sala Constitucional, debido a que a ella corresponde con carácter vinculante la interpretación de la Constitución (artículo 335 *eiusdem*)...”. Cfr. Sentencia de la Sala Constitucional de fecha 19/02/2002, Magistrado Ponente José María Delgado Ocampo, Exp. N° 02-0093.

- Derecho a negar su consentimiento para autorizar la recolección de materiales bióticos y genéticos, el acceso a los conocimientos tradicionales y los planes y proyectos de índole biotecnológica en sus territorios, sin haber obtenido previamente la información suficiente sobre el uso y los beneficios (art. 43).
- Derecho a exigir la eliminación de cualquier actividad que afecte su patrimonio cultural o la diversidad biológica (art. 43).
- Derecho a disfrutar colectivamente de los beneficios que de ellos se deriven (art. 84).
- Derecho a ser compensadas por conservar sus ambientes naturales (art. 84).

Finalmente, cabe señalar que un aspecto que destaca de la Ley de Diversidad Biológica es que la misma no hace depender el goce o ejercicio de los derechos que confiere a las comunidades indígenas en razón de la creación y desarrollo de los conocimientos tradicionales relacionados con la diversidad biológica, que se han indicado antes, del registro de dichos conocimientos en la base de datos cuya elaboración se prevé la Ley en su artículo 54, numeral 5<sup>378</sup>.

Tomando en cuenta cuanto se ha resaltado anteriormente, merecen ser destacados dos aspectos. En primer lugar, se observa que las normas se refieren más a los conocimientos tradicionales indígenas asociados a la biodiversidad que a las expresiones artísticas tradicionales, puesto que como se ha afirmado antes<sup>379</sup>, en nuestro país la Ley sobre Derecho de Autor no contiene ninguna norma referida a la protección de las expresiones del folclore y no existe una protección específica para este tipo de creaciones en general, en tanto que las normas sobre patrimonio cultural conceden protección únicamente a los bienes culturales que sean declarados oficialmente como tales. En segundo lugar, destaca que la normativa en materia de

---

<sup>378</sup> Artículo 54.5 de la Ley de Diversidad Biológica: "El Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, a través de la Oficina de Diversidad Biológica, implementará un programa para la identificación, registro y evaluación de los componentes de la diversidad biológica, a los fines de conformar una base de datos sobre la información de diversidad biológica, la cual se desarrolla en los siguientes niveles: (...) 5. Diversidad de conocimientos asociados intangibles"

<sup>379</sup> *Vid supra*: Capítulo V, Pág. 178.

conocimientos tradicionales se encuentra dispersa, pues se encuentra en distintos instrumentos normativos y así mismo ésta tiende a ser confusa.

## **2. Algunos aspectos generales a considerar para la protección jurídica de los conocimientos tradicionales indígenas en Venezuela**

Ante todo, debe indicarse que los aspectos que a continuación se señalan se relacionan con dos objetivos fundamentales a cuyo cumplimiento podrían contribuir. El primero de ellos está constituido por la necesidad de cumplir con exigencias de compromisos adquiridos en el ámbito internacional, en especial, mediante el Convenio sobre Diversidad Biológica, así como a través de otros instrumentos internacionales relativos a los derechos indígenas en general, como el Convenio 169 de la OIT, al igual que compromisos adquiridos en el ámbito comunitario, plasmados principalmente en la Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino y la Decisión 391 de la Comisión de la Comunidad Andina.

En segundo lugar, se espera que estos elementos, al encontrarse formando parte un régimen especial que podría establecerse a nivel interno, puedan contribuir a servir de base en la conformación de mecanismos más específicos que podrían formar parte de regímenes especiales en los niveles comunitario e internacional.

Dicho lo anterior, cabe aclarar que al señalar estos elementos haremos referencia en primer lugar a los que tienen que ver con la titularidad y el ejercicio de los derechos sobre los conocimientos tradicionales indígenas; y, en segundo lugar, se mencionarán algunas que se refieren a otros aspectos más generales que deben ser tomados en cuenta en el establecimiento de un régimen especial sobre la materia.

A. Al diseñarse un sistema especial para la protección de los conocimientos tradicionales indígenas sería conveniente tener en cuenta que en cuanto a la titularidad y el ejercicio de los derechos reconocidos, su regulación pasaría por considerar que las comunidades y pueblos indígenas creadores o poseedores de conocimientos tradicionales han de ser considerados, en cuanto a las disposiciones sobre acceso a recursos genéticos (y tal como lo establece la Decisión 391 de la Comisión de la Comunidad Andina) como proveedores del componente intangible de los mismos, carácter que podrían compartir con instituciones estatales a las cuales la legislación asigne la gestión de los recursos genéticos. Por otra parte, estos sujetos son titulares directos de los derechos reconocidos por las normas mencionadas anteriormente, en especial la Ley de Diversidad Biológica, lo que también se encuentra en otras legislaciones nacionales, como las Leyes 26839 y 27811 de Perú, la Medida Provisoria 2126/11 de Brasil y la Ley 2788 de Costa Rica.

www.bdigital.ula.ve

Sin embargo, tomando en cuenta que la protección los conocimientos tradicionales indígenas debiera considerar los distintos elementos que inciden en la vida de estas comunidades o pueblos, un aspecto que podría considerarse es el de la regulación del patrimonio indígena en general -incluyendo lo concerniente a la protección de los conocimientos tradicionales indígenas- como patrimonio de la nación.

