Boletín N° 10.772-04

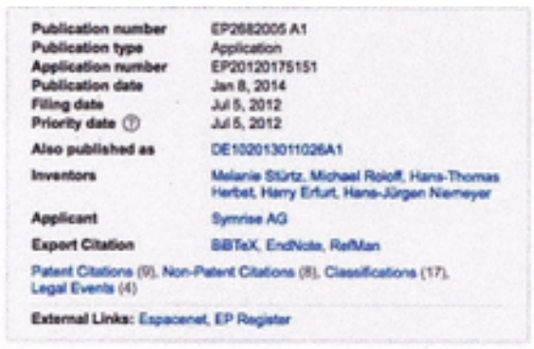
Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señores Tuma, De Urresti, Lagos, Ossandón y Pizarro, sobre reconocimiento y protección del patrimonio cultural indígena y prevención y sanción de la biopiratería.

La Creciente Biopiratería en Chile

En Chile están en peligro la biodiversidad y la diversidad cultural, debido a la falta de protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades locales y los pueblos indígenas. Conocimientos formados y acumulados de manera colectiva y que han permitido una adaptación y relación armónica con la naturaleza son apropiados por terceros y desvinculados de su contexto cultural. Así también, se empobrecen las culturas que han aportado al uso abierto de procedimientos medicinales, diseños, narraciones, historias, mitos y elementos que forman parte de su patrimonio, pero que han permitido a todo el país construir una identidad diferenciada de los demás países del mundo. Esta riqueza, relacionada con el medio ambiente y de índole cultural está siendo protegida en otros países de América Latina y el resto del continente, y es necesario que nuestro país se ponga al día y genere un marco normativo y protección de los conocimientos tradicionales.

Numerosas plantas medicinales y que tienen vínculos espirituales inequívocos con las identidades de los pueblos indígenas de Chile han sido objeto de apropiación indebida o biopiratería. Uno de los casos que se destacan es el Maqui, Aristotelia Chilensis, este, arbusto silvestre constituye un árbol sagrado para el Pueblo Mapuche, representando la buena y pacifica intención, que decora los Rewes ceremoniales al considerarse una ofrenda o don de la naturaleza, y al cual este pueblo le ha dado múltiples usos tradicionales, medicinales y alimenticios, tanto en lo que se refiere a las bayas como a las hojas. Se destacan sus propiedades cicatrizantes, antiinflamatorias y antioxidantes, además de sus facultades nutricionales.

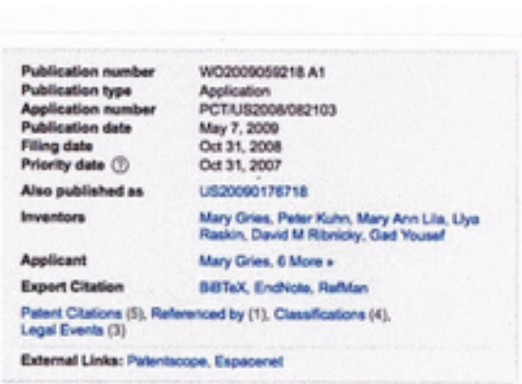
En Estados Unidos existen al menos cuatro solicitudes de patentes pendientes sobre el Maqui.



Publication number	EP2682005 A1
Publication type	Application
Application number	EP20120175151
Publication date	Jan 8, 2014
Filing date	Jul 5, 2012
Priority date ⓘ	Jul 5, 2012
Also published as	DE102013011026A1
Inventors	Melanie Stürtz, Michael Rojoff, Hans-Thomas Herbst, Harry Erfurt, Hans-Jürgen Niemeyer
Applicant	Symrise AG
Export Citation	BiBTeX, EndNote, RefMan

Patent Citations (9), Non-Patent Citations (8), Classifications (17), Legal Events (4)

External Links: Espacenet, EP Register



Publication number	WO2009059218 A1
Publication type	Application
Application number	PCT/US2008/082103
Publication date	May 7, 2009
Filing date	Oct 31, 2008
Priority date ⓘ	Oct 31, 2007
Also published as	US20090176718
Inventors	Mary Gries, Peter Kuhn, Mary Ann Lila, Ilya Raskin, David M Ribnicky, Gad Yousef
Applicant	Mary Gries, 6 More »
Export Citation	BiBTeX, EndNote, RefMan

Patent Citations (5), Referenced by (1), Classifications (4), Legal Events (3)

External Links: Patentscope, Espacenet



Número de publicación	WO2007038421 A2
Tipo de publicación	Solicitud
Número de solicitud	PCT/US2006/037237
Fecha de publicación	5 Abr 2007
Fecha de presentación	26 Sep 2006
Fecha de prioridad	27 Sep 2005
También publicado como	CA2622286A1, 5 más »
Inventores	Jin Dai, Vincent S Gallicchio, Russell J Mumper
Solicitante	Jin Dai, Vincent S Gallicchio, Russell J Mumper, Univ Kentucky Res Found
Exportar cita	BiBTeX, EndNote, RefMan

Citas de patentes (1), Otras citas (1), Citada por (6), Clasificaciones (4), Eventos legales (4)

Enlaces externos: Patentscope, Espacenet

Número de publicación	WO2013022788 A1
Tipo de publicación	Solicitud
Número de solicitud	PCT/US2012/049619
Fecha de publicación	14 Feb 2013
Fecha de presentación	3 Ago 2012
Fecha de prioridad	5 Ago 2011
También publicado como	CA2841133A1, 4 más »
Inventores	Christian Drapeau, Shakahn KUKULCAN, Gitte S. Jensen
Solicitante	Stemtech International, Inc.
Exportar cita	BiBTeX, EndNote, RefMan

Citas de patentes (3), Otras citas (1), Citada por (3), Clasificaciones (12), Eventos legales (7)

Enlaces externos: Patentscope, Espacenet

Otro caso es el hongo Streptomyces Hygroscopicus, originario de Rapa Nui (Isla de Pascua), del cual se extrajo el compuesto denominado Rapamicina, que evita los rechazos en los pacientes trasplantados. La Rapamicina fue patentada por un laboratorio canadiense, Ayerst, McKenna & Harrison, Ltd.,[1] sin mediar consentimiento previo ni reparto de beneficios con el Pueblo Rapa Nui.[2]

Un nuevo ejemplo, lo constituye el caso de la Murta o Murtilla. Esta baya tiene propiedades para usos cosméticos que previenen el envejecimiento de la piel y los mapuches utilizaban esta planta para revitalización cerebral y potencia sexual.[3]

Hacia el año 1989, un Chef australiano llamado Bernard Jenni, tras conocer el producto en la Región de los Lagos, logró sacar algunas plantas y produjo en su país un almácigo de 200 ejemplares que, hacia el año 2002, ya estaban multiplicados en todo un huerto. Con sus frutas presentó en el mercado de Australia un fino helado de Murta. Su restaurante de Tasmania ha alcanzado gran popularidad gracias al nuevo producto.[4] Se planteó en Australia la solicitud de patente para la denominación de "Tassie Berry" ("Baya de Tasmania") como eventual patente del producto, pretendiendo así un origen australiano.[5]

De acuerdo a Vandana Shiva, la biopiratería consiste en el "uso injustificado de los sistemas de propiedad intelectual, con el objeto de asegurar la legitimidad de la apropiación exclusiva y en esta misma dirección, del control sobre múltiples recursos, productos y procesos biológicos, que se relacionan, fundamentalmente, con la diversidad genética".[6] La noción de biopiratería tradicionalmente describe las actividades de las corporaciones transnacionales occidentales apoyadas por los gobiernos en la dirección de adquirir indebidamente recursos biológicos o el conocimiento asociado de los pueblos indígenas y comunidades locales del sur global.[7]

A través de los sistemas de derechos de propiedad industrial e intelectual, las corporaciones y grandes empresas obtienen derechos monopólicos y excluyentes sobre conocimientos colectivos desarrollados por comunidades indígenas y locales, y comienzan a explotarlos, sin consentimiento previo ni ningún tipo de participación en las ganancias de dicha explotación para esas comunidades. Por otro lado, aquellos conocimientos están a menudo relacionados con la conservación y valoración de la

biodiversidad, de manera que su apropiación para su explotación lucrativa suele poner en peligro la riqueza de la biodiversidad.

