



A cuatro años de la Ley N.º 27811: algunas interrogantes en torno a su aplicación

SYLVIA BAZÁN LEIGH

Sumario: I. Introducción II. La Ley N.º 27811: ¿Cómo asegurar el cumplimiento de sus objetivos? 2.1. Buscando alianzas estratégicas. III. Principales mecanismos de la Ley N.º 27811: Identificando algunos aspectos críticos en su aplicación 3.1. El consentimiento informado previo 3.2. Los contratos de licencia 3.3. Los registros de conocimientos colectivos 3.4. El Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas IV. Algunas consideraciones finales

I. INTRODUCCIÓN

La protección de los conocimientos tradicionales ha sido un tema que ha merecido especial atención en los últimos años y que ha sido parte de las discusiones en diversos foros internacionales y, si bien, estas discusiones han llevado años y existen ya algunos intentos por definir ciertos elementos que pudieran tomarse en cuenta para la protección del conocimiento tradicional, no existe aún un régimen internacionalmente aceptado que establezca la protección del conocimiento tradicional de los pueblos indígenas a través de la propiedad intelectual. No obstante ello, algunos países han realizado esfuerzos individuales por encontrar una fórmula que permita dar algún tipo de protección al conocimiento tradicional de sus comunidades locales¹.

Uno de estos esfuerzos, es el del Perú el que se constituyó en uno de los primeros países que exploró e investigó la temática de la protección del conocimiento tradicional y su relación con la biodiversidad y en donde, luego de un largo proceso, en el año 2002 con la promulgación de la Ley 27811, logró concretar la protección del conocimiento indígena vinculado con la biodiversidad, a través de un régimen *sui generis* de protección.

Tomando en cuenta que desde que la Ley 27811 entró en vigencia muchos han sido los artículos destinados a explorarla exhaustivamente, este artículo pretende, más bien, enfocarse a evaluar su aplicabilidad en el contexto nacional, identificando algunos aspectos

¹ Un ejemplo de estos esfuerzos lo constituye la Ley 20 de Panamá, publicada en junio de 2000 que establece un Régimen especial de propiedad intelectual sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, donde se prevén derechos colectivos de propiedad intelectual sobre diversas manifestaciones culturales de los pueblos indígenas (diseños, música, arte, expresiones artísticas tradicionales, etc.).

tos –que a juicio de la autora– deberán considerarse de manera especial al momento de su aplicación.

Asimismo, a lo largo de este artículo se plantean una serie de interrogantes relacionadas con la ejecución de algunos de los mecanismos de la Ley, de tal modo de poder ensayar respuestas que, tal vez, puedan contribuir a encontrar fórmulas para facilitar la puesta en marcha de la ley, particularmente en aquellos aspectos que aún se encuentran inoperativos.

II. LA LEY 27811: ¿CÓMO ASEGURAR EL CUMPLIMIENTO DE SUS OBJETIVOS?

La Ley 27811 entró en vigencia en el año 2002, estableciendo un régimen de protección para los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados con la biodiversidad. Una de las particularidades de este régimen es que éste es aplicable al conocimiento colectivo de los pueblos indígenas; es decir, a aquel conocimiento que es generado y mantenido por una colectividad, no así a aquél desarrollado de manera individual al interior de una comunidad. Asimismo, este régimen ha sido concebido para ser aplicado sobre aquel conocimiento que, además de ser de naturaleza colectiva, esté vinculado con propiedades, usos o características de la diversidad biológica, lo que hace a esta Ley la primera en su tipo enfocada en la relación conocimiento colectivo / biodiversidad.

Los objetivos de la Ley son claros². Podemos resumirlos básicamente en aquéllos orientados a preservar el conocimiento colectivo y a impulsar el fortalecimiento de las capacidades de quienes lo poseen; otros, que buscan asegurar que el uso de estos conocimientos se dé a través del consentimiento informado previo de sus detentores, promoviendo una distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su aplicación; y, finalmente, aquel que pretende prevenir la biopiratería³, donde se prevé utilizar la información relacionada con el conocimiento indígena para evitar la concesión de patentes de invención que no fueran nuevas o inventivas a la luz de dicho conocimiento.