Esto haría recaer en manos del Estado la defensa y ejercicio de los derechos sobre los conocimientos tradicionales, pero no debe entenderse que implica la exclusión de la participación de las comunidades indígenas, pues es necesaria la consideración de las comunidades y pueblos indígenas como los titulares de los derechos, ésta parece ser la tendencia legislativa en materia de conocimientos tradicionales asociados a la diversidad biológica<sup>380</sup>. En todo caso, la necesidad de la participación de las comunidades o pueblos indígenas se hace evidente al menos

---

<sup>380</sup> Cfr. Estrategia Regional de Diversidad Biológica para los Países del Trópico Andino, aprobada mediante Decisión 523 de la Comisión de la Comunidad Andina.

dos casos: uno de ellos es la identificación de los conocimientos tradicionales, para saber cuándo se trata de conocimientos de las comunidades (lo que sería especialmente relevante en ausencia de un registro de estos conocimientos); y el otro es el relativo al otorgamiento del consentimiento fundamentado previo.

En cuanto a la participación en los beneficios, ésta también puede ser realizada a través de instituciones estatales, por ejemplo, mediante la conformación de un fondo para los pueblos indígenas<sup>381</sup>, que podría ser administrado y gestionado en beneficio de la comunidad o pueblo concernido.

Sería conveniente en todo caso que las comunidades y pueblos indígenas creadores o poseedores de conocimientos tradicionales tengan la facultad para actuar, inclusive cuando sea al mismo tiempo que lo haga alguna institución estatal.

www.bdigital.ula.ve

En cuanto a la actuación de las comunidades y pueblos indígenas creadores o poseedores de conocimientos tradicionales podrían analizarse las siguientes vías:

- a) Representación de conformidad con las normas consuetudinarias.
- b) Exigencia de organización en figuras jurídicas reguladas por la ley (por ejemplo, asociaciones).
- c) Registro de las comunidades y de los representantes autorizados para actuar en su nombre, lo que podría estar sujeto a actualización periódica y que podría estar basado en las normas consuetudinarias del pueblo o comunidad.

Sería conveniente, por otra parte, que se estableciera expresamente que queda siempre a salvo la posibilidad de ejercer las acciones ordinarias aplicables, desde el punto de vista de las normas administrativas, civiles o penales.

---

<sup>381</sup> En este sentido, véase el régimen de la Ley 27811 de Perú.



B. De otro lado, en el diseño de un régimen especial de protección de los conocimientos tradicionales indígenas existen otros aspectos de carácter general que deberían ser considerados, los cuales pueden ser reseñados del modo siguiente:

*1. Desconocimiento de los derechos de propiedad intelectual en caso de violación de los derechos de las comunidades indígenas sobre sus conocimientos tradicionales*

En la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina (art. 3), también la Medida Provisoria 2126/11 (art. 31) y en cierto modo la ley sobre acceso a recursos genéticos de Costa Rica, se condiciona la concesión de derechos de propiedad intelectual al cumplimiento previo de las normas sobre acceso a recursos genéticos y conocimientos tradicionales. También la disposición complementaria segunda de la Decisión 391 de la Comisión de la Comunidad Andina se refiere a ello.

En la legislación venezolana, por su parte, se encuentra una disposición al respecto en el artículo 82 de la Ley de Diversidad Biológica, según la cual no se reconocerán derechos de propiedad intelectual sobre muestras colectadas adquiridas en forma ilegal o que empleen conocimientos tradicionales, e incluso hace recaer en manos de la Oficina Nacional de Diversidad Biológica el deber de revisar las patentes y otros derechos de propiedad intelectual registrados fuera del país, sobre la base de recursos genéticos nacionales, lo que debe entenderse que incluye los conocimientos tradicionales, para reclamar las regalías correspondientes o su nulidad (art. 83 de la Ley de Diversidad Biológica).

*2. Defensa de los derechos de las comunidades indígenas sobre sus conocimientos tradicionales en los casos de derechos de propiedad intelectual conferidos en el exterior.*

De acuerdo con la disposición transitoria segunda de la Decisión 391 de la Comisión de la Comunidad Andina y el artículo 83 de la Ley de Diversidad Biológica, las autoridades nacionales pueden ejercer acciones en el exterior en caso de derechos de propiedad intelectual que hayan sido conferidos en contravención de sus normas sobre acceso a recursos genéticos y conocimientos tradicionales.

En el caso de concesión de derechos de propiedad intelectual en el exterior que recaigan sobre bienes intelectuales basados en conocimientos tradicionales asociados a recursos biológicos accedidos sin el consentimiento previamente informado de las comunidades concernidas (art. 43 de la Ley de Diversidad Biológica) y sin la firma del contrato de acceso con su respectivo anexo sobre distribución de beneficios (art. 35 de la Dec. 391), las comunidades indígenas pueden recurrir a la autoridad nacional (que en Venezuela es la Oficina Nacional de Diversidad Biológica) para que tome las medidas a que haya lugar, puesto que, como hemos mencionado, de acuerdo con el artículo 86 de la Ley de Diversidad Biológica, esta Oficina atenderá lo concerniente a los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas y locales, relacionados con la diversidad biológica, con el objeto de proteger los derechos de estas comunidades sobre sus conocimientos.

### *3. Establecimiento de cláusulas esenciales en los contratos de acceso a los conocimientos tradicionales indígenas*

Podrían establecerse legalmente determinadas cláusulas esenciales de los contratos de acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos asociados, cláusulas cuya presencia sería imprescindible para la validez de dichos contratos.

En este sentido, una de las cláusulas esenciales de los contratos de acceso (o de los anexos a los mismos) a recursos bióticos y genéticos y a los conocimientos tradicionales asociados (para cuya recolección sería necesario el consentimiento de

las comunidades concernidas, según el artículo 43 de la Ley de Diversidad Biológica) debería consistir en el señalamiento de los derechos de propiedad intelectual y del tratamiento y la participación en los beneficios obtenidos de la explotación de las invenciones de producto o procedimiento basadas en recursos genéticos o conocimientos tradicionales asociados que sean protegidas por derechos de propiedad intelectual. Una iniciativa de este tipo se encuentra en la Medida Provisoria Nº 2126/11 de Brasil de 26 de abril de 2001 (art. 28, V).