Existen en la experiencia internacional, un sinnúmero de otros ejemplos de biopiratería:[8]

Planta	Origen de la Patente	Titular de la patente	Características de la patente
Sangre de dragón Croton ssp.	Amazonía	Shaman Pharmaceuticals EE. UU.	Antivírica, antiherético y antidiarreico Uso Tradicional: heridas, inflamaciones y reumatismo.
Ayaguasca Banisteriosis caapi	Planta medicinal y sagrada indígenas amazónicos	Plant Medecine Corporation EE. UU.	Patente de la variedad "Da vince". La patente fue cancelada, posteriormente en el 2001, se le restableció a Loren Miller.
Maca: Lepidium Meyenii	Raíz de pueblos indígenas andinos. (Perú)	Pure World Botanicals, Inc. en 2001. Patente de Biotics Research Corporation, en 2000	Posee propiedades como "Viagra natural". ex- tracto de raíces de maca para usos farmacéuticos. Incremento de los niveles de testosterona.
Árbol del Neem	Planta de la India. Uso milenario en la agricultura y la medicina	W. R. Grace y al USDA de EE.UU. (Insecticida y funguicida)	Existen más de 90 patentes sobre sus propiedades insecticidas y medicinales. La patente de W. R. Grace ha sido revocada.
Endod o jabón de fresas, Phytolacca dodecandra,	Planta de pueblos africanos	Universidad de Toledo	Utilizada para control biológico contra el mejillón zebra, una peste de los grandes Lagos de América del Norte
Maíz Zea mays	México, Centroamérica y países Andinos	338 patentes sobre maíz	Ej.: Monsanto posee Patente de maíz RR, y maíz Bt. - ICI (EE. UU.): 13 patentes de maíz resistente a herbicidas. 60% de las patentes son propiedad de 14 empresas del norte
Soya Glycine	China	Monsanto	Monsanto es propietaria de la

max			patente de todas las Variedades GM de soya. Patente Revocada en 2006.
Algodón pigmentado	México	Sally V. Fox EE. UU.	Variedades de algodón de pigmentación (Coyote y verde). Son variedades antiguas actualmente en desuso
Yacón	Tubérculo de sabor dulce, de los Andes de Perú.	Investigadores del gobierno japonés, en colaboración CIP.	Edulcorante que podría reemplazar el azúcar. Patente del yacón.
La quinua, Chenopodium quinoa	Cereal milenario de países andinos	En 1994, agrónomos de la Universidad de Colorado - EE. UU.	Plantas masculinas estériles de variedad «Apelawa» para crear otras variedades híbridas. Luego de la presión internacional y de las comunidades andinas, los titulares de esta patente no la renovaron.
El frijol enola, Phaseolus vulgaris	Variedad de México. Cultivado durante siglos comunidades locales.	Compañía de semillas POD-NERS - EE. UU. 1999	La patente de derechos exclusivos de este frijol. El CIAT, demandó la patente. 2006 fue revocada.
El arroz, tipo Basmati aromático, Oryza sativa.	Variedades originarias de la India y Paquistán. Es superior al arroz común.	Texas Rice Tec. Inc. (EE. UU.)	Fue patentado el nombre de Basmati, y las variedades de los campesinos. Gobiernos de India y Paquistán demandaron la patente.

Además de los conflictos relativos a patentes, el fenómeno de la biopiratería se ha expandido al uso de los derechos de los obtentores de nuevas variedades vegetales bajo el Convenio UPOV para apropiarse de las semillas tradicionales e indígenas; las marcas comerciales para apropiarse de identificadores, nombres propios indígenas, así como emblemas y símbolos; los derechos de autor y derechos conexos para apropiarse de las expresiones culturales tradicionales.

Robinson ha explicado que existen tres tipos básicos de biopiratería:[9]

i) El patentamiento de invenciones (a menudo espurias) basado en los recursos biológicos y/o conocimientos tradicionales que se extraen sin la autorización adecuada y participación en los beneficios de otros países (por lo general en desarrollo) y de las comunidades indígenas o locales.

ii) Biopiratería por vías distintas de las patentes: Otros controles mediante derechos de propiedad intelectual (a través de la protección de las obtenciones vegetales o marcas comerciales engañosas) basado en los recursos biológicos y/o conocimientos

tradicionales que han sido extraídos sin autorización adecuada y distribución de beneficios de otros países en desarrollo (por lo general) y de comunidades indígenas o locales.

iii) Apropiaciones Indebidas: La extracción no autorizada de los recursos biológicos y/o conocimientos tradicionales con fines de investigación y desarrollo de otros países en desarrollo (por lo general) y de comunidades indígenas o locales, sin distribución adecuada de beneficios.

Conocimientos Tradicionales

Los conocimientos tradicionales pueden ser concebidos en un sentido estricto o amplio. En sentido estricto corresponden a sistemas de conocimiento que se han originado en la actividad intelectual realizada en contextos tradicionales. En sentido amplio, junto a los sistemas de conocimiento, deben considerarse las prácticas e innovaciones de las comunidades indígenas y locales, incluyendo sus signos y símbolos, y en general todo el patrimonio cultural inmaterial e intelectual.

Todas las definiciones de los conocimientos tradicionales sostiene que éstos: (i) tienen un origen trazable a un pueblo en particular, grupo o comunidad, el cual, por lo general, se describe como "indígena" o "tradicional" y más recientemente "cultural"; (ii) tienen características colectivas en su producción, uso y conservación, (iii) la naturaleza oral de ellos y su transmisión oral, (iv) su naturaleza intergeneracional; y (v) la importancia del contexto en la definición de los conocimientos tradicionales. En todas las definiciones está implícita o explícita la capacidad de los pueblos, grupos o comunidades para definir lo que constituye su conocimiento, así como la vinculación de los conocimientos tradicionales a la identidad del grupo de origen o comunidad.[10]

De acuerdo al "Glosario de los Términos más Importantes relacionados con la Propiedad Intelectual y los Recursos Genéticos, los Conocimientos Tradicionales y las Expresiones Culturales Tradicionales", la expresión conocimientos indígenas se utiliza para describir los conocimientos que poseen y utilizan comunidades, pueblos y naciones indígenas. En ese sentido, los conocimientos tradicionales vendrían a ser los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas. Aunque no todos los conocimientos tradicionales sean indígenas, el término también se utiliza en referencia a los conocimientos que son intrínsecamente indígenas y, en ese específico sentido, los términos "conocimientos tradicionales" y "conocimientos indígenas" podrían utilizarse indistintamente.

Por otra parte, el proyecto de articulado propuesto por el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la OMPI, identifica las expresiones culturales tradicionales como:

"[Por expresión cultural [tradicional] se entiende toda forma de expresión [artística y literaria], [creativa y otro tipo de expresión espiritual], tangible o intangible, o una combinación de ambas, como las corporales, materiales, musicales y sonoras, verbales y escritas [y sus adaptaciones], independientemente de la forma en que se

manifieste, se exprese o se ilustre [y que puede pervivir en forma escrita/codificada, oral o de otra índole]."

Otro concepto relevante es el de "patrimonio cultural de los pueblos indígenas". Según el Informe de Irene Daes (1997), éste consistiría en:

"...todo lo que forma parte de la identidad característica de un pueblo, que puede compartir, si lo desea, con otros pueblos. Esta expresión abarca todo lo que en la legislación internacional se considera como creación del pensamiento y de la destreza del ser humano, como, por ejemplo, canciones, relatos, conocimientos científicos y obras de arte. Incluye también el patrimonio histórico y natural, como los restos humanos, las características naturales del paisaje y las especies vegetales y animales autóctonas con las que un pueblo ha estado tradicionalmente vinculado."[11]

El carácter patrimonial de los conocimientos de los pueblos indígenas implica, antes que todo, su vinculación a un colectivo o pueblo, como condición definitoria de su identidad y elemento determinante de las relaciones de pertenencia a dicho pueblo. Dicho colectivo tiene facultades para decidir su uso, incluido su compartición con otros grupos e individuos bajo las condiciones y circunstancias que determine.

Los conocimientos tradicionales se caracterizan por su carácter holístico, la integración de lo mental (intangible) y lo material (tangible), su orientación moral o normativa, con una naturaleza típicamente práctica, pero de índole espiritual, con componentes de naturaleza sagrada. A diferencia de los conocimientos científicos occidentales, están basados mas que nada en procesos, con datos diacrónicos, reunidos en largas secuencias de tiempo en lugares acotados, relacionados con un entorno ecológico específico y sus recursos naturales. Por sobre todas las cosas, los conocimientos tradicionales son de creación, atribución y difusión colectiva, de uso compartido o sujetos a guarda, cooperativos en su adquisición y uso. Están típicamente embebidos en las prácticas consuetudinarias, el lenguaje y la herencia cultural. Su acceso regulado por derecho consuetudinario de los pueblos y comunidades titulares. Su fijación es informal y, en general, están muy poco documentados.

Por las razones anteriores, los conocimientos tradicionales no se armonizan con los sistemas de derechos de propiedad intelectual de los ordenamientos jurídicos. Estos sistemas, de corte individualista, no reconocen hasta ahora la autoría colectiva, ni las otras propiedades de los conocimientos tradicionales, y se encuentran más bien disponibles para su abuso mediante prácticas de biopiratería. Es por ello, que la comunidad internacional se encuentra en busca de soluciones para la protección de los conocimientos asociados, y sus valores asociados (biodiversidad, diversidad cultural).