Como se puede observar, los objetivos de la Ley son variados y complejos. Van desde aquéllos que requieren acciones de promoción y capacitación por parte de la autoridad nacional competente, hasta aquéllos que buscan, más bien, lograr una protección defensiva al utilizar el conocimiento colectivo como un mecanismo para evitar la concesión de patentes de invención⁴, siendo necesarias, más bien, actividades orientadas a la investigación,

2 Los objetivos de la Ley están señalados en el artículo 5 de la misma.

3 Si bien no existe una definición única para el término “biopiratería”, la Ley N.º 28216, de mayo de 2002, que crea la Comisión Nacional para la Protección al Acceso a la Diversidad Biológica Peruana y a los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, más conocida como Comisión Nacional contra la Biopiratería, define a este fenómeno como el “Acceso y uso no autorizado ni compensado de recursos biológicos o conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas por parte de terceros, sin la autorización correspondiente y en contravención de los principios establecidos en el CDB y las normas vigentes en la materia. Esta apropiación puede darse a través del control físico, mediante derechos de propiedad sobre productos que incorporan estos elementos obtenidos ilegalmente o en algunos casos mediante la invocación de los mismos.”

4 Evidentemente, para aquellos casos en que los derechos que se reclaman pretenden proteger aplicaciones, usos o características del conocimiento indígena que han venido siendo utilizados ampliamente al interior de las comunidades indígenas.

recopilación y documentación del conocimiento colectivo, así como de coordinación entre la oficina de patentes del Perú y las oficinas de patentes extranjeras.

A ello debemos sumar el hecho de que los pueblos indígenas del Perú tienen una serie de particularidades y si bien esta Ley es aplicable tanto a las comunidades nativas, como a las campesinas por igual, ambas difieren entre sí en una serie de aspectos como en su cosmovisión, organización, lengua, distribución geográfica, etc., lo que hace aún más compleja la aplicación de la Ley.

Así, siendo una ley joven, pionera en la temática que regula y donde no existen experiencias o modelos de aplicación similares en otros países ¿cómo se pretende asegurar o, al menos, facilitar el cumplimiento de estos objetivos?

De alguna manera, los mecanismos⁵ que provee la Ley deben constituirse en instrumentos que coadyuven al cumplimiento de sus objetivos. Sin embargo, sin una participación conjunta de la autoridad nacional competente, las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, aquellas personas o entidades interesadas en acceder a los conocimientos colectivos, otras instituciones gubernamentales relacionadas con la aplicación de la Ley, por citar algunos ejemplos, resultaría inviable pensar siquiera en realizar alguna acción concreta y, menos aún, obtener algún logro o beneficio derivado de la aplicación del régimen, por lo que, en la práctica, tan importante será para la aplicación de esta Ley la labor de la autoridad nacional competente, como la interacción que ésta pueda tener con otros actores involucrados y las alianzas estratégicas que se pudieran constituir.

2.1. Buscando alianzas estratégicas

Cuando en mayo de 2002 entró en vigencia la Ley 27811, se designó como autoridad nacional competente-ANC, en primera instancia, a la Oficina de Inventiones y Nuevas Tecnologías del Indecopi, entidad que, además, está encargada de tramitar y otorgar, entre otros, las patentes de invención, los modelos de utilidad, los diseños industriales y los certificados de obtentor; y, en quien recae la tarea de implementar la Ley 27811⁶.

Las funciones que debe desempeñar la ANC son complejas, no sólo porque involucran una serie de actividades muy diversas (difusión, capacitación, investigación, recopilación de información, coordinación con diversas entidades nacionales y extranjeras, etc.), sino, porque, además, hay que considerar los factores relacionados con el público objetivo al que está orientada la Ley.