La importancia de una cláusula de este tipo se pone de manifiesto al considerar la utilización de los conocimientos tradicionales indígenas en la elaboración de invenciones que sean patentadas, caso en el cual el titular de la patente tendría, según el Acuerdo de los ADPIC (art. 28) el derecho de explotación exclusiva, que abarca la facultad de impedir que terceros realicen actos de fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación para estos fines, del producto patentado o de impedir los mismos actos respecto del producto obtenido directamente por medio del procedimiento patentado, si la invención patentada consiste en un procedimiento. El ejercicio de este derecho resultaría injusto al no tomar en cuenta la contribución que hacen las comunidades o pueblos indígenas mediante sus conocimientos tradicionales que son usados para la elaboración de las invenciones patentadas.

Otra de tales cláusulas consistiría en la sujeción a la jurisdicción del país para dilucidar eventuales conflictos entre las partes. Una cláusula de esta especie podría consistir en una forma de asegurar la aplicación de la legislación nacional en las controversias que puedan originarse a partir de la utilización de conocimientos tradicionales indígenas para la realización de bienes intelectuales protegibles mediante las normas que integran el sistema de propiedad intelectual. En este sentido, podría observarse el artículo 28, VIII de la citada Medida Provisoria 2126/11 de Brasil.

*4. Consideración de los distintos elementos que intervienen en las formas de vida particulares de los pueblos indígenas y que se integran dentro de las aspiraciones que han manifestado*

En la regulación de la protección jurídica de los conocimientos tradicionales indígenas sería necesario considerar una visión integral de los derechos de los pueblos indígenas, acorde con la visión que estos pueblos proclaman en relación con los distintos elementos de su cultura, economía y formas de vida en general.

En este orden de ideas, podría analizarse la propuesta que ha formulado el grupo de trabajo sobre el artículo 8, literal j, del Convenio sobre Diversidad Biológica en cuanto a los “derechos tradicionales a los recursos” considerado como un concepto de derechos por el que se procura integrar una serie de derechos humanos concernientes a los pueblos indígenas, tales como los indicados en el proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Aunque habría que observar lo ambicioso de una propuesta de ese tipo, podría considerarse una legislación especial que estableciera, por ejemplo, que las comunidades puedan adoptar ciertas medidas sobre aspectos que les atañen directamente, tales como las de promulgar normas locales o directrices para proteger su patrimonio cultural o establecer planes de desarrollo de la comunidad para administrar el uso de los recursos<sup>382</sup>. En las normas destinadas a asegurar la tenencia de tales comunidades o pueblos de sus territorios tradicionales puede permitirse que esas comunidades participen del control al acceso a los mismos, mediante un sistema de permisos por el cual las comunidades podrían controlar dentro de sus territorios las actividades realizadas por terceros, las cuales podrían

---

<sup>382</sup> Cfr. Documento UNEP/CBD/WG8J/2/7, Pág. 20.

implicar condiciones relativas al acceso y utilización de los recursos genéticos y de sus conocimientos tradicionales<sup>383</sup>.

En este contexto, podría ser útil el análisis de un sistema especial nacional para proteger elementos comunes a los pueblos indígenas, tales como los derechos colectivos sobre los conocimientos tradicionales indígenas; los sistemas de acceso a esos conocimientos y la distribución de los beneficios que se obtengan a partir de su utilización; la regulación de los derechos sobre los territorios ancestralmente ocupados por estos pueblos; los sistemas de participación y consulta, o la existencia de incentivos apropiados para las investigaciones<sup>384</sup>.

En igual sentido, sería conveniente incluso que, como un mecanismo de política, la protección de los conocimientos tradicionales quedara reflejada en la planificación o regulación de distintos sectores a nivel nacional, como la agricultura o las inversiones<sup>385</sup>.

Por otra parte, el ámbito comunitario constituido por la Comunidad Andina debería facilitar la configuración de un enfoque regional para proteger los conocimientos tradicionales y de los productos basados en éstos. Debe tenerse en cuenta que los sistemas especiales nacionales por sí solos no serán suficientes para proteger debidamente estos conocimientos.

Además del enfoque regional, se hace preciso estudiar la creación de un mecanismo internacional que examine los estándares mínimos de un sistema especial internacional de protección de los derechos colectivos sobre los conocimientos tradicionales indígenas, aunque las deliberaciones internacionales deberían tener en cuenta la experiencia práctica adquirida hasta ahora en los planos

---

<sup>383</sup> Cfr. Documento UNEP/CBD/WG8J/1/2, Pág. 13.

<sup>384</sup> Cfr. Documento TD/B/COM.1/EM.13/3, Pág. 7.

<sup>385</sup> Idem.

nacional y regional y, en todo caso, con la participación de las comunidades o pueblos indígenas<sup>386</sup>.

Finalmente, sería conveniente que las anteriores observaciones pudieran extenderse a la protección de las manifestaciones del folclore de las comunidades indígenas, en tanto dichas manifestaciones forman parte igualmente del patrimonio indígena en general.

### **3. Normas propuestas para regular la titularidad y el ejercicio de los derechos sobre los conocimientos tradicionales indígenas**

A continuación se propone un conjunto de normas que constituirían el capítulo referido a la titularidad y el ejercicio de los derechos contemplados en una posible Ley especial, relativa a los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre sus conocimientos tradicionales. Son, como se ha dicho, propuestas, y en ningún caso pueden entenderse que poseen carácter absolutamente incuestionable. Se hace necesario en este sentido, tomar en cuenta que el debate de las propuestas de este tipo es requisito previo esencial para su incorporación definitiva en una legislación especial. No debe olvidarse que la discusión previa de las propuestas normativas es particularmente importante en esta materia, en especial un debate que cuente con la participación de los pueblos indígenas como grupo particularmente interesado, fundamentalmente por ser los titulares de los derechos que se encuentren contemplados. Es así no sólo por exigencias de justicia, sino también debido a normas existentes, pues ello puede deducirse del texto del artículo 8, literal j, del Convenio sobre Diversidad Biológica, que ha sido ampliamente mencionado en el presente trabajo, según el cual el respeto, preservación y mantenimiento de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales deberá conseguirse con la aprobación y participación de las propias comunidades.