Derechos de los Pueblos Indígenas y Comunidades Locales sobre sus Conocimientos Tradicionales.

La Convención sobre Diversidad Biológica de 1992, dispone en su artículo 8° j) el respeto, preservación y mantención de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales relevantes para la conservación y uso sustentable de la diversidad biológica. También establece el deber de promover con el consentimiento y participación de los portadores la aplicación de dichos conocimientos, y de favorecer un régimen equitativo de participación en los beneficios Bajo el alero de dicha convención se ha desarrollado el Protocolo de Nagoya sobre el acceso a los recursos genéticos.

Por su parte, las Naciones Unidas, en la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, establecieron en su artículo 31° los derechos de los pueblos indígenas sobre sus conocimientos tradicionales:

1. "Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas.

2. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.

3. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptaran medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos."

Lo anterior está directamente relacionado con el Convenio N° 169 de la OIT, el cual establece el derecho humano de los pueblos indígenas a la integridad de su cultura.

El Convenio N°169 establece, en su artículo 5°, letras a) y b):

"Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberán tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

b) deberán respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;

En la experiencia internacional, se han desarrollado dos tipos de sistemas de protección de los derechos de las comunidades locales y los pueblos indígenas sobre los conocimientos tradicionales: La protección defensiva y la protección positiva.

La protección defensiva o indirecta, consiste en las medidas que tienen por objetivo evitar que personas naturales o jurídicas ajenas a los genuinos titulares, adquieran derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales. Uno de sus instrumentos consiste en la adopción de medidas legislativas que pretenden verificar la procedencia legal de los objetos de protección (objetos de solicitud de patentes, por ejemplo), requiriendo que la persona que solicita el reconocimiento de derechos de propiedad intelectual sobre invenciones, creaciones o productos que se deriven de ellos, que demuestre hacer accedido legalmente a los conocimientos eventualmente utilizados.

La protección positiva consiste en la creación de regímenes jurídicos que reconocen u otorgan derechos sui generis que facultan a sus titulares, los colectivos creadores de los conocimientos tradicionales, para fomentarlos, controlar sus usos y beneficiarse de su explotación económica.

Ambos sistemas no son excluyentes, sino complementarios, y adoptan diversas formas e instrumentos.

Situación de la Protección en Chile

En la actualidad, la única protección existente para los conocimientos tradicionales consta en la Ley N°19.039, que Establece Normas aplicables a los Privilegios Industriales y Protección de los Derechos de Propiedad Industrial. El inciso final del artículo 3° de dicha ley, después de la modificación de la Ley N°19.996 de 2005, señala lo siguiente:

"La presente ley garantiza que la protección conferida por los derechos de propiedad industrial que aquí se regulan, se concederá salvaguardando y respetando tanto el patrimonio biológico y genético como los conocimientos tradicionales nacionales. El otorgamiento de los derechos de propiedad industrial que constituyan elementos protegibles, que hayan sido desarrollados a partir del material obtenido de dicho patrimonio o de dichos conocimientos, estará supeditado a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente."

Dicha regla consiste en una forma de protección defensiva, indicando que la protegerá la propiedad industrial, salvaguardando simultáneamente los conocimientos tradicionales. Sin embargo, no se establece en la ley ningún mecanismo para hacer efectiva dicha protección.

La Ley N° 20.584, de 2012, que Regula los Derechos y Deberes que tienen las Personas en relación con Acciones Vinculadas a su Atención en Salud, señaló, en su artículo 7°:

"Artículo 7°.- En aquellos territorios con alta concentración de población indígena, los prestadores institucionales públicos deberán asegurar el derecho de las personas pertenecientes a los pueblos originarios a recibir una atención de salud con pertinencia cultural, lo cual se expresará en la aplicación de un modelo de salud

intercultural validado ante las comunidades indígenas, el cual deberá contener, a lo menos, el reconocimiento, protección y fortalecimiento de los conocimientos y las prácticas de los sistemas de sanación de los pueblos originarios; la existencia de facilitadores interculturales y señalización en idioma español y del pueblo originario que corresponda al territorio, y el derecho a recibir asistencia religiosa propia de su cultura."

Dicha norma tiene por objetivo el reconocimiento y protección de los conocimientos de los sistemas de sanación de los pueblos originarios. En este sentido, se trata de una fórmula de protección, positiva. Sin embargo, esta regla tampoco contiene mecanismos para la realización, protección y ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas a sus conocimientos de salud tradicionales.

Las formas de protección defensiva han supuesto la organización de una institucionalidad pública que permita al Estado identificar los conocimientos tradicionales e introducir procedimientos para sus amenazas. El mayor logro han sido los sistemas de registro de los conocimientos tradicionales, en los cuales, la autoridad de protección de la propiedad intelectual del país, u otra, llevan un registro de los conocimientos tradicionales - público o secreto -, contra el cual comprueban si las solicitudes de derechos de propiedad industrial involucran elementos que correspondan a conocimientos tradicionales. Ello se complementa con obligaciones de divulgación del origen de los conocimientos usados para las patentes solicitadas, procedimientos de nulidad tanto para las patentes, como para las marcas y otros derechos concedidos sobre conocimientos tradicionales.

La creación de un sistema semejante requiere, en general, la iniciativa de ley del ejecutivo. Ello también supone que existan sujetos activos que puedan impulsar la actividad estatal de protección al demandarla.

Por lo anterior, este proyecto busca establecer un sistema positivo de protección de los conocimientos tradicionales. Esto, se debe a que los sistemas de protección positiva son aquellos que satisfacen mejor las expectativas de los titulares de los conocimientos tradicionales para ejercer control sobre su uso y difusión, y para el reconocimiento y atribución de su origen o autoría colectiva, así como para hacer una explotación económica de ellos, por ellos mismos o permitiendo el acceso y uso de terceros interesados, si así lo decidieran.

Principios del Proyecto de Ley:

i) Derechos de los creadores colectivos:

Los sistemas de derechos positivos sui generis se basan en el reconocimiento de que los recursos de conocimiento tradicionales son parte del patrimonio colectivo de los creadores y proveedores de conocimientos tradicionales y por lo tanto proporcionan salvaguardias de propiedad contra reclamaciones de terceros. Las excepciones a esta protección dependen del consentimiento previo y la distribución de beneficios, en

condiciones mutuamente convenidas y otros principios de derecho consuetudinario de las comunidades afectadas.

Los derechos sui generis usan la técnica de los derechos de propiedad intelectual, modificándolos en aspectos fundamentales: titularidad colectiva, carácter perpetuo, determinación de las facultades por el derecho consuetudinario, ejercicio indivisible, inalienabilidad (imposibilidad de la cesión definitiva de derechos).

El proyecto de Ley reconoce derechos colectivos de propiedad intelectual a las comunidades locales y a las comunidades y pueblos que originan los conocimientos tradicionales.

En América Latina, Perú, Brasil, Panamá y Costa Rica han establecido sistemas de propiedad intelectual sui generis para los pueblos indígenas.

En Panamá se estableció un Régimen Sui Generis por medio de la Ley N° 20, de 26 de junio de 2000, y luego fue regulado por el Decreto Ejecutivo N° 12, de 20 de marzo de 2001.

En Brasil, la protección de los conocimientos tradicionales se estableció en el capítulo III de la Medida Provisoria N°2186-16/2001, la cual se reconoció el derecho de las comunidades indígenas y locales a decidir sobre el uso de sus conocimientos tradicionales asociados con el patrimonio genético del país, la distribución de los beneficios.

En Costa Rica, el 30 de abril de 1998, se promulgó en Costa Rica la Ley de Biodiversidad, Ley N°7.788, la misma que establece disposiciones para conservar y utilizar sosteniblemente los recursos de la biodiversidad, así como para la distribución equitativa de los beneficios derivados de su uso, a través de mecanismos de acceso, contratos o licencias y derechos sui generis basado en registros.

En Perú, el 24 de julio de 2002 fue promulgada la Ley N° 27.811, Ley que Establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Vinculados a los Recursos Biológicos. El artículo 1° indica que el Estado reconoce el derecho y la facultad de los pueblos y comunidades indígenas de decidir sobre sus conocimientos colectivos.