5 La Ley N.º 27811 establece una serie de mecanismos concebidos para apoyarla en el cumplimiento de sus objetivos. Entre éstos, podemos citar a los registros de conocimientos colectivos, los contratos de licencia, el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

6 La ANC tiene como funciones principales, las siguientes:
- Registrar y llevar los registros de conocimientos colectivos de los pueblos indígenas;
- Apoyar a los pueblos indígenas en el establecimiento de registros locales de conocimientos colectivos;
- Llevar los registros de licencias de uso de conocimientos colectivos;
- Enviar la información contenida en el Registro Nacional Público de Conocimientos Colectivos a las principales oficinas de patentes del mundo.

La diversidad de lenguas indígenas existentes en el Perú hace necesario que las actividades de capacitación y difusión orientadas a los miembros de los pueblos indígenas y sus representantes, sean realizadas en sus propias lenguas.

Asimismo, otro aspecto que debe ser considerado por quienes diseñen actividades de capacitación, difusión y promoción dirigidas a los miembros de las comunidades locales y sus representantes, es que en muchos casos los miembros de las comunidades indígenas tienen poco acceso a la educación formal, tal como la conocemos, por lo que es necesario apoyarse para el diseño de estas actividades en líderes o representantes indígenas u otras personas con cierta llegada a dichas comunidades⁷.

Esta situación es agravada por el grado de complejidad de la Ley, donde las personas a cargo de las actividades de capacitación, difusión y promoción de la Ley tienen el reto de llevar contenidos sumamente complejos a entornos con realidades muy distintas y donde poco o nada se conoce acerca de los derechos de propiedad intelectual.

Demás está decir que contenidos como los presentes en la Ley (consentimiento informado previo, contratos de licencia, registros de conocimientos, biopiratería, etc.) tendrán que ser trasladados de la manera más simple a los miembros de las comunidades indígenas, para que éstos puedan interiorizar la importancia de los mismos y, así, aplicar de la mejor manera posible el régimen que establece la Ley 27811.

Es en este punto, en que cobran importancia otros actores: otras entidades gubernamentales, las organizaciones representativas de los pueblos indígenas y la sociedad civil en general, quienes deberán constituirse en socios estratégicos de la ANC para poder realizar algunas acciones orientadas a la puesta en marcha del régimen, así como a obtener logros y beneficios concretos para los pueblos indígenas.

Muchos de los avances en cuanto a capacitación, difusión y promoción de la Ley que la ANC ha logrado concretar, se debe, en gran medida, al trabajo conjunto con otras entidades. Principalmente, en el caso del desarrollo de actividades *in situ* llevadas a cabo en comunidades nativas, la participación y apoyo de otras entidades ha sido fundamental.

Así, la ANC pudo llevar a cabo talleres *in situ* para la promoción de los registros de conocimientos colectivos y de la Ley 27811, en general, en 7 comunidades de departamentos de la selva del país⁸, durante el año 2006. Estas experiencias permitieron a la ANC no sólo conocer de primera fuente las expectativas y preocupaciones de los propios miembros de las comunidades nativas en torno a la protección de sus conocimientos colectivos, sino, además, contar con insumos importantes para desarrollar otras actividades en la imple-

7 Por ejemplo, la participación de representantes de ONG's u otras entidades que se encuentren desarrollando proyectos y trabajando estrechamente en algunas comunidades indígenas, pueden ser muy útiles al momento de planificar y desarrollar actividades donde se desea contar con la participación de los miembros de las comunidades indígenas.

8 Comunidades nativas yáneshas de "Santa Isabel", "Flor de Un Día", "Hanswald", "Huacamayo" y "Ñagazú" en el departamento de Pasco; y, comunidades nativas shipibo-conibo de "Junín Pablo" y "Nueva Yarina" en el departamento de Ucayali.

mentación de la Ley, como la formación de una red de facilitadores indígenas⁹ en la Ley 27811 y la elaboración de materiales especializados de difusión¹⁰, tanto en español, como en lenguas indígenas.

Resulta evidente, entonces, sostener que para desarrollar acciones para la implementación de la Ley, no sólo es necesario el trabajo de la ANC, sino el trabajo coordinado con —al menos— las organizaciones representativas, otras entidades gubernamentales e instituciones que se encuentren trabajando con las comunidades indígenas.