---

<sup>386</sup> Cfr. Documento TD/B/COM.1/EM.13/3, Pág. 8.

Tomando en cuenta que la Ley en la cual se insertarían las normas que aquí se proponen contemplaría una noción amplia de conocimientos tradicionales, considerándolos como resultado de la relación que existe entre los pueblos indígenas y los territorios que éstos habitan, la definición normativa propuesta de pueblos indígenas, en tanto titulares de los derechos establecidos en la posible Ley especial, incorpora la consideración de esta relación. Puede observarse que en nuestro país los pueblos indígenas habitan territorios determinados, los cuales son o pueden ser delimitados, tómease en cuenta que precisamente a este fin se orienta la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas, en cuya implementación se encuentran trabajando ya diversos pueblos indígenas, tal es el caso, por ejemplo, de los pueblos Yekwana y Pemón.

Además de establecerse claramente que son los pueblos indígenas los titulares de los derechos colectivos contemplados en la Ley y de establecer una definición de dichos sujetos, se mencionan asimismo las normas generales sobre el ejercicio de los derechos. Estas normas generales regirían en el ejercicio de los derechos particulares existentes. En este sentido, por ejemplo, en cuanto a la autorización del uso de los conocimientos tradicionales o a la participación en los beneficios derivados de su explotación, podría considerarse que el ejercicio de los mismos se podría realizar mediante contratos celebrados por las organizaciones de los pueblos indígenas que hayan sido constituidas por ellos mismos, de acuerdo a las normas tradicionales del pueblo respectivo, tal como se desprende de los artículos propuestos al respecto, según los cuales *“para el ejercicio de los derechos establecidos por la presente Ley, los pueblos indígenas se entenderán representados por las organizaciones que a tal efecto existan o sean constituidas de su propio seno”* y que *“...serán las establecidas con base a las normas e instituciones consuetudinarias propias de cada pueblo”*.

Se propone una norma en la que se reconoce que la constitución de las organizaciones antes mencionadas debe hacerse mediante la aplicación de las normas tradicionales o consuetudinarias que se han sido desarrolladas y son

aplicadas por el propio pueblo indígena. De esta forma, se toma en cuenta el derecho de los pueblos indígenas a ser representados mediante mecanismos diseñados por ellos mismos a través de la aplicación de sus propias reglas. Resulta claro que este aspecto no se ajusta de forma absoluta al contenido del derecho a la libre determinación reclamado por los pueblos indígenas; sin embargo, una norma de este tipo constituye una manifestación de este derecho, en la medida en que la libre determinación sea aceptada en su vertiente interna referida a la capacidad de los pueblos indígenas de decidir en relación con sus asuntos propios, entrañando una autonomía ejercida dentro del Estado del que forman parte, cuya integridad territorial debe ser respetada y dentro de cuyos sistemas legales y políticos ha de desenvolverse, a partir de una actitud democrática e incluyente<sup>387</sup> por parte de dicho Estado, actitud de la cual es expresión precisamente la existencia de una protección legal de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas.

Ahora bien, como una manera de facilitar la identificación de las organizaciones indígenas que actuarán como representantes de los pueblos indígenas titulares de los derechos contemplados en la Ley, lo que es especialmente importante al momento del ejercicio efectivo y concreto de los derechos, se propone la creación de un registro de estas organizaciones indígenas. La existencia de dicho registro contribuiría a imprimir mayor seguridad jurídica al ejercicio de los derechos relativos a los conocimientos tradicionales indígenas.

A lo largo del trabajo se ha hecho mención a la consideración del régimen especial de protección de los conocimientos tradicionales inserto dentro del marco del sistema de propiedad intelectual. La protección de los conocimientos tradicionales se relaciona con el sistema de propiedad intelectual no sólo porque éstos comparten la esencia “inmaterial” o “intelectual” de los bienes protegidos por las ramas que integran la propiedad intelectual (la propiedad industrial y el derecho de autor y derechos conexos), también se relaciona con ella en la medida en que la

---

<sup>387</sup> Cfr. KREIMER, Oswaldo, presentación a MACKAY, Fergus, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Internacional*. Asociación Pro Derechos Humanos. Lima, 1999. Págs. 5 y ss.



protección de los conocimientos tradicionales puede tropezar con la aplicación de algunas de sus normas, especialmente las referidas a los derechos de explotación exclusiva, los cuales constituyen la institución medular de ese sistema normativo. En este sentido, es conveniente que el registro de las organizaciones indígenas que se propone sea realizado por el organismo que se encargue del registro y control de los derechos de propiedad intelectual, que en nuestro país es el Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, adscrito al Ministerio de Industrias Ligeras y Comercio. De esta forma se facilitaría, e incluso se haría ineludible, la identificación de los titulares de los derechos sobre los conocimientos tradicionales indígenas tanto para las autoridades competentes en materia de patentes, marcas, derechos de autor, derechos de obtentores de variedades vegetales y demás derechos de propiedad intelectual, así como para quienes se encuentren interesados en el acceso a estos conocimientos.