El artículo 42° de dicha ley establece que el pueblo o comunidad indígena que posee un Conocimiento Tradicional está protegido contra su revelación, adquisición o uso, sin su consentimiento y de manera desleal. Asimismo, está protegido contra su revelación sin su autorización, cuando un tercero ha tenido acceso al conocimiento, pero tiene un deber de reserva.

ii) No protección de derechos para terceros:

Se complementa el reconocimiento con un principio defensivo para evitar la constitución de derechos de propiedad de propiedad intelectual a favor de terceros

externos a las comunidades de origen de los conocimientos tradicionales. La sanción a la adjudicación o reconocimiento por la autoridad de derechos de propiedad intelectual a terceros será la nulidad absoluta. En el caso de actos y contratos entre privados que vulneren la ley, estos serán nulos, pero serán saneables sólo por la obtención del consentimiento informado de los titulares, en conformidad con los términos de este cuerpo legal - participación equitativa en los beneficios, etc. Esto es, sin perjuicio de las sanciones penales por incurrir en alguno de los tipos penales de biopiratería que el proyecto contempla.

iii) Reconocimiento del derecho consuetudinario:

Los derechos colectivos de los titulares, en su naturaleza y alcance, pueden quedar regulados por las reglas del derecho consuetudinario propio de los pueblos indígenas correspondientes.

Dentro de los sistemas sui generis, los principios del derecho consuetudinario indígena pueden servir de base para la determinación de los conocimientos tradicionales, de su titularidad y formas de uso, fortaleciendo la gestión consuetudinaria de los recursos, los sistemas de gobierno, y las prácticas culturales de los creadores de aquellos conocimientos.

Los sistemas de derecho de propiedad intelectual existentes ya han reconocido el derecho consuetudinario, como punto de referencia especifico, más que como un sistema jurídico completo, en una serie de contextos prácticos. Este reconocimiento lo podemos encontrar en la ley modelo de la Unión Africana (art. 8°). La ley filipina de derechos de los pueblos indígenas (secciones 32°, 35° y 65°), la ley de biodiversidad de Costa Rica (arts. 82° a 84°), el decreto que regula la Ley N° 20 de Panamá (art. 7.iii del Decreto Ejecutivo N° 12 de 2001), la ley peruana N° 27.811 (arts. 4°, 5°, 10° y 39°), Ley modelo regional del Pacifico de 2002 y la Medida Provisoria de Brasil de 2001 (art. 4°).

iv) Consentimiento previo informado:

Salvo las excepciones que establece este cuerpo legal, la única forma legítima de obtener acceso y hacer uso de los conocimientos, incluyendo su explotación económica, es el consentimiento informado fundamentado, el cual deberá ser previo, por parte de los titulares colectivos de derechos.

Desde mediados de la década de 1980, los pueblos originarios reclamaron el reconocimiento de su derecho a otorgar o denegar su consentimiento libre, previo e informado a las acciones que afectan sus tierras, territorios y recursos naturales', una parte central de su lucha por la autodeterminación.[12]

Las características del consentimiento previo informado son:[13]

• Consentimiento significa que las comunidades tienen el derecho de aprobar - en las condiciones apropiadas - o rechazar una solicitud de acceso.

• Para ser considerado "libre", debe haber evidencia clara de que la comunidad afectada ha llegado a su decisión sin coerción o manipulación por parte de los solicitantes de acceso o el Estado.

• Se les debe permitir a las comunidades acceder a información completa y análisis independiente de los solicitantes y el Estado.

• Los solicitantes deben permitir el tiempo adecuado para que se lleven a cabo los procesos de toma de decisión según las tradiciones de las comunidades afectadas.

• La comunidad o comunidades concernidas deberían ser, en lo posible, ampliamente definida a través de un análisis de las partes interesadas, el cual también identifique los procesos de toma de decisión en ellas.

• A los representantes comunitarios involucrados en procesos de consentimiento/toma de decisiones se les debe proporcionar oportunidades para fortalecer su capacidad de participar en tales procesos.

• El consentimiento debe otorgarse no sólo al principio del acceso, sino que debe mantenerse a lo largo de la duración, debiendo extinguirse el acuerdo de acceso, cuando los titulares quieran retirar su consentimiento. Esto requiere un monitoreo independiente y participativo del cumplimiento de las condiciones de una licencia o acuerdo de acceso.

v) Asociaciones equitativas para el acceso a los conocimientos:

La forma de expresión del consentimiento debe traducirse en acuerdos de asociación entre los titulares y los interesados en tener acceso, uso y/o explotación de elementos componentes de los conocimientos tradicionales.

Los acuerdos o licencias de acceso son contratos de acceso que permiten diferentes usos de los conocimientos tradicionales, incluyendo los usos científicos o de explotación económica en sus diversas formas.

Estos acuerdos han sido regulados como la forma en que se expresa el consentimiento previo informado, reflejando sus condiciones, de manera recíproca y equitativa para las partes, resguardando siempre la titularidad de los derechos de las comunidades y pueblos de origen de los conocimientos. Así lo establece, por ejemplo, la African Model Legislation for the protection of the rights of local communities, farmers and breeders, and for the regulation of access to biological resources, de la Unión Africana, establecida el año 2000 y el subsiguiente Protocolo ARIPO Swakopmund para la protección del conocimiento tradicional y las expresiones del folklore de 2010.

vi) Participación equitativa en los beneficios:

El Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992) establece la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos.

El Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad biológica (2010) tiene por finalidad "la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y esas tecnologías, así como mediante una financiación adecuada contribuyendo así a la diversidad biológica y al uso sostenible de sus componentes".

El Tratado Internacional sobre los Recursos Filogenéticos para la Alimentación y la Agricultura de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) establece, en su artículo 1°, la "distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización en armonía con el Convenio sobre la Diversidad Biológica, para una agricultura sostenible y la seguridad alimentaria".

En el artículo 1° de la Decisión N°391 de la Comunidad Andina acerca de un Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos, se define "acceso" como "la obtención y utilización de los recursos genéticos conservados en condiciones ex situ e in situ, de sus productos derivados o, de ser el caso, de sus componentes intangibles, con fines de investigación, prospección biológica, conservación, aplicación industrial o aprovechamiento comercial, entre otros.".

El Protocolo de Nagoya ha establecido la participación en los beneficios, y "como otros instrumentos internacionales han acordado factores para evaluar la justicia y la equidad, criterios similares se pueden encontrar en el contexto del ABS. Por ejemplo, las Directrices de Bonn declaran que los beneficios deben ser distribuidos "entre todos los que han sido identificados como contribuyentes a la gestión de los recursos, y al proceso científico y/o comercial" (Párrafo 48). Luego, la justicia y la equidad implican entonces el reflejo, en la participación en los beneficios, de diversas contribuciones proporcionales -ya sean el conocimiento, la innovación o la adición de valor- hecha por individuos, comunidades u organizaciones para la investigación, desarrollo, comercialización o procesos que genero estos beneficios. Otro enfoque, que también podría encontrar fundamento en las Directrices de Bonn, seria el decir que es la justicia y la equidad del proceso la que se define en el resultado. La información precisa sobre los usos previstos, cómo se llevaran a cabo la investigación y el desarrollo, la participación de terceros, y los posibles beneficios -todos listados en las Directrices de Bonn como la información que puede ser requerida en las solicitudes de acceso- serían factores que permitan a las Partes y otros actores interesados determinar efectivamente lo que es justo y equitativo en circunstancias específicas.".[14]

El Capítulo V de la Lei N° 13.123 de 2015 en Brasil, regula de manera sistemática "DA REPARTIÇÁO DE BENEFÍCIOS" dentro de la ley que "dispóe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional

associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade".

vii) Castigo de la biopiratería:

En la actualidad se comienza a concebir a la biopiratería como un crimen internacional, el cual perjudica a los pobres en los países en desarrollo que se ven obligados a comprar productos de su propia diversidad biológica a precios inasequibles simplemente porque una empresa de los países desarrollados posee las habilidades de investigación y los recursos financieros necesarios para transformar productos de su biodiversidad en productos comercializables.

La criminalización de la biopiratería busca salvaguardar los bienes jurídicos de la biodiversidad y de la diversidad cultural.

Costa Rica estableció, en 1998, la Ley N° 7.788, La Ley de Biodiversidad, en su artículo 111°, la sanción de inhabilidad para los funcionarios y profesionales (5 años) por la responsabilidad penal que correspondería a ellos por delitos contra la biodiversidad.

Panamá ha regulado desde 2007 en la Ley N°14 la inclusión en el Código Penal una sección especial llamada Delitos contra los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas y sus Conocimientos Tradicionales. El Código Penal panameño también estableció en su artículo 275° que se impondrá una pena de cuatro a seis años de prisión a quien, fabrique o ensamble, comercialice o haga circular un producto amparado por el Derecho Colectivo de los Pueblos Indígenas y sus Conocimientos Tradicionales, sin el consentimiento de los titulares del derecho. La misma sanción se impondrá a quien use un procedimiento, modelo o dibujo industrial, amparado por el Derecho Colectivo de los Pueblos Indígenas y sus Conocimientos Tradicionales, sin el consentimiento de los titulares del derecho.