III. PRINCIPALES MECANISMOS DE LA LEY N° 27811: IDENTIFICANDO ALGUNOS ASPECTOS CRÍTICOS EN SU APLICACIÓN

La Ley 27811 establece cuatro elementos fundamentales: el consentimiento informado previo, los contratos de licencia, los registros de conocimientos colectivos y el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. Si bien, existen otros como por ejemplo el Consejo Especializado en la Protección de los Conocimiento Colectivos, se ha priorizado el análisis de estos cuatro elementos por considerar que se encuentran más estrechamente relacionados con los objetivos que se desea conseguir.

3.1 El consentimiento informado previo

El consentimiento informado previo (CIP)¹¹ es la piedra angular del régimen de protección que establece la Ley 27811, considerando que este régimen protege a los pueblos indígenas del uso de sus conocimientos colectivos sin contar con la autorización correspondiente.

Es a través del CIP que se pretende asegurar que quienes poseen un conocimiento, autoricen su utilización siempre que hayan sido informados previamente de una serie de aspectos relacionados con el uso del conocimiento en cuestión.

Sin embargo, existen dos aspectos fundamentales relacionados con el CIP, los que básicamente podemos resumir en las siguientes preguntas: ¿cómo se acredita?, y ¿quién o quiénes lo otorgan?.

9 Se logró formar, luego de un proceso de convocatoria, selección y capacitación, a un grupo de 25 facilitadores indígenas, provenientes de 13 regiones del país, cuyo compromiso principal fue replicar talleres de promoción de los mecanismos de la Ley 27811, en las comunidades donde residen.

10 La ANC ha diseñado material gráfico especializado, tipo historieta, para dar a conocer la Ley 27811 al interior de las comunidades nativas y campesinas. Asimismo, se elaboró un microprograma radial, en función al guión de la historieta, para su difusión por emisoras radiales locales. Se cuenta con este material en asháninka y quechua.

11 El artículo 2 c) de la Ley 27811 define al consentimiento informado previo como la *“autorización otorgada, dentro del marco del presente régimen de protección, por la organización representativa de los pueblos indígenas poseedores de un conocimiento colectivo, de conformidad con las normas por ellos reconocidas, para la realización de determinada actividad que implique acceder y utilizar dicho conocimiento colectivo, previo suministro de suficiente información relativa a los propósitos, riesgos o implicancias de dicha actividad, incluyendo los eventuales usos del conocimiento y, de ser el caso, el valor del mismo.”*

Con relación al primer punto; es decir, en cómo queda acreditada esta autorización, la Ley 27811 define dos supuestos: aquellos casos en que se acceda a conocimientos que van a tener un uso industrial o comercial; y, aquellos casos en que los conocimientos sean utilizados con fines de investigación. En el primer caso, se establece la obligatoriedad de suscribir un contrato de licencia, por lo que podríamos considerar que el contrato de licencia se constituiría en el documento que acredite el CIP. Sin embargo, en el segundo supuesto, si bien se establece la necesidad de contar con el CIP como requisito fundamental para la utilización de un conocimiento colectivo, no se señala cómo es que éste se acredita.

Ahora bien, tan importante como contar con el CIP es que éste haya sido obtenido de acuerdo a los términos establecidos en el régimen y que, además, sea otorgado por quienes se encuentran facultados para ello. En la concepción de la Ley 27811 son las organizaciones representativas de los pueblos indígenas quienes conceden el CIP a aquellos interesados en utilizar un conocimiento indígena.

Esto torna aún más complejo todo el proceso relacionado con la obtención del CIP, sobre todo considerando que la mayor parte de conocimientos son compartidos por más de un pueblo indígena y que justamente en estos casos la Ley determina no sólo que las organizaciones representativas informen al mayor número de pueblos indígenas poseedores de un mismo conocimiento que se desea acceder a éste, sino —además— que tomen en cuenta sus intereses. Y es en este punto que fluyen una serie de interrogantes: ¿cómo podría la autoridad nacional competente conocer si determinado conocimiento es compartido por más de un pueblo indígena?; ¿cómo se podría verificar que las organizaciones representativas han logrado informar al mayor número de pueblos indígenas que comparten el mismo conocimiento que éste se desea utilizar?; ¿cómo saber si realmente estas organizaciones han tomado en cuenta los intereses de los pueblos indígenas al momento de otorgar el CIP?; ¿estamos seguros de que los representantes de los pueblos indígenas reflejarán los intereses de los pueblos a los que representan al momento de conceder el CIP?; considerando los factores geográficos y la lejanía entre un pueblo indígena y otro, ¿cuánto tiempo podría tomar este proceso?; ¿no sería esto un factor que limite el uso de los mecanismos que establece el régimen para tener un acceso legal al conocimiento?