Finalmente, debe mencionarse que, como se ha señalado anteriormente, las normas propuestas que se presentan a continuación han sido estructuradas teniendo en cuenta que han de enmarcarse en un cuerpo normativo especial destinado a la protección de los conocimientos tradicionales indígenas que en particular se circunscriba a la materia de la propiedad intelectual, el cual ha de ser sometido a posible proceso de participación previo a su configuración como normas positivas vigentes. En este sentido, los artículos, así como también el capítulo del que éstos forman parte, esto es, el capítulo referido a la titularidad y ejercicio de los derechos establecidos en la Ley, han sido redactados sin tomar en cuenta su numeración ya que ésta dependerá de la numeración del articulado del cuerpo normativo en su totalidad. Sin embargo, sí se sugiere un posible título de la Ley respectiva.

## LEY SOBRE LOS DERECHOS COLECTIVOS RELATIVOS A LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES INDÍGENAS

**Capítulo** [número del capítulo]

### **Titularidad y Ejercicio de los Derechos**

**Artículo** [número del artículo]

#### *Definiciones*

A los efectos de la presente Ley, se entiende por:

- a) Comunidades indígenas: los asentamientos cuya población pertenece a uno o más pueblos indígenas.
- b) Normas consuetudinarias: el conjunto de reglas desarrolladas tradicionales desarrolladas dentro de los pueblos o comunidades indígenas y que regulan el desenvolvimiento de sus propias formas de vida.
- c) Pueblos indígenas: los grupos humanos integrados por los habitantes originarios del país que se identifican a sí mismos como indígenas y que se distinguen del resto de la colectividad por poseer características culturales e instituciones sociales, económicas y políticas particulares y normas consuetudinarias propias y que habitan tradicionalmente un territorio específico.
- b) Registro de organizaciones indígenas: el procedimiento administrativo destinado a reconocer a las organizaciones indígenas creadas del propio seno de los pueblos o comunidades indígenas la legitimidad necesaria para el ejercicio de los derechos establecidos en la presente Ley.

**Artículo** [número del artículo]

#### *De la titularidad de los derechos*

Son titulares de los derechos colectivos establecidos por la presente Ley los pueblos y comunidades indígenas en cuyo seno se haya desarrollado el conocimiento tradicional sobre el que recaen tales derechos.

**Artículo [número del artículo]***Del ejercicio de los derechos*

Para el ejercicio de los derechos colectivos establecidos por la presente Ley, los pueblos indígenas serán representados por las organizaciones que a tal efecto existan o sean constituidas de su propio seno.

**Artículo [número del artículo]***De la naturaleza de las organizaciones indígenas*

Las organizaciones indígenas a que se refiere este artículo serán las establecidas con base a las normas consuetudinarias propias de cada pueblo.

**Artículo [número del artículo]***Del registro de organizaciones indígenas*

Se crea un registro de organizaciones indígenas representantes de los pueblos indígenas a los fines de ejercer los derechos colectivos sobre sus conocimientos tradicionales establecidos por la presente Ley.

**Artículo [número del artículo]***De la participación en el registro del organismo competente  
en materia de propiedad intelectual*

El registro creado mediante el artículo anterior estará a cargo de una dependencia que formará parte del organismo competente en materia de propiedad intelectual.

**Artículo [número del artículo]***De las normas generales que rigen el registro  
de organizaciones indígenas*

En el proceso de registro de organizaciones indígenas deberá tenerse en cuenta que:

- a) Serán registradas las organizaciones indígenas que hayan sido constituidas en el propio seno de las comunidades o pueblos indígenas para representarlas en el ejercicio de los derechos establecidos en la presente Ley;

b) Se velará por el respeto de los derechos de que gozan los pueblos y comunidades indígenas según las normas constitucionales y legales que integran en el ordenamiento jurídico del país.

[www.bdigital.ula.ve](http://www.bdigital.ula.ve)

## CONCLUSIONES

---

- Se puede apreciar que actualmente se carece de una visión compartida entre los distintos Estados sobre los objetivos que se pretenden conseguir con la protección de los conocimientos tradicionales indígenas y sobre los mecanismos jurídicos a utilizar en el marco de dicha protección. De igual modo, en el ámbito interno aún no ha surgido un claro modelo normativo y no se ha podido desarrollar una visión coherente que pueda proyectarse en los foros internacionales.

Al emprender la tarea de definir un sistema especial para la protección de los conocimientos tradicionales indígenas, es necesario que ante todo se definan los objetivos políticos que se pretenden lograr, lo que es especialmente importante en el plano nacional, sólo de esa manera pueden diseñarse políticas concretas y normas jurídicas internas claras y más eficaces.

Del marco multilateral actual derivan algunos compromisos específicos en cuanto a la regulación nacional de la materia. En este contexto hay que considerar que las disposiciones del Convenio sobre Diversidad Biológica no son directamente operativas a nivel nacional, lo que impone que disposiciones como el artículo 8, literal j, deban ser desarrolladas por las legislaciones nacionales que regulen el acceso a los conocimientos tradicionales, estableciendo sanciones en caso de infracciones.

Así mismo, cabe observar que en el ámbito comunitario andino la tendencia en cuanto al sistema especial para protección de los conocimientos tradicionales se orienta en el sentido de la conveniencia de un sistema especial dentro del sistema de propiedad intelectual.

- Aunque en ciertos casos los conocimientos tradicionales puedan desarrollarse individualmente, debe tenerse en cuenta que siempre subyace en ellos un sentido de pertenencia colectiva. En Venezuela, el carácter colectivo de los derechos sobre los conocimientos tradicionales resulta claro, en especial si se toma

en cuenta el artículo 124 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según el cual “se garantiza y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas...” y se establece que “...toda actividad relacionada con los recursos genéticos y los conocimientos asociados a los mismos perseguirán beneficios colectivos”; así como el artículo 85 de la Ley de Diversidad Biológica, conforme al cual los derechos de los pueblos indígenas son de carácter colectivo.

- El término más idóneo para designar legalmente en Venezuela a los grupos indígenas creadores o poseedores de conocimientos tradicionales es el de *pueblos indígenas*. Es este el término utilizado por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como por la Ley de Diversidad Biológica y la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas.