Ecuador ha promulgado en 2014 su Código Penal Integral Orgánico, en el cual, en su artículo 248°, se castigan con penas de prisión (3 a 5 años) los actos y omisiones relacionadas con el acceso no autorizado, la erosión genética o perdida genética como delitos contra el patrimonio genético nacional. El artículo 258° agrega penas de grandes multas para las personas jurídicas por delitos en el capítulo donde se castiga la biopiratería.

• Por los fundamentos antes expuestos, se presenta el siguiente:

PROYECTO DE LEY

ARTICULO 1°. RECONOCIMIENTO DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES E INDIGENAS.

El Estado reconoce y protegerá los derechos de las comunidades locales y comunidades y pueblos indígenas sobre los conocimientos tradicionales que creen, poseen, mantienen, utilizan y desarrollen.

Los conocimientos tradicionales son esenciales para la protección de la biodiversidad, la protección y desarrollo de la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas.

Es deber del Estado asegurar el reconocimiento y protección de los conocimientos tradicionales en todos los niveles, promover su valoración y procurar, en conjunto con sus titulares, su determinación.

ARTÍCULO 2°. DEFINICIONES.

Para los efectos de esta ley, se entenderá por los siguientes conceptos:

a) Biopiratería o Apropiación Indebida de Conocimientos Tradicionales: se refiere al uso de los sistemas de derechos de propiedad intelectual, con el objeto de asegurar la apropiación exclusiva y el control sobre conocimientos tradicionales o expresiones culturales tradicionales, sin el consentimiento previo informado o la participación equitativa en los beneficios de su explotación de sus legítimos titulares.

b) Conocimientos tradicionales: son aquellos que han sido creados y mantenidos en un contexto colectivo por comunidades locales y comunidades y pueblos indígenas, estén o no ampliamente difundidos, y que están asociados de forma distintiva a la identidad y al patrimonio cultural de las comunidades. Dichos conocimientos son transmitidos de generación en generación, ya sea que hayan sido mantenidos en formas tangibles o intangibles, de forma consecutiva o no, pudiendo ser dinámicos y evolucionar. No es necesario que existan desde tiempos inmemoriales o a lo largo de grandes extensiones de tiempo o de lugar.

Dentro de dichos conocimientos también se comprenderán aquellos que estén asociados al uso de recursos genéticos y otros componentes de la diversidad biológica.

c) Conocimientos Tradicionales de Amplia Divulgación: son los conocimientos tradicionales que son accesibles a las personas que no son miembros de la comunidad indígena o local, o pueblo a la que se considera poseedor de ellos. Esos conocimientos pueden ser objeto de fácil acceso tras su catalogación en medios tangibles, por Internet o mediante otros tipos de telecomunicación o registro.

d) Conocimientos Tradicionales Sagrados: son aquellos conocimientos tradicionales que expresan o pertenecen a creencias o prácticas religiosas o espirituales.

e) Conocimientos Tradicionales Secretos o Reservados: son aquellos conocimientos tradicionales que, en virtud del derecho consuetudinario que regula su acceso, uso y

cuidado en las comunidades de origen, no deben ser conocidos por sujetos externos a ellas, o por quienes sean distintos a sus guardadores o portadores.

f) Consentimiento Previo Informado: se entenderá por tal, aquella aceptación formal del acceso y uso de los conocimientos protegidos que sea prestado por las comunidades locales y las comunidades o pueblos indígenas titulares de ellos, previa solicitud de los interesados, y realizado en condiciones de información veraz, completa y suficiente sobre el objeto, motivos, fines, riesgos, resultados e implicancias esperados del acceso, formulada en forma entendible para dichos grupos.

g) Expresiones Culturales Tradicionales: todas las formas de expresión artística, literaria o creativa y cualquier otro tipo de expresión espiritual, tangible o intangible, o una combinación de ambas, en que se manifiestan los conocimientos y la cultura tradicionales, producto de la actividad intelectual creativa, en particular la creatividad de la comunidad, y que se refieren a la identidad cultural y social de ella, así como de su patrimonio cultural. Las expresiones culturales tradicionales son mantenidas, utilizadas o desarrolladas por esa comunidad o por individuos que tienen el derecho o la responsabilidad de hacerlo en conformidad con las prácticas consuetudinarias de dicha comunidad. En particular son:

a. las expresiones verbales, tales como los relatos, las gestas épicas, las leyendas, la poesía, los enigmas y otras narraciones; las palabras, los signos, los nombres y los símbolos;

b. las expresiones musicales, tales como las canciones y la música instrumental;

c. las expresiones corporales, tales como las danzas, las representaciones escénicas, las ceremonias, los rituales y otras interpretaciones o ejecuciones,

d. las expresiones tangibles, tales como las obras de arte y, en particular, dibujos, pinturas (incluidas las pinturas corporales), tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, forja, joyería, cestería, labores de punto, textiles, cristalería, tapices, indumentaria; artesanía; instrumentos musicales; y obras arquitectónicas.

h) Obras Tradicionales: Cualquier tipo de obra basada de manera predominante o que contienen expresiones culturales tradicionales.

i) Patrimonio Indígena: Todo lo que forma parte de la identidad característica de un pueblo, que puede compartir, si lo desea, con otros pueblos. Esta expresión abarca todo lo que en la legislación internacional se considera como creación del pensamiento y de la destreza del ser humano, como, por ejemplo, canciones, relatos, conocimientos científicos y obras de arte. Incluye también el patrimonio histórico y natural, como los restos humanos, las características naturales del paisaje y las especies vegetales y animales autóctonas con las que un pueblo ha estado tradicionalmente vinculado.

j) Uso Ofensivo: Se trata del uso de los conocimientos tradicionales que intencionalmente los deformen, contengan juicios discriminatorios o peyorativos de las comunidades o pueblos que los originaron, sobre sus portadores o guardadores, ya sea que se derive de un acceso a dichos conocimientos mediante una licencia o de cualquier otro modo.

ARTÍCULO 3°. DERECHOS COLECTIVOS SOBRE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.

Serán titulares de los derechos sobre los conocimientos tradicionales las comunidades locales o indígenas específicas en que éstos se hubieran creado. Cuando correspondan a conocimientos que sean patrimonio de un pueblo indígena y no de una comunidad particular o grupo de comunidades, los derechos recaerán en dicho pueblo en su conjunto.

Dichos derechos no podrán ser reivindicados o ejercidos por individuos o grupos al interior de dichas comunidades, sino por el conjunto de éstas, a través de sus autoridades y procedimientos de decisión propios y en conformidad con sus prácticas culturales y las reglas de su derecho consuetudinario.

Los derechos a que se refiere este artículo serán perpetuos, inalienables, imprescriptibles e irrenunciables, siendo reconocidos por la sola existencia de la práctica cultural respectiva sin necesidad de reconocimiento expreso de la autoridad ni registro oficial.

Todos los actos y contratos, y actos de autoridad que contravengan los derechos colectivos sobre los conocimientos tradicionales serán nulos. En el caso de los actos y contratos entre privados, la nulidad de éstos será saneable, si posteriormente se obtiene el consentimiento informado de los titulares colectivos de los derechos, y dando cumplimiento a las demás exigencias de esta ley. El reconocimiento o adjudicación de un derecho a un tercero, en contravención a esta ley, jamás podrá ser posteriormente validada.

Los individuos pertenecientes a los pueblos o comunidades titulares de derechos colectivos podrán usar los conocimientos tradicionales con cualquier finalidad, sin necesidad de consentimiento previo, en conformidad con las prácticas culturales y las reglas de su derecho consuetudinario. Sin embargo, no podrán constituir derechos de propiedad intelectual individuales sobre dichos conocimientos. Para la divulgación de esos conocimientos o para otorgar una licencia de acceso a terceros siempre deberá recabarse el consentimiento previo informado de los titulares.

Cuando existieran controversias sobre la titularidad de los conocimientos tradicionales específicos entre diversas comunidades que la reclamen en particular y que sean pertenecientes a un mismo pueblo indígena, estas deberán ser resueltas por las autoridades representativas de dicho pueblo. Cuando existan controversias entre comunidades locales no indígenas, o entre éstas y una comunidad indígena, estas serán resueltas por los tribunales ordinarios de justicia.

ARTÍCULO 4°. DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL Y CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.

Terceros no podrán constituir derechos de propiedad industrial de ninguna clase sobre conocimientos tradicionales o sobre elementos que hagan aplicación de ellos. Los derechos otorgados en contravención a esta ley serán siempre anulables, de oficio por la autoridad, o a requerimiento de los titulares de los conocimientos tradicionales.

Los símbolos y emblemas de los pueblos indígenas nunca podrán ser objeto de derechos de propiedad industrial a favor de terceros. Terceros no podrán usar dichos emblemas como formas de distintividad comercial sin el correspondiente consentimiento previo informado regulado en el artículo 9° de esta ley.