Estas preguntas son sólo algunas de las tantas que podemos plantearnos en torno a la obtención del CIP. Podemos ensayar una serie de respuestas; sin embargo, hasta que en la práctica empecemos a tomar contacto con casos concretos, no podremos conocer en qué medida es viable la obtención del CIP en los términos planteados por este régimen.

3.2 Los contratos de licencia

Los contratos de licencia son el instrumento en el que se concretan los términos mutuamente convenidos bajo los cuales se ha accedido a un conocimiento colectivo. Asimismo, y como ya se señaló, los contratos de licencia constituyen la materialización del CIP, para aquellos conocimientos destinados a ser utilizados comercial e industrialmente.

El contrato de licencia debe ser suscrito entre la parte interesada y la organización representativa del pueblo indígena poseedor del conocimiento colectivo. Vemos, pues, nuevamente, que las organizaciones representativas juegan un papel decisivo en la puesta en marcha de la Ley como actores fundamentales en la negociación de los contratos de licencia.

La Ley 27811 es clara en determinar cuáles son las cláusulas¹² que —como mínimo— deben estar incluidas en los contratos de licencia, por lo que es posible conocer cuáles son los aspectos en torno a los que girará un proceso de negociación. Sin embargo, no puede dejar de preocuparnos el hecho de que quien tiene a su cargo el proceso de negociación propiamente dicho es la organización representativa del pueblo indígena poseedor del conocimiento. Esto lleva a preguntarnos si ésta podrá negociar en condiciones de equidad con los interesados en acceder al conocimiento.

Otro de los factores a tomar en consideración en torno a los contratos de licencia es el porcentaje que se establece en la norma como pago directo al pueblo indígena que negocia un contrato de licencia. La Ley establece, como mínimo, un *5% del valor de las ventas brutas, antes de impuestos, resultantes de la comercialización de los productos desarrollados directa e indirectamente a partir de dicho conocimiento colectivo*. Si este porcentaje es viable o no¹³; y, si existe una fórmula que permita determinar estos valores, sólo se podrá conocer en la medida en que se inicien procesos de negociación en el marco de la Ley y se logren suscribir contratos de licencia¹⁴.

3.3 Los registros de conocimientos colectivos

La Ley N.º 27811 define tres tipos de registros de conocimientos colectivos:

- El Registro Nacional Confidencial;
- El Registro Nacional Público; y,
- Los registros locales.

Los tres registros tienen como función preservar, mantener y documentar, de alguna manera, el conocimiento indígena vinculado con la biodiversidad. Sin embargo, en su esencia, los tres registros operan de manera distinta y el hecho de que un conocimiento se encuentre en uno u otro registro tiene consecuencias diferentes.

12 El artículo 27 de la Ley N.º 27811 señala, al menos, las siguientes condiciones:

- Identificación de las partes.
- Descripción del conocimiento colectivo objeto del contrato.
- Establecimiento de las compensaciones que recibirán los pueblos indígenas por el uso de su conocimiento colectivo, incluyendo un pago inicial o monetario dirigido a su desarrollo sostenible; y un porcentaje no menor al 5% del valor de las ventas brutas, antes de impuestos, resultantes de la comercialización de los productos desarrollados directa o indirectamente a partir de dicho conocimiento colectivo.
- Suministro de suficiente información relativa a los propósitos, riesgos o implicancias de la actividad, incluyendo los usos del conocimiento y el valor del mismo.
- La obligación del licenciatario de informar periódicamente al licenciante sobre los avances en la investigación, industrialización y comercialización de los productos desarrollados en base a los conocimientos colectivos.
- La obligación del licenciatario de contribuir al fortalecimiento de las capacidades de los pueblos indígenas en relación con sus conocimientos colectivos vinculados con la biodiversidad.