En este sentido, los pueblos indígenas deben ser entendidos tomando en cuenta al menos algunos de los elementos señalados en la internacionalmente aceptada definición de Martínez Cobo, según la cual son grupos que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos, como sectores no dominantes de la sociedad que tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblos, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sistemas legales.

En consecuencia, al determinar los titulares de los derechos sobre los conocimientos tradicionales indígenas deberían considerarse lo siguiente:

- a) el vínculo de la comunidad o pueblo indígena con un territorio determinado;
- b) la existencia de características propias, culturales, sociales económicas y políticas, y en cuanto a la existencia de formas de gobierno específicas, se incluiría la libre determinación en sentido interno, y

c) el principio de autoidentificación, entendido como reconocimiento de la conciencia que estos grupos humanos poseen sobre sí mismos acerca de su identidad como indígenas.

- A pesar de poder considerarse los conocimientos tradicionales indígenas como bienes intelectuales, los mecanismos del tradicional sistema de propiedad intelectual no ofrecen una protección adecuada a estos conocimientos. Junto a las particulares características de este bien jurídico que impiden que puedan en la mayoría de los casos cumplir con los requisitos que cada rama de la propiedad intelectual exige para conceder protección, los principios y objetivos a que debe dirigirse su protección jurídica especial difieren de modo esencial de los que rigen el sistema de propiedad intelectual en general. Mientras el sistema de propiedad intelectual gira principalmente en torno al derecho de explotación exclusiva, la protección de los conocimientos tradicionales se inserta en un contexto más amplio que no debe descuidar los demás derechos indígenas reconocidos internacionalmente.

- Las relaciones que el tema de la protección jurídica de los conocimientos tradicionales indígenas guarda con el resto de derechos indígenas no se han establecido de forma clara a nivel internacional y nacional, por el contrario, el tema ha tendido a ser tratado de forma aislada. Existe así en nuestro país el reto de lograr asociar de forma clara y efectiva la protección de los conocimientos tradicionales indígenas con otros derechos reconocidos en favor de estos pueblos.

En este sentido, no debe descuidarse que aspectos como los derechos territoriales y la preservación de los modos de vida de los pueblos indígenas son condiciones imprescindibles para el desarrollo y preservación de los conocimientos tradicionales indígenas.

No debe dejarse de lado, de igual forma, el debate sobre el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas al ser una condición necesaria para el disfrute de todos sus demás derechos, entendiéndose la libre determinación como el derecho de estos pueblos a decidir en torno a sus asuntos políticos, económicos,

sociales y culturales, circunscribiéndose al territorio del Estado del que forman parte,

En este sentido, el Estado debe implicarse en la defensa de los derechos sobre los conocimientos tradicionales indígenas sin excluir la participación y la gestión directa de las comunidades indígenas como titulares de los derechos reconocidos.

[www.bdigital.ula.ve](http://www.bdigital.ula.ve)



## BIBLIOGRAFÍA

---

- AGUILAR CASTRO, Vladimir, *Entre Resistencia y Disidencia. La Cuestión Indígena como Desafío de las Relaciones Internacionales Actuales. Tensiones y Conflictos en Venezuela*. Memoria preliminar de tesis doctoral. Instituto Universitario de Estudios del Desarrollo. Ginebra, 2002.
- \_\_\_\_\_: *Guardianes Ancestrales en Venezuela: La Demarcación de Territorios Indígenas como Estrategia para la Conservación y Manejo de Parques Nacionales y Áreas Protegidas*. En: Conservación de la Biodiversidad en Los Andes y la Amazonía. Cuzco, 2001.
- AGUILAR CASTRO, Vladimir y PONCE, Julio, *Conocimientos Indígenas Amenazados*. BioGuayana/Fundacite-Guayana. Ciudad Guayana, 2002.
- AGUILAR GORRONDONA, José, *Derecho Civil. Personas*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1995.
- AGUILAR, Grethel, *Derechos de Propiedad Intelectual. Acceso a Recursos Genéticos y Conocimiento Tradicional en Territorios Indígenas*. (Mimeo).
- ALBITES, Jorge, *La Protección de los Conocimientos Tradicionales en los Foros Internacionales*. Informe sobre la Situación Actual. Estudio preparado para el Ministerio de Ciencia y Tecnología de Venezuela. Caracas, 2002. Disponible en: [www.unctad.org](http://www.unctad.org) (07/06/2001).
- ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *La Protección de las Expresiones del Folklore*. Documento OMPI/SGAE/DA/SRZ/01/28ª, presentado en el 8º Curso Académico Regional OMPI/SGAE de Formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 2001.
- \_\_\_\_\_: *Manual para la Enseñanza Virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*. Escuela Nacional de la Judicatura - INDOTEL. Tomo II. Santo Domingo, República Dominicana, 2002.
- Área de Estudios Económicos del INDECOPI, Documento de Trabajo N° 10, *Propuesta de Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas*.
- ASCARELLI, Tulio, *Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales*. Editorial Bosch. Barcelona, España, 1970.
- ASTUDILLO GOMEZ, Francisco, *Derechos de Propiedad Intelectual de las Comunidades Indígenas sobre los Conocimientos Tradicionales Asociados a los Recursos Biológicos*. En: Propiedad Intelectual. Temas relevantes en el Escenario Internacional. SIECA-USAID. 2000.