Los titulares legítimos de los conocimientos tradicionales, en virtud de esta ley, podrán decidir obtener y usar los derechos de propiedad industrial para su beneficio, en cuyo caso los derechos que le sean otorgados no podrán ser enajenados.

ARTÍCULO 5°. DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS SOBRE CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.

No se podrán reclamar derechos de autor o derechos conexos por parte de terceros sobre obras basadas en expresiones culturales tradicionales u obras derivadas de otras que no se basen en fuentes independientes de dichos conocimientos.

Cualquier registro que reconozca derechos de autor o derechos conexos sobre las obras indicadas en el inciso anterior, serán nulo, de nulidad absoluta.

Las obras que incorporen expresiones culturales tradicionales u obras tradicionales no podrán ser reproducidas sin el consentimiento previo informado de los titulares de dichos conocimientos, particularmente:

a) Cuando consista en la reproducción de la película cinematográfica en la que una expresión cultural tradicional es incluida en cualquier manera o forma, incluyendo la incorporación de una fotografía de ellas;

b) Cuando consista en la publicación de la obra tradicional si era hasta ahora inédita;

c) En el caso de una obra tradicional de carácter literario o musical se difunda o se provoque una comunicación al público de ella o parte de ella, por medios alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de la obra de tal manera que ellos puedan tener acceso a ella desde el lugar y en el momento en que se encuentren;

d) En el caso del arrendamiento y ofrecimiento o exposición para el alquiler con carácter comercial, directa o indirectamente, de una copia de la película

cinematográfica o una reproducción de la grabación de sonido en el que se incluya una expresión cultural tradicional;

e) En el caso de la realización de un registro documental de cualquier tipo que contenga la grabación de sonido en el que se incluye una expresión cultural tradicional;

f) En el caso de una emisión de televisión u otra emisión que incorpora una expresión cultural tradicional, para ser transmitida en cualquier servicio de difusión.

g) Cualquier otra forma de utilización de la obra tradicional, en conformidad con el artículo 18° de la Ley N° 17.336.

La vulneración de lo establecido en el inciso anterior podrá subsanarse obteniendo el consentimiento informado de los titulares.

Las obras basadas en expresiones culturales tradicionales u obras derivadas de otras que no se basen en fuentes independientes de dichos conocimientos no ingresarán al patrimonio cultural común, en conformidad con el artículo 11° de la Ley N°17.336, sino siempre serán parte del patrimonio de los pueblos indígenas o comunidades locales que los crearon

ARTÍCULO 6°. CONOCIMIENTOS TRADICIONALES DE AMPLIA DIVULGACIÓN.

La amplia divulgación de los conocimientos tradicionales no eximirá a estos de la protección de esta ley, y éstos no podrán ser considerados parte del dominio público o de derechos de exclusivos de terceros para negarles dicha protección. El acceso amplio y abierto a dichos conocimientos para toda la comunidad nacional o internacional que haya sido concedido o mantenido por los titulares, no privará a éstos de los derechos y beneficios de esta ley.

El Estado velará por el respeto de los derechos de los titulares respecto de dichos conocimientos, asegurando su integridad y promoviendo los usos fidedignos y no deformados de ellos.

ARTICULO 7°. FACULTADES DE LOS TITULARES DE DERECHOS COLECTIVOS.

Los titulares de los derechos sobre conocimientos tradicionales tendrán las siguientes facultades exclusivas, las cuales serán ejercidas a través de sus autoridades representativas:

a) Crear, mantener, controlar, desarrollar y acceder a dichos conocimientos, de la manera que decidan colectivamente, y en conformidad con las reglas de su derecho consuetudinario, si las hubiere.

b) Utilizar directamente las obras tradicionales, de acuerdo a lo establecido en el artículo 180de la Ley N° 17.336.

c) Desalentar o impedir la divulgación, el uso u otra forma de explotación no autorizados de dichos conocimientos.

d) Autorizar o denegar el acceso a y el uso de los conocimientos tradicionales, sea que este uso implique o no la creación de obras derivadas. Cualquier autorización será sobre la base de un consentimiento informado previo y a través de acuerdos mutuamente convenidos que contengan, cuando así corresponda, condiciones de participación equitativa en los beneficios.

e) Revocar el consentimiento otorgado cuando lo estimen conveniente.

f) Estar informados de las solicitudes de acceso a sus conocimientos tradicionales.

g) A que se les garantice la atribución de los conocimientos tradicionales, con carácter inalienable, indivisible e imprescriptible como parte de su patrimonio cultural.

h) A que se les garantice los demás derechos morales que correspondan a las comunidades o pueblos a los que se les atribuya la creación de dichos conocimientos, en conformidad con el artículo 14° de la Ley N° 17.336.

i) Solicitar la anulación de los registros o derechos que se concedan vulnerando sus derechos sobre los conocimientos tradicionales.

j) Ejercer las acciones judiciales por los perjuicios, ilícitos y delitos sancionados en las leyes N° 17.336 y. 19.039 cometidos en contra de sus derechos.

k) A requerir la corrección y reparación a los responsables por los daños que provoque el uso ofensivo de los conocimientos tradicionales, incluso de aquellos que sean conocimientos ampliamente divulgados.

l) Cuestionar y requerir corrección ante las autoridades competentes y quien corresponda los usos, no fidedignos o distorsionados de los conocimientos tradicionales de amplia divulgación.

Las comunidades y pueblos titulares de los derechos a que se refiere esta ley no podrán ser perturbados en el ejercicio de ellos. Cualquier estipulación contractual en contrario se tendrá por no escrita.

La gestión de aquellos derechos se realizará, de acuerdo a lo que disponga el derecho consuetudinario de los pueblos y comunidades titulares, y según las decisiones de sus autoridades representativas. Cuando lo derechos reconocidos en esta ley recaigan sobre una obra tradicional, estos derechos no podrán ser nunca ser administrados por las entidades de gestión colectiva reguladas por el Título VI de la Ley N° 17.336.

Las facultades contenidas en este artículo no alcanzarán a las obras originales derivadas de fuentes distintas a los conocimientos tradicionales y conocidas fuera de las comunidades o pueblos.

Estas facultades tampoco alcanzarán a las obras derivadas de los conocimientos tradicionales, cuando el uso que permitió su creación haya sido debidamente autorizado en conformidad a esta ley, salvo las establecidas en las letras g), h), i), k) y 1) del inciso primero de este artículo.

La constitución de derechos exclusivos, la autorización de su uso o el paso al dominio público de obras derivadas de conocimientos tradicionales referidas en el inciso anterior, jamás privarán a tales conocimientos de la protección de las letras g), h), k) y 1) del inciso primero de este artículo.

ARTICULO 8°. EXCEPCIONES A LOS DERECHOS RECONOCIDOS.

Estarán exceptuados de las facultades a que se refiere este capítulo, no siendo sujetos a consentimiento previo informado ni ningún tipo de compensación, los siguientes usos sobre los conocimientos tradicionales o indígenas:

a) Los usos de obras o expresiones tradicionales, o de cualquier parte de ellas, para fines no comerciales, de critica, comentario o caricatura, siempre que dicha utilización no constituya una explotación encubierta de la obra o expresión tradicional, no se haga un uso ofensivo de aquellas, ni se divulguen conocimientos tradicionales secretos o reservados.

b) Para el reporte noticioso de acontecimientos o hechos relacionados con los conocimientos tradicionales, sea a través de medios de prensa o medios ciudadanos.

c) Los usos descritos en las excepciones al derecho de autor y derechos conexos establecidas en los artículos 71° B, C, D, E, F, N, O, P de la Ley N° 17.336.

d) Usos para fines de investigación, preservación, exhibición, registro, copia, presentación y reproducción en archivos, bibliotecas, museos o instituciones científicas y culturales, con propósitos no comerciales, relacionados con el patrimonio cultural u otros fines de interés público, respetando las prácticas culturales y las reglas de derecho consuetudinario de las comunidades o pueblos que son creadores de los conocimientos tradicionales, en especial respecto de los conocimientos tradicionales sagrados. En cualquier caso, para acceder a conocimientos tradicionales no ampliamente divulgados, deberán obtener el consentimiento previo informado de los titulares.

e) Usos para fines de enseñanza y aprendizaje en instituciones nacionales o extranjeras que no persigan fines de lucro, respetando las prácticas culturales y las reglas de derecho consuetudinario de las comunidades o pueblos que son creadores de los conocimientos tradicionales, respetando las prácticas culturales y las reglas de

derecho consuetudinario de las comunidades o pueblos que son creadores de los conocimientos tradicionales, en especial respecto de los conocimientos tradicionales sagrados. En cualquier caso, para acceder a conocimientos tradicionales no ampliamente divulgados, deberán obtener el consentimiento previo informado de los titulares.

f) La traducción al lenguaje castellano o a lenguas extranjeras, por investigadores o instituciones nacionales o extranjeras de investigación o enseñanza sin fines de lucro, o instituciones estatales, de obras o expresiones tradicionales en lengua indígena, para fines educativos, de investigación, exhibición y valoración patrimonial, respetando las prácticas culturales y las reglas de derecho consuetudinario de las comunidades o pueblos que son creadores de los conocimientos tradicionales.

g) La traducción al lenguaje castellano o a lenguas extranjeras de obras o expresiones tradicionales en lengua indígena realizadas para uso personal.

h) Usos para situaciones de emergencia nacional, calamidad, seguridad nacional o grave peligro para la salud pública.

i) Usos para su registro en actuaciones, medios de prueba o expedientes judiciales o administrativos u otros documentos oficiales.

j) La copia o registro de obras o expresiones tradicionales, mantenido en reserva y sin divulgación, siempre que se haya accedido a los conocimientos tradicionales de manera legítima y. conforme con esta ley.

k) Los usos que se hagan para fines no comerciales, de promoción y defensa de los conocimientos tradicionales por parte de individuos y organizaciones no pertenecientes a las comunidades o pueblos titulares de los conocimientos tradicionales.