13 Adicionalmente, se debe considerar lo señalado en el artículo 8 de la Ley, donde se estipula el pago de un porcentaje no menor al 10% del valor de las ventas brutas, antes de impuestos, resultantes de la comercialización de los productos desarrollados en base a un conocimiento colectivo, al Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

14 A la fecha, en el marco de la Ley N.º 27811, no se ha suscrito contrato de licencia alguno para el uso de un conocimiento colectivo.

Los registros locales están concebidos como una forma de preservar y mantener los conocimientos en un ámbito local. Son organizados por las mismas comunidades, aunque la Ley prevé que éstas pueden solicitar asistencia a la autoridad nacional competente para su organización.

Por su parte, el Registro Nacional Confidencial, como su nombre lo indica, está orientado a conocimientos de carácter confidencial, cuyos registros se hacen a solicitud de parte. Al igual que en el caso anterior, este registro tiene como función principal preservar y mantener los conocimientos tradicionales.

Finalmente, el Registro Nacional Público está concebido para aquellos conocimientos que se encuentran en el *dominio público*. Su principal función es contener información que pueda ser utilizada por las oficinas de patentes como parte del estado de la técnica al evaluar solicitudes de patentes de invención presentadas ante estos órganos. Es por ello, que la Ley prevé que esta información sea enviada, por la autoridad nacional competente, a oficinas de patentes extranjeras, donde los examinadores de patentes en estas oficinas los utilicen en los exámenes que realizan para determinar si una invención cumple o no con los requisitos¹⁵ que se le exigen para ser protegida mediante una patente de invención.

Analizando a mayor profundidad el Registro Nacional Público, se observa que éste está concebido para albergar a los conocimientos que forman parte del dominio público, por lo que, en primer lugar, debemos definir qué se entiende por *dominio público*.

Si bien la Ley 27811 señala una definición que podría ayudar a determinar cuando es que un conocimiento se encuentra ya en el dominio público¹⁶ y, si bien, hay casos evidentes de conocimientos que son parte del dominio público, existen también casos limítrofes en donde no es posible determinar de manera fehaciente si un conocimiento en cuestión se encuentra en el dominio público. Este punto es decisivo si se toma en consideración que la Ley 27811 establece la obligación de contar con el consentimiento informado previo del pueblo poseedor de un conocimiento, sólo para aquellos conocimientos que no se encuentran en el dominio público. Esto quiere decir que para utilizar cualquier conocimiento contenido en el Registro Nacional Público no será necesaria la autorización de sus poseedores.

Si a esto se añade el hecho, que para que sea posible que la autoridad nacional competente, pueda cumplir con enviar esta información a las oficinas de patentes del mundo y, que ésta pueda ser utilizada con éxito, la información relacionada con el conocimiento indígena en el dominio público tendrá que ser recopilada, documentada, sistematizada, alimentada en una base de datos y, al menos, traducida al idioma inglés¹⁷. Cabría, entonces,

15 Novedad, nivel inventivo, aplicación industrial y contar con una descripción clara y completa de la invención a proteger.

16 La Ley 27811, en su artículo 13, señala 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 indígenas”.

17 Hay que considerar que las oficinas de patentes donde se presenta un mayor número de solicitudes son la Oficina de los Estados Unidos de América (United States Patent & Trademark Office-USPTO), la Oficina Europea de Patentes y la Oficina Japonesa de patentes (Japanese Patent Office-JPO).

preguntarnos si al poner esta información en estos términos, se estaría, tal vez, facilitando su acceso —que muchas veces es difícil de obtener— y contribuyendo, de esa manera, al uso indebido de la misma.

Esta reflexión nos debe llevar a ensayar una fórmula que permita enviar la información sobre conocimientos colectivos contenida en el Registro Nacional Público a oficinas de propiedad industrial extranjeras, asegurando que esta información sea utilizada exclusivamente para los fines previstos en la Ley, de modo tal que coadyuve el cumplimiento del objetivo relacionado con la prevención de la biopiratería.