- \_\_\_\_\_ : *La Protección Legal de las Invenciones. Especial referencia a la Biotecnología*. Universidad de Los Andes. Consejo de Publicaciones. Mérida, Venezuela, 1995.
- \_\_\_\_\_ : *Regulación del Acceso a los Recursos Genéticos y Propiedad Intelectual*. En: *Biotecnología y Derecho. Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*. Buenos Aires, 1997.
- BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial*. Ediciones Civitas, Madrid, 1993.
- BERGEL, Salvador, *Acceso a los Recursos Genéticos y Derechos de Propiedad Intelectual en el Panorama Latinoamericano*. 2001. (Mimeo).
- BERGEL, Salvador, *Patentamiento de Material Genético Humano*. (Mimeo).
- BERGEL, Salvador y BETTIOLI, Emilio, *En Torno del Abuso de Derechos de Propiedad Intelectual y la Competencia*, en *Revista de Derecho Industrial*, Año 15, N° 43. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1993.
- BIANCHI, Nestor, *Aspectos Genéticos y Éticos referentes a los Derechos de los Pueblos Indígenas Argentinos*. En: *Bioética y Genética. II Encuentro Latinoamericano de Bioética y Genética*. Cátedra UNESCO de Bioética. Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 2000.
- BOYER, Paul Henri, *Diccionario Breve de Filosofía*. Club de Lectores. Buenos Aires, 1962.
- BREUER MORENO, P. C., *Tratado de Patentes de Invención*. Editorial Abeledo-Perrot. Volumen I. Buenos Aires, 1957.
- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo VIII. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1989.
- CLARAC, Jaqueline, *La Política Indigenista Venezolana a través del Tiempo. Contactos y Conflictos Interétnicos en Venezuela: El Eterno Problema. Los Problemas Recientes*. Revista CENIPEC, N° 21 Enero-Diciembre. Mérida, Venezuela, 2002.
- COICA OMAERE OPIP, *Biodiversidad, Derechos Colectivos y Régimen Sui Generis de Propiedad Intelectual*. Quito, 1999.
- Comunidad Andina, *Estrategia Regional de Biodiversidad. Protección, Recuperación y Difusión de Conocimientos y Prácticas Tradicionales*. La Paz, 2001.
- COLMENARES, Ricardo, *El derecho a la Autonomía de los Pueblos Indígenas en Venezuela*. Revista CENIPEC. N° 21 Enero-Diciembre. Mérida, Venezuela, 2002.
- \_\_\_\_\_ : *Los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Editorial Jurídica Venezolana. Cuadernos de la Cátedra Allan Brewer-Carías de Derecho Administrativo. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2001.

- COLOMBET, Claude. *Grandes Principios del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Mundo*. 3ª Edición. Madrid: Ediciones Unesco/Cindoc, 1997.
- Consortio GTZ/FUNDECO/IE. *Acceso a Recursos Genéticos. Conocimientos Tradicionales y Participación en los Beneficios*. CAN-BID. IV Taller Estrategia sobre Biodiversidad para Países del Trópico Andino. Pampatar, 2001.
- CORREA, Carlos. *Los Conocimientos Tradicionales y la Propiedad Intelectual. Cuestiones y Opciones acerca de la Protección de los Conocimientos Tradicionales*. Oficina Cuáquera ante las Naciones Unidas. Ginebra, 2001.
- \_\_\_\_\_: *Derechos de Soberanía y de Propiedad Intelectual sobre los Recursos Genéticos*. En: *Redes. Revista de Estudios Sociales de la Ciencia*. Centro de Estudios e Investigaciones. Universidad Nacional de Quilmes, año II, N° 4. Buenos Aires, 1995.
- DAES, Erica-Irene. *Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas*. Subcomisión de Promoción y Protección de los derechos Humanos de las Naciones Unidas, Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas. Naciones Unidas. Nueva York, 1997.
- \_\_\_\_\_: *Principles and Guidelines for the Protection of the Heritage of Indigenous Peoples*. Alaska Native Knowledge Network. Disponible en: [www.ankn.uaf.edu/protect.html](http://www.ankn.uaf.edu/protect.html) (2/15/2000).
- DUTFIELD, Graham y POSEY, Darrel. *Beyond Intellectual Property*. International Development Research Centre. Canadá, 1996.
- EGAÑA, Manuel Simón. *Bienes y Derecho Reales*. Editorial Criterio. Caracas, 1964.
- ESPÍN CANOVAS, Diego. *Los Derechos del Autor de las Obras de Arte*. Editorial Civitas. 1ª Edición. Madrid, 1996.
- FERNANDEZ DE CÓRDOBA, Sofia. *Derecho de Patentes e Investigación Científica*. Tirant lo Blanch. Valencia, España, 1996.
- FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía Abreviado*. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1970.
- GARCÍA, Jesús. *El Diálogo entre las Razas*. El Punto Medio. Caracas, noviembre de 2002.
- GONZÁLEZ POSSO, Darío. *Bioprospección y Guerra Biológica*. 2000. (Mimeo).
- GRENIER, Louise. *Conocimiento Indígena. Guía para el Investigador*. Editorial Tecnológica de Costa Rica. Cartago, 1999.
- GUEVARA, Andrés, en *La Dignidad de los Shamanes*, Dossier de Propiedad Intelectual. *Question*, Año 1, N° 12, junio 2003.