1) Los usos, sin fines comerciales, que hagan individuos y grupos pertenecientes a las comunidades o pueblos titulares de los conocimientos tradicionales para promover y defender los derechos de dichas comunidades y pueblos.

m) La reproducción electrónica realizada para cualquiera de los usos indicados en las letras anteriores.

ARTICULO 9°. CONSENTIMIENTO PREVIO INFORMADO PARA EL ACCESO A CONOCIMIENTOS PROTEGIDOS.

Los interesados en acceder los conocimientos tradicionales y usarlos, deberán solicitar el consentimiento previo informado de los titulares de dichos conocimientos, el cual sólo se podrá otorgar mediante una autorización expresa, específica y por un período delimitado. Esto no será aplicable para acceder a conocimientos tradicionales que ya tengan una amplia divulgación, pero sí para su utilización para fines no

comerciales o su explotación económica, cuando éstas no estén amparadas por las excepciones del artículo 8° de esta ley.

La solicitud de autorización de uso deberá indicar el o los propósitos específicos del acceso solicitado, la duración y condiciones de éste, así como los beneficios que se espera obtener de dicho acceso, y una propuesta de participación equitativa en los beneficios, si correspondiera, en los términos del artículo 13° de esta ley.

El consentimiento debe prestarse mediante una deliberación colectiva de las comunidades acompañada de negociaciones sin presiones u otros vicios del consentimiento, con procedimientos adecuados a las prácticas culturales o reglas de derecho consuetudinario de las comunidades y pueblos titulares, y debe expresarse a través de acuerdos mutuamente convenidos con las autoridades representativas de dichos grupos.

Los protocolos comunitarios que las comunidades o pueblos adopten en su manifestación de consentimiento y que consten por escrito serán parte integrante de los acuerdos mutuamente convenidos, tengan éstos el carácter de contratos de licencia o no.

ARTÍCULO 10°. ACCESO PARA FINES CIENTIFICOS, CULTURALES Y DE INVESTIGACIÓN.

Aquellos interesados, sean personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que deseen tener acceso a los conocimientos tradicionales y hacer uso de ellos con fines científicos u otros propósitos culturales, de enseñanza o investigación, deberán obtener el consentimiento previo informado de los titulares, en los términos establecidos en los artículos anteriores, cuando los conocimientos tradicionales no estén ampliamente divulgados.

Los usos posteriores que se hagan de los conocimientos tradicionales a los cuales se obtuvo acceso se regirán por las letras d) y e) del artículo 8°, salvo que la investigación esté orientada a la obtención ulterior de beneficios económicos.

El consentimiento previo correspondiente deberá contar con un acuerdo de participación equitativa en los beneficios económicos que se puedan obtener de la investigación científica que haga uso de los conocimientos tradicionales, cuando estos sean esperados. Si dichos beneficios aparecen posteriormente al consentimiento que permite el acceso, deberá suscribirse a la brevedad un acuerdo para dar participación equitativa de ellos a los titulares.

Si la investigación no produce en definitiva beneficios económicos, el acuerdo no tendrá efecto.

Los investigadores autorizados deberán poner en conocimiento de los titulares todos los resultados de la investigación realizada en virtud de la autorización de acceso. Asimismo, siempre deberá garantizarse el acceso libre y gratuito de las comunidades

o pueblos que sean titulares a los productos o subproductos de la investigación autorizada que puedan incidir en la salud de sus miembros.

Sea que los conocimientos tradicionales tengan amplia divulgación o no, a los investigadores no se les podrán reconocer derechos de autor respecto de aquellos conocimientos que sirvan de base u objeto a sus publicaciones científicas. Tampoco podrán adjudicárseles otros derechos de propiedad intelectual o industrial sobre dichos conocimientos, ni a ellos ni a las instituciones de que los investigadores formen parte o para las cuales hayan realizado la investigación.

ARTÍCULO 11°. ACCESO PARA FINES DE EXPLOTACION ECONÓMICA.

Aquellos interesados en acceder a conocimientos tradicionales para fines de explotación económica de cualquier tipo también deberán solicitar el consentimiento previo informado a que se refiere el artículo 9°. Dicho consentimiento sólo se podrá expresar a través de un contrato de licencia de acceso que contemple condiciones equitativas de participación en los beneficios económicos. Esta disposición también abarca a las empresas o instituciones privadas que realicen actividades con fondos públicos o que sean empresas del Estado.

ARTICULO 12°. LICENCIAS DE ACCESO.

Las licencias de acceso serán contratos escritos de licencia que sean fruto de acuerdos mutuamente convenidos bajo las condiciones de un consentimiento previo informado Dichos contratos deberán contener los siguientes elementos:

a) Identificación de las partes y sus representantes.

b) Descripción específica del conocimiento protegido a que se está otorgando acceso y de los usos que se hará de él en virtud de la licencia.

c) Descripción de los propósitos específicos del acceso y usos autorizados por las licencias.

d) Descripción de los beneficios esperados de su uso o explotación.

e) Delimitación de la duración del contrato de licencia. Los contratos no podrán durar más de 5 años, aunque pueden ser renovados bajo las mismas condiciones que se concedieron.

f) Establecimiento de las compensaciones económicas u otras formas de participación en los beneficios de la explotación de los conocimientos referidos, en conformidad al artículo siguiente.

g) La obligación del licenciatario de informar a los titulares de los conocimientos protegidos acerca de los avances en Ja investigación, aplicación industrial,

explotación o comercialización de los resultados derivados del uso de dichos conocimientos.

h) La obligación del licenciatario de contribuir de manera específica y concreta al fortalecimiento y preservación de los conocimientos tradicionales usados.

i) Acompañamiento de todos los documentos que se entregaron a las comunidades o pueblos para obtener su consentimiento.

Los contratos de licencias de acceso serán suscritos por los representes legales o convencionales de las comunidades o pueblos titulares de los conocimientos.

La licencia de acceso nunca impedirá el uso que hagan las mismas comunidades o pueblos titulares de los conocimientos tradicionales que son objeto de la licencia, ni obstará a que ellos otorguen otras licencias para el uso de los mismos conocimientos.

---

[1] Patente US3929992 A

[2] http://www.lanacion.cl/prontusnoticias/site/artic/20060729/pags/20060729185403.html

[3] Manzur, María Isabel (2004), Experiencias en Chile de Acceso A Recursos Genéticos, Protección del Conocimiento Tradicional y Derechos de Propiedad Intelectual. Santiago: Fundación Sociedades Sustentables, p. 19.

[4] http://www.abc.net.au/landline/stories/s526679.htm

[5] http://chileven.blogspot.cl/2006/09/nos-roban-la-murta.html

[6] Shiva, Vandana (2001), Protect or plunder? Understanding intellectual property rights, Zed books, Londres, p. 49.

[7] Oguamanam, Chidi (2012), Intellectual Property in Global Governance, A Development Question. New York: Routledge, pp. 39-40.

[8] Tabla extraída de Grupo Semillas (2008), Biopiratería, Una amenaza a los territorios colectivos de Colombia. Estrategias y acciones desde la sociedad para enfrentarla. Bogotá: ARFO, Editores e Impresores Ltda. pp. 15-16

[9] Robinson, Daniel (2012), Biopiracy and the Innovations of Indigenous Peoples and Local Communities. In: Drahos, Peter & Frankel, Susy (Eds.), indigenous peoples' innovation, Intellectual Property Pathways to Development. Canberra: Australian National Umversity.