3.4 El Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas

El Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas es el instrumento que provee la Ley como un medio para la distribución de beneficios derivados del uso de los conocimientos colectivos, tomando en cuenta que éstos son compartidos por varias comunidades, y que no todas están interesadas en autorizar el uso de sus conocimientos ni en suscribir contratos de licencia con terceros.

Por ello, la Ley constituye este Fondo como una manera de favorecer no sólo a aquellas comunidades que logran concretar la suscripción de un contrato de licencia, sino, en general, a cualquier comunidad.

La concepción del Fondo es que éste permita fortalecer las capacidades de las comunidades locales, a través del financiamiento de proyectos de desarrollo. Básicamente esto implica que el Fondo cuente con recursos¹⁸ para financiar los proyectos que se presenten y que tenga una composición tal que le permita funcionar y ser administrado eficientemente.

La Ley señala que el Fondo sea administrado por un Comité Administrador conformado por representantes de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas y del Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos-INDEPA¹⁹. Asimismo, señala que será el INDEPA quien designe a los representantes del Comité y que las organizaciones representativas de los pueblos indígenas deberán presentar un proyecto de reglamento donde se contemple la organización y funcionamiento del Fondo²⁰.

18 Los recursos del Fondo provienen de:

- Presupuesto público,
- Cooperación Técnica Internacional,
- Donaciones
- Multas por infracciones a los derechos de los pueblos indígenas
- 10% del valor de las ventas brutas, antes de impuestos, resultantes de la comercialización de los productos desarrollados a partir de un conocimiento colectivo,
- Un porcentaje de las ventas brutas, antes de impuestos, resultantes de la comercialización de productos desarrollados a partir de los conocimientos colectivos que hayan entrado en el dominio público en los últimos 20 años.

19 Originalmente, se designaba a la Comisión Nacional de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos-CONAPA en la conformación del Fondo; sin embargo, con la Ley N.º 28495, de creación del INDEPA, se desactiva la CONAPA y el INDEPA asume esta competencia.

20 Ver Disposiciones Transitoria y Final únicas.

Han pasado ya más de cuatro años desde que la Ley entró en vigencia y aún el Fondo continúa sin conformarse y, por tanto, completamente inoperativo. No existe aún el mecanismo de distribución de beneficios que el régimen consideró. Tampoco el Fondo ha contribuido al fortalecimiento de las capacidades de las comunidades indígenas, como se plantea entre los objetivos de la Ley. Más grave aún, al no existir un reglamento sobre el funcionamiento del Fondo, quedan en el aire una serie de aspectos señalados en la Ley y surgen una serie de interrogantes: ¿quién tiene a su cargo la identificación de aquellos conocimientos que ya se encuentran en el dominio público y que deberían aportar “un” porcentaje al Fondo?; ¿quién determina qué porcentaje deben aportar los conocimientos en el dominio público?; ¿quién tiene a su cargo el seguimiento e identificación de aquellos casos en que se debe aportar al Fondo, al menos el 10% de las ventas brutas antes de impuestos?. Estas son algunas interrogantes que podemos plantear y que se relacionan con el funcionamiento, operatividad y objetivos del Fondo.

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Luego del análisis realizado, se evidencia que existen algunos aspectos que ameritan ser evaluados con mayor profundidad. A continuación daremos algunas aproximaciones al respecto, que, tal vez, pudieran contribuir en hallar una fórmula para la mejor aplicación de la Ley 27811:

- Siendo el CIP la piedra angular de este sistema de protección, quienes tienen a su cargo la responsabilidad de poner en marcha sus mecanismos, no podrán dejar de lado la ejecución de actividades orientadas a que los pueblos indígenas y sus representantes interioricen la importancia del CIP. La elaboración de lineamientos, manuales o protocolos por parte de la ANC que ayuden a identificar ciertos elementos que contribuyan a que el CIP sea otorgado de acuerdo a los términos establecidos en la Ley, sería una forma de facilitar el procedimiento para que éste sea eficientemente concedido.
- Si bien el establecimiento de registros locales no es obligatorio²¹ ni la responsabilidad de su organización recae en la ANC, dada la trascendencia de la información que estos registros pudieran contener, así como el uso que la ANC podría darle a esta información en la defensa de los derechos de las comunidades sobre sus conocimientos, la ANC debería continuar fomentando como una práctica habitual al interior de las comunidades locales, el diseño y organización de este tipo de registros. Aunque la ANC ha diseñado ya manuales²² acerca de cómo constituir este tipo de registros, más ambicioso aún, pero igual de importante sería que ésta pudiera contar con una suerte de “registro” o listado de los registros locales que han logrado ser constituidos al interior de comunidades locales. Esta información

21 En realidad, ninguno de los registros de conocimientos colectivos contemplados en la Ley 27811 es obligatorio ni este registro es una condición para que los conocimientos en cuestión se encuentren protegidos, el hecho de que éstos se encuentren registrados facilita la labor de la autoridad nacional competente.

22 *¿Cómo organizar su propio registro local?*, manual elaborado por la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías del INDECOPI.

permitiría poder ubicar fácilmente datos relacionados con el conocimiento indígena, que eventualmente podrían ser utilizados en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus conocimientos.

- Otro aspecto que debería ser considerado es la importancia de desarrollar directrices o lineamientos para la incorporación de la información relacionada con el conocimiento indígena en el Registro Nacional Público, así como los términos y condiciones para el uso de la misma una vez que ésta sea puesta a disposición de las oficinas de patentes extranjeras, de modo tal de asegurar el uso de esta información solamente para los fines contemplados en la Ley 27811.
- Si bien, no recae en la ANC la responsabilidad de la conformación del Fondo ni su funcionamiento, tal vez si ésta se constituye en un engranaje con los otros actores involucrados (INDEPA y organizaciones representativas), se podría favorecer un proceso dinámico conducente a la conformación y posterior funcionamiento del Fondo.
- Para la realización de una serie de actividades, debe priorizarse el trabajo conjunto de la autoridad nacional competente con los otros actores involucrados en la implementación de la Ley 27811. Una constante coordinación con las organizaciones representativas puede ser difícil, pero permitiría facilitar, por ejemplo, la identificación de los principales elementos que deberán ser considerados por éstas en el proceso de concesión del CIP. Del mismo modo, todas las actividades de difusión del régimen deberán contemplar la participación conjunta de otras entidades. Ya se ha evidenciado que el trabajo conjunto ANC / representantes o líderes indígenas / entidades con representatividad en la zona permite a la ANC encontrar una mayor receptividad por parte de los pueblos indígenas.

Finalmente el reto mayor al que deberá enfrentarse la ANC será encontrar indicadores adecuados que le permitan medir la efectividad en la implementación de la Ley. Cuál de estos indicadores nos podría hacer pensar que el proceso de implementación de la Ley ha sido satisfactorio: ¿el número de conocimientos confidenciales registrados?; ¿el número de contratos de licencia registrados?; ¿la cantidad de información recopilada en el Registro Nacional Público?; tal vez, ¿el número de patentes que han logrado invalidarse con la información contenida en el Registro Nacional Público?; ¿los recursos con los que cuenta el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas?; ¿el número de proyectos de desarrollo presentados al Fondo?; o acaso, ¿el número de proyectos de desarrollo que han logrado ser ejecutados?. Estas son sólo algunas interrogantes en torno a cuál podría ser una fórmula para evaluar el régimen y que sólo podrán ser respondidas en la medida que se avance en el proceso de implementación.

Sin embargo, tal vez el único indicador de éxito estará en hacer que, tanto los miembros de los pueblos indígenas, como la sociedad civil en su conjunto, reconozcamos los conocimientos de las comunidades indígenas sobre la biodiversidad como el gran legado de éstas a la humanidad, contribuyamos en generar una cultura de respeto hacia los conocimientos de los pueblos indígenas y logremos los tan ansiados beneficios para sus poseedores. Solamente ante un escenario así podríamos sostener, al margen del mecanismo legal utilizado, que se están protegiendo los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas en el Perú.