- HERRERA MEZA, *Iniciación al Derecho de Autor*. Grupo Noriega Editores. México, 1992.
- LIPSZYC, Delia, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. UNESCO. Paris, 1993.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás, *¿Hay Derechos Colectivos? Individualidad y Socialización en la Teoría de los Derechos*. Ariel Derecho. Barcelona, España, 2000.
- MAFFEI, María, *The Relationship between the Convention on Biological Diversity and other International Treaties on the Protection of Wildlife*. En Anuario de Derecho Internacional. Tomo XI. Universidad de Navarra. Pamplona, 1995.
- MACKAY, Fergus, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Internacional*. Asociación Pro Derechos Humanos. Lima, 1999.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, *La Competencia Desleal*. Editorial Civitas. Madrid, 1988.
- Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales – Oficina Nacional de Diversidad Biológica, *Estrategia Nacional sobre Diversidad Biológica y su Plan de Acción*. Caracas, 2001.
- MITELMAN, Carlos Octavio, *Cuestiones de Derecho Industrial*. Ad Hoc, S. R. L. Buenos Aires, 1999.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*. Acta de 1971. Ginebra, 1978.
- OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Editorial Heliasta. Buenos Aires.
- PACÓN, Ana María, *Los Derechos sobre los Signos Distintivos y su Importancia en una Economía Globalizada*. En: Propiedad Intelectual. Temas relevantes en el Escenario Internacional. SIECA-USAID. 2000.
- PACHÓN, Manuel y SÁNCHEZ ÁVILA, Zoraida, *El Régimen Andino de la Propiedad Industrial*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Santa Fe de Bogotá, 1995.
- PÉREZ SALOM, José, *Recursos Genéticos, Biotecnología y Derecho Internacional*. Editorial Aranzadi. Navarra, 2002.
- QUINTANILLA, Miguel, *Diccionario de Filosofía Contemporánea*. Ediciones Sígueme. Salamanca, 1976.
- RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*. Editorial Porrúa, SA, México, 1965.
- RENGIFO, Ernesto, *La Propiedad Intelectual. El Moderno Derecho de Autor*. 2ª edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1997.

- RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *El Régimen de la Propiedad Industrial*. Caracas, 1995.
- RUIZ, Manuel, *Protecting Indigenous Peoples Knowledge: A policy and legislative Perspective from Peru*. Sociedad Peruana de Derecho de Autor. 1999.
- RUIZ, Manuel y VIVAS, David, *Manual Explicativo sobre Mecanismos para la Protección del Conocimiento Tradicional de las Comunidades Indígenas en la Región Andina*. Documento preparado para la Iniciativa Biocomercio de la UNCTAD.
- TAMAYO, Francisco, *Introducción al Estudio del Fitofolklore Venezolano*. En Archivos Venezolanos de Folklore. Año 1, N° 1. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Filosofía y Letras. Caracas, 1952.
- TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad, *Los Pueblos Indígenas en el Orden Internacional*. Universidad Autónoma de Madrid, Cuadernos Internacionales 2. Editorial Dykinson. Madrid, 2001.
- UCHTENHAGEN, Ulrich, *La Protección de las Expresiones del Folklore*. Documento OMPI/SGAE/DA/SRZ/01/28b, presentado en el 8° Curso Académico Regional OMPI/SGAE de Formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Santa Cruz de la Sierra Bolivia, 2001.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Liberalismo, Estado de Derecho y Minorías*. Paidós. Universidad Autónoma de México. México, D. F., 2001.
- VIVAS, David, *Análisis de Opciones Sui Generis para la Protección del Conocimientos Tradicional y la Experiencia Venezolana en la Materia*. Documento preparado para el Ministerio de Ciencia y Tecnología. Caracas, 2002.
- \_\_\_\_\_: VIVAS, David, *Issues Linked to the Convention on Biological Diversity in the WTO Negotiations: Implementing Doha Mandates*. CIEL. Ginebra, 2002.
- VOGEL, Joseph Henry, *El Cártel de la Biodiversidad. Transformación de Conocimientos Tradicionales en Secretos Comerciales*. CARE Proyecto SUBIR. Quito, 2000.
- VON LEWINSKI, Silke (Ed.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property*. Kluwer Law International. Reino Unido, 2003.
- ZUCCHERINO, Daniel, *El Derecho de Propiedad del Inventor*. Ad Hoc. S.R.L. Buenos Aires, 1995.
- ZUCCHERINO, Daniel y MITELMAN, Carlos, *Derecho de Patentes: Aislamiento o Armonización. La Patentabilidad de Productos Farmacéuticos*. Ad Hoc, S.R.L. Buenos Aires. 1994.

**Otros documentos**

BM, Documento PFII/2004/WS.1/3.

Decisión IV/9, IV Conferencia de la Partes del Convenio sobre Diversidad Biológica.

Decisión V/16, V Conferencia de las Partes del Convenio sobre Diversidad Biológica.

Decisión VI/10, VI Conferencia de las Partes del Convenio sobre Diversidad Biológica.

Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Distribución Justa y Equitativa de los Beneficios Provenientes de su Utilización.

FAO, Documento PFII/2004/WS.1/3.

Naciones Unidas, Documento IP/C/W/370.

Naciones Unidas, Documento E/CN.4/Sub.2/1992/SR31/Add.1

Naciones Unidas, Documento E/CN.4/Sub.2/AC.4/1995/3.

OMC, Documento WO/GA/26/6.

OMPI, Documento WIPO/GRTFK/IC/3/8.

OMPI, Documento WIPO/IPTK/RT/99/2.

OMPI, Documento WIPO/GRTKF/IC/3/9.

OMPI, Documento WIPO/GRTKF/IC/4/15.

OMPI, Documento OMPI/BIOT/MEX/97/2.

UPOV, Documento UPOV/LPZ/97/6.

UPOV, Documento UPOV/LPZ/97/1.

**Fuentes electrónicas**

[www.asambleanacional.gov.ve](http://www.asambleanacional.gov.ve)

[www.biodiv.org](http://www.biodiv.org)

[www.biotrade.org](http://www.biotrade.org)

[www.cidh.oas.org](http://www.cidh.oas.org)

[www.comunidadandina.org](http://www.comunidadandina.org)

[www.indecopi.gob.pe](http://www.indecopi.gob.pe)

[www.tsj.gov.ve](http://www.tsj.gov.ve)

[www.unctad.org](http://www.unctad.org)

[www.unesco.org](http://www.unesco.org)

[www.wipo.int](http://www.wipo.int)

[www.wto.org](http://www.wto.org)

[www.bdigital.ula.ve](http://www.bdigital.ula.ve)