[10] Le Gall, Sharon (2009), An Introduction to Core Concepts and Objectives: What are Traditional Knowledge, Genetic Resources and Traditional Cultural Expressions and Why Should They Receive Legal Protection? Geneva: World Intellectual Property Organization, p. 3.

[11] Daes, Erica-Irene (1997), Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas. Nueva York: Naciones Unidas. U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/26.

[12] Colchester, Marcus; Farhan Ferrari, Maurizio (2007), Poniendo en práctica el CLPI: Desafíos y perspectivas para los Pueblos Indígenas, Junio de 2007, Forest Peoples Programme, Moreton-in-Marsh, p. 3.

[13] Basado en OXFAM América, Consentimiento, Previo, Libre e Informado, Herramienta Para Evitar el Conflicto en los Proyectos Extractivos.

[14] VV.AA.(2012), Guía Explicativa del Protocolo de Nagoya sobre Acceso y Participación en los Beneficios, Gland: UICN, p. 94.

Los beneficiarios de las licencias se podrán conceder sublicencias de acceso sino con el consentimiento previo informado de las comunidades o pueblos titulares, manifestado en conformidad a esta ley.

ARTÍCULO 13°. PARTICIPACIÓN EQUITATIVA EN LOS BENEFICIOS.

El acceso y explotación económica de conocimientos tradicionales por terceros distintos a sus titulares debe realizarse bajo condiciones que contemplen, compensaciones por los eventuales daños y formas de participación equitativa en los beneficios esperados o efectivamente resultantes de la explotación.

Dichas exigencias deberán reflejarse en el otorgamiento e implementación de las licencias de acceso a conocimientos tradicionales, ya sea que la explotación económica sea perseguida directamente del acceso y uso de aquellos, o que sea una consecuencia derivada de éstos.

Los beneficios o compensaciones podrán ser de naturaleza monetaria o no-monetaria. Las compensaciones o beneficios no-monetarios podrán ser de acceso a bienes tangibles o intangibles, y de naturaleza cultural, pero nunca podrán ser exclusivamente de esta última clase.

Los términos y valor de los beneficios o compensaciones deberán de guardar una justa proporción con los beneficios económicos que se espera obtener con el acceso, uso y explotación de los conocimientos tradicionales.

Las compensaciones y formas de participación en los beneficios deben ser expresados en todos sus términos en los respectivos contratos de licencias de acceso, y ser el fruto del consentimiento previo informado de los titulares. En el caso de que, producto de la investigación, o por cualquier causa, se identifiquen beneficios que no hayan sido previstos en el consentimiento expresado en el contrato de licencia de acceso, estos no pertenecerán al beneficiario de la licencia, sino que debe producirse el correspondiente consentimiento previo informado de los titulares respecto del nuevo beneficio especifico. Los términos con los cuáles se regulen los beneficios nuevos se incorporarán como anexo al contrato de licencia original.

El que no sea requerido un consentimiento previo informado para el acceso, o que los conocimientos tradicionales hayan sido ampliamente divulgados o utilizados anteriormente por terceros, no excluye del deber de requerir el consentimiento de quienes se beneficien de la explotación económica de los conocimientos tradicionales. En este caso, se suscribirá el correspondiente contrato de licencia de acceso en el más breve plazo posible con los titulares.

El incumplimiento de las exigencias de este artículo al momento de otorgar la licencia de acceso, determinará que ella se tendrá por no escrita.

ARTICULO 14°. TÉRMINO DE LAS LICENCIAS.

Los contratos de licencias de acceso del artículo anterior terminarán por expiración del plazo a que se refiere la letra e) del artículo 12°, por rescisión de ambas partes, o por resolución del contrato al no cumplirse con las compensaciones y participación en los beneficios pactados, o bien por cualquier otra forma de incumplimiento de las partes respecto a lo establecido en los contratos de licencia destinados al acceso y utilización de conocimientos tradicionales.

ARTICULO 15°. CONTROVERSIAS SOBRE LICENCIAS.

Las controversias sobre el contenido y alcance de las licencias se someterán a la jurisdicción de los tribunales ordinarios del país y no podrán ser nunca objeto de arbitraje, ni someterse a la jurisdicción de tribunales de otros países.

Para resolver esas controversias, deberán acreditarse de manera adecuada los conocimientos tradicionales, su titularidad y alcances de sus usos, así como las reglas de derecho consuetudinario de las comunidades y pueblos titulares que los regulen.

ARTÍCULO 16°. PREVENCIÓN DEL ACCESO ILEGÍTIMO Y BIOPIRATERÍA.

Es deber del Estado tomar todas las medidas necesarias para evitar el acceso ilegitimo a los conocimientos tradicionales y su uso no autorizados, quebrantando los términos y fines de esta ley, así como la apropiación indebida o biopiratería sobre dichos conocimientos.

Lo anterior incluye el deber de litigar, tanto en el país, como en el extranjero, y realizar todas las gestiones para evitar, revocar o anular la constitución de derechos de propiedad intelectual o industrial sobre conocimientos tradicionales de que sean titulares las comunidades locales y comunidades y pueblos indígenas que habiten el territorio nacional.

Los usos no autorizados comprenderán aquellos que suceden:

a) Cuando los conocimientos tradicionales estén incluidos en un producto o cuando se haya desarrollado u obtenido un producto sobre la base de conocimientos tradicionales;

b) Cuando la fabricación, importación, oferta para la venta, venta, almacenamiento o uso del producto se hagan al margen del ámbito tradicional de dichos conocimientos;

c) Cuando la posesión del producto a los fines de su oferta a la venta, su venta o su uso se hacen al margen de su ámbito tradicional;

d) Cuando se hace uso de conocimientos tradicionales en actividades de investigación y desarrollo con fines no comerciales, sin el respectivo consentimiento informado;

e) Cuando se hace uso de conocimientos tradicionales en actividades de investigación y desarrollo con fines comerciales, sin el respectivo consentimiento informado;

f) Cuando no se contempla un acuerdo de participación equitativa en los beneficios.

ARTÍCULO 17°. ACCESO ILEGÍTIMO A CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.

El que acceda o utilice con fines comerciales conocimientos tradicionales sin la autorización legal correspondiente y sin el consentimiento previo informado de las comunidades indígenas y locales titulares, será sancionado con pena de presidio en su grado mínimo.

ARTÍCULO 18°. APROPIACION INDEBIDA DE CONOCIMIENTOS TRADICIONALES.

El que se apropie, mediante la reivindicación o explotación de derechos de propiedad intelectual o industrial, de un elemento de conocimiento tradicional, asociado o no a recursos genéticos, será sancionado con pena de presidio menor en sus grados medio a máximo.

Cuando la apropiación indebida haya sido realizada para o en beneficio de personas jurídicas, dichas personas jurídicas serán sancionadas con multas de 1.000 a 100.000 UTM, dependiendo de la magnitud del daño causado. Los actos y contratos que hayan realizado dichas personas sobre los conocimientos tradicionales apropiados indebidamente serán nulos, de nulidad absoluta.

ARTÍCULO 19°. DIVULGACIÓN NO AUTORIZADA.

El que divulgue, publique o haga público de cualquier manera, elementos pertenecientes a conocimientos tradicionales, que sean considerados como secretos o reservados por las comunidades o pueblos que sean sus titulares, sin el consentimiento previo informado de ellos, será sancionado con pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio, independientemente de los fines que persiga la divulgación.

ARTÍCULO 20°. AGRAVANTE DE FUERZA, ENGAÑO O INTIMIDACIÓN.

En los delitos de los artículos 16° y 17°, si existiera el uso de violencia, engaño o intimidación, se elevará la pena en un grado.

Sucederá el mismo aumento a quien, incurriendo en el tipo penal descrito en el artículo 17°, se excediera dolosamente de la autorización concedida para utilizar los conocimientos tradicionales en una explotación con fines económicos.

ARTÍCULO 21°. COMPENSACIÓN POR USO INADECUADO Y DIVULGACIÓN DAÑINA.

Cuando, producto de un acceso ilegítimo o la apropiación indebida de un componente del conocimiento tradicional, se produzca una divulgación de ellos que vaya más allá de la práctica comunitaria reconocible, los titulares tendrán siempre derecho a una compensación justa y equitativa. De la misma manera ocurrirá cuando, a consecuencia de dichas acciones, se produzcan daños en los soportes tangibles u objetos que incorporen los conocimientos tradicionales provocando la pérdida total o parcial de ellos.

ARTÍCULO 1° TRANSITORIO. PLAZO DE ADECUACIÓN PARA INSTITUCIONES ESTATALES, EDUCATIVAS Y DE INVESTIGACIÓN NACIONALES.

Las instituciones del Estado, las instituciones educativas, de investigación, así como los museos, bibliotecas, archivos, acervos e instituciones culturales, sin fines de lucro, nacionales tendrán el plazo de 5 años para adecuar sus prácticas a las disposiciones de esta ley